

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA  
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO

**O FENÔMENO DA PRECLUSÃO: Princípio, Instituto e Técnica na  
Efetiva Prestação da Tutela Jurisdicional**

Custódio Feitoza Amorim

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira  
(orientador)

Recife  
2011

Custódio Feitoza Amorim

**O FENÔMENO DA PRECLUSÃO: Princípio, Instituto e Técnica na  
Efetiva Prestação da Tutela Jurisdicional**

Dissertação de Mestrado apresentada a  
Universidade Católica de Pernambuco –  
UNICAP, com exigência parcial para obtenção  
do título de mestre em Direito em Processo e  
Dogmática sob a orientação do Prof. Dr. Sergio  
Torres Teixeira.

Recife  
2011

A345f Amorim, Custódio Feitoza  
O fenômeno da preclusão : princípio, instituto e técnica na efetiva prestação da tutela jurisdicional / Custódio Feitoza Amorim ; orientador Sergio Torres Teixeira, 2011.  
135 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2011.

1. Preclusão (Processo civil). 2. Processo civil. I. Título.

CDU 349.7

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**

**O FENÔMENO DA PRECLUSÃO: Princípio, Instituto e Técnica na Efetiva Prestação  
da Tutela Jurisdicional**

**Custódio Feitoza Amorim**

Dissertação defendida e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

---

Sérgio Torres Teixeira, Doutor em Direito

Orientador

---

Zélio Furtado da Silva - Doutor em Direito

~~Examinador externo~~ Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

---

Francisco Caetano Pereira – Doutor em Direito

~~Examinador~~/interno

---

Marcelo/Labanca Corrêa de Araújo – Doutor em Direito

- Examinador interno

Dedico este trabalho a minha esposa Silvinha pelo apoio, incentivo e amor durante esta jornada.  
Aos meus pais, Massilon Feitoza Amorim (*in memorian*) e Alaíde Feitoza Amorim.  
Aos meus filhos, Pablo, Rodrigo, Izabela e Isadora.  
Aos meus netos, Glaidstone, Maria, Clara, Pablo Artur e Clarice.

## **AGRADECIMENTOS**

A DEUS por tudo que me tem dado.

Aos professores: Dr. João Maurício Adeodato e Dr. Alexandre Pimentel pelo apoio e incentivo para cursar o Mestrado em Direito.

Ao meu orientador Dr. Sergio Torres Teixeira.

Aos Professores do Curso de Mestrado, Doutores: Virginia Colares; Elias D. de Moura Rocha; Lucio Grassi; Stefano Toscano; Leonardo Cunha e Pe. Francisco Caetano.

“Posso todas as coisas naquele que me fortalece”.

(Filipenses, 4: 13).

## RESUMO

O presente trabalho dissertativo busca através da doutrina e jurisprudência no Direito Processual Civil demonstrar a importância do fenômeno da preclusão, sua aplicação como princípio e técnica efetiva no processo, da demanda inicial na cognição à última instância do Poder Judiciário. Analisa-se como fenômeno, princípio e instituto na teoria de Chiovenda, comparando as diversas conceituações na doutrina brasileira, destacando-se, com as inserções no Direito Comparado, a atualidade do fenômeno preclusivo. Com a pesquisa na jurisprudência dos Tribunais Superiores fica evidente a aplicação da preclusão nos julgados das instâncias superiores, como precedentes e *ratio decidendi*, tanto no aspecto quantitativo quanto na qualidade doutrinária dos julgados, o que sobreleva o fenômeno da preclusão compondo o instrumento processo na prestação efetiva da tutela jurisdicional.

**Palavras-chave:** Preclusão. Fenômeno. Princípio. Efetividade.

## ABSTRACT

This dissertation searches through the doctrine and jurisprudence in civil procedural law to demonstrate the importance of the phenomenon of the preclusion, the principle and its application as an effective technique in the process, the initial demand the ultimate in cognition of the Judiciary. It is analyzed as a phenomenon, principle and the theory Chiovenda Institute, comparing the different concepts in the Brazilian doctrine, especially with the inserts in comparative law, the preclusive time of the phenomenon. Through research on the jurisprudence of the Superior Courts is an evident application of the preclusion in the trial of a higher court, and *ratio decidendi* as precedents, both in quantitative as doctrinaire as the trial, which outweighs the phenomenon of the preclusion, composing the instrument process, in the delivery process effective judicial protection.

**Keywords:** Preclusion. Phenomenon. Principle. Effectiveness.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>ABSTRACT</b> .....	vi
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>CAPÍTULO I O FENÔMENO DA PRECLUSÃO NO DIREITO</b> .....	13
1.1 O fenômeno direito numa teoria fenomenológica.....	13
1.2 O fenômeno da preclusão.....	22
<b>CAPÍTULO II PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL</b> .....	29
2.1 A teoria dos princípios no direito.....	29
2.2 O fenômeno principiológico da preclusão.....	34
<b>CAPÍTULO III MORFOLOGIA DA PRECLUSÃO SEGUNDO A DOCTRINA</b> .....	43
3.1 Teoria de Giuseppe Chiovenda.....	43
3.2 Teoria da preclusão como faculdade das partes – Panorama doutrinário.....	48
3.3 Preclusão de questões decididas no curso do processo.....	56
3.4 Teoria da preclusão endoprocessual e panprocessual.....	60
<b>CAPÍTULO IV PRECLUSÃO E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO</b> .....	66
4.1 Direitos fundamentais processuais.....	66
4.2 Garantia constitucional a uma tutela jurisdicional efetiva.....	69
4.3 Celeridade versus segurança jurídica.....	73
4.4 Preclusão como técnica na prestação jurisdicional.....	83
4.4.1 Preclusão temporal.....	85
4.4.2 Preclusão consumativa.....	87
4.4.3 Preclusão lógica.....	91
<b>CAPÍTULO V A EFETIVIDADE DA PRECLUSÃO NOS JULGADOS DAS INSTÂNCIAS SUPERIORES</b> .....	94
5.1 Preclusão como técnica de efetividade na prestação jurisdicional.....	94
5.2 Preclusão nas ações de competência originária dos tribunais.....	98
5.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn).....	102
5.2.2 Ação rescisória.....	103
5.2.3 Reclamação constitucional.....	105
5.3 Preclusão nos recursos de agravo.....	106
5.4 Preclusão em recurso especial e extraordinário.....	111
5.5 Preclusão e coisa julgada no âmbito dos tribunais.....	113
<b>CONCLUSÕES</b> .....	125
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	130

## INTRODUÇÃO

Conforme os ensinamentos metodológicos pode-se afirmar que a presente dissertação é um produto resultante da investigação na área do Direito. Surge da necessidade de encontrar soluções para um problema de ordem prática e teórica no campo do Direito Processual Civil, quanto ao instituto denominado “preclusão”. E assim, como expõe Virginia Collares, nasce do desejo de fornecer explicações através da discussão intersubjetiva dos doutrinadores e a constatação prática da aplicação do fenômeno da preclusão no dia a dia forense, no procedimento processual dos juízes de primeira instância, aos julgados das instâncias superiores<sup>1</sup>.

Sabe-se que as dificuldades metodológicas são vencidas com a aplicação de técnicas, a partir da definição do método de pesquisa, que no presente estudo será a pesquisa bibliográfica e o estudo da jurisprudência, no trabalho de análise, no que se refere ao texto expresso na decisão judicial. Virgínia Collares ensina que:

Do ponto de vista da concepção de língua, que subjaz à concepção de direito, os profissionais do direito operam com uma noção de verdade fundada na relação entre a linguagem e o mundo, com base num conceito de seleção biunívoca e quase de especularidade ou, pelo menos, de **correspondência**<sup>2</sup> (destaque nosso).

A tentativa de inferir uma proposição dos antecedentes é realizada com análise rigorosa, por se constituir na definição de Houaiss do termo inferência, numa “operação intelectual por meio da qual se afirma a verdade de uma proposição em decorrência de sua ligação com outras já reconhecidas como verdadeiras”<sup>3</sup>. Isto é, a ilação feita através desta operação intelectual, é possível trabalhar a análise dos textos bibliográficos, assim como, a jurisprudência pesquisada. Sempre com a consciência da dificuldade de se trabalhar com ciência social, especialmente na área do Direito, que não tem o caráter imutável encontrado nas ciências naturais, porque vinculado “à ação humana e mudam continuamente”<sup>4</sup>.

As explicações sistematizadas neste trabalho são dispostas objetivando o desenvolvimento científico do tema, visando unicamente o debate esclarecedor, a fixação de conceitos, contribuindo para tornar a aplicação prática da preclusão, como solução dos problemas do procedimento, tornando o instrumento processo efetivo, juntando

---

<sup>1</sup> Segundo orientação metodológica da Prof<sup>a</sup>. Virgínia Collares, do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

<sup>2</sup> COLARES, Virgínia. **Direito, produção de sentidos e o “regime de liberdade condicional”**. Texto de sala de aula da disciplina Metodologia da Pesquisa. Recife: Curso de Mestrado em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, 2009. p. 7.

<sup>3</sup> HOUAISS, Antônio. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1.233.

<sup>4</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 33.

harmonicamente: o anseio da celeridade com a garantia da segurança na prestação da tutela jurisdicional.

É um trabalho onde se busca a exposição qualitativa fugindo da tentativa positivista como afirma Pedro Demo:

Na tradição positivista, pesquisa qualitativa não fazia muito sentido, pela própria exclusão da dialética como método importante da reconstrução do conhecimento; tomando as ciências exatas e naturais como modelo paradigmático, as ciências sociais teriam como desafio intrínseco absorver as mesmas regras<sup>5</sup>.

Dialeticamente fala-se em “fenômeno da preclusão como: princípio, instituto e técnica na efetiva prestação da tutela jurisdicional”, mas metodologicamente, o que é preclusão? Esta pergunta há que se responder, por se impor naturalmente para quem ler, a necessidade de apropriação do termo. Do ponto de vista histórico a origem da palavra preclusão, na idade média, emerge inegavelmente equívoca, a expressão *poena preclusis*, ou “pena de preclusão”, não corresponde a sua utilização no processo. Do ponto etimológico a origem latina: *praeclusio, onis*, “ação de encerrar”, fechar, tapar, obstruir, tolher, não satisfaz, para explicar o fenômeno da preclusão no processo.

Responder a pergunta formulada no início, será objeto de toda a exposição dissertativa, por se constituir na realidade, em um fenômeno e como tal o homem pode impor limites, interpretar para compreender, no entanto, a explicação para “perda” com caráter definitivo, daquilo que em essência se localiza no tempo e no espaço, pode-se dar explicações, sem, no entanto, apropriar-se do fenômeno. Apela-se para a discussão hermenêutica e fenomenológica, ao se buscar a apropriação na prática do processo, dos efeitos da “perda”, como a privação de algo, qualitativo e quantitativamente importante, constituindo em um bem, corpóreo e incorpóreo, seja na esfera econômica ou moral.

Aborda-se no capítulo primeiro: o fenômeno direito numa teoria fenomenológica, como fenômeno social, investigando-se a teoria do direito que utiliza o método empírico dialético, com a prevalência do vivido, aquilo que em determinado lugar (espaço) e em determinado momento (tempo) a comunidade entende como direito. Compara-se “A teoria pura do direito” de Kelsen, com as investigações de Husserl sobre a estrutura temporal do Direito em: “Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica”. No segundo momento, a preclusão como fenômeno será objeto do estudo empreendido através dos filósofos e jusfilósofos estudados, na tentativa de localizar a preclusão no fenômeno processo.

---

<sup>5</sup> DEMO, P. Pesquisa qualitativa. Busca de equilíbrio entre forma e conteúdo. **Revista latino-americana de enfermagem**. Ribeirão Preto, v. 6, n. 2, p. 89-104, abril 1998. p. 89.

Trata-se de fenômeno qualitativo da ciência social Direito, que a cada dia se distancia dos métodos matemáticos e mecanicistas, como explica Pedro Demo: “pelo menos em certa medida, as pretensões das ciências sociais e humanas estariam ganhando terreno, à medida que os métodos matemáticos e naturais cedem às dificuldades notórias de captar fenômenos mais qualitativos”<sup>6</sup>. Neste sentido, queda-se a estas notórias dificuldades de captação do fenômeno preclusivo.

Faz-se uma incursão no racionalismo kantiano, naquilo que aparece como mais evidente na discussão do fenômeno que Kant trabalhou com clareza, as categorias tempo e espaço. A abordagem do ponto de vista fenomenológico é feita de forma exemplificativa, sem a pretensão de aprofundar na dimensão que tem essa ciência no pensamento humano.

Há que se reconhecer a dificuldade da tradução do pensamento, disse Heidegger nas suas preleções sobre o poema *Der Ister*, de Hölderlin: “Diga-me o que pensas sobre a tradução, e te direi quem és”, visto que, para ele a dificuldade da tradução do pensamento nunca é meramente técnica. “Diz respeito a como a pessoa se relaciona com a essência e a dignidade da linguagem e, desse modo, consigo mesmo enquanto vida de finitude”<sup>7</sup>. É dentro desta limitação e finitude que se restringe o estudo do fenômeno da preclusão do ponto de vista filosófico.

No segundo capítulo faz-se uma incursão sobre a principiologia processual, explanando no primeiro item a teoria dos princípios no Direito, segundo a análise feita pelos jusfilósofos: Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila, numa teoria sobre a distinção entre princípios e regras. O fenômeno principiológico da preclusão, tratado em seguida, segue a metodologia adotada. Empreendendo a tarefa de perquirir na doutrina aqueles conceitos, nem sempre consensuais, mas proporcionando a intelecção necessária da preclusão como princípio. Claro está que existe a limitação imposta pelo próprio termo “princípio”, integrando as ciências e com sua característica própria na Ciência do Direito. Discute-se, portanto, os vários conceitos com a devida adequação daqueles que caracterizam a preclusão como princípio.

A morfologia da preclusão segunda a doutrina, será visto no terceiro capítulo, explorando-se inicialmente a teoria de Chiovenda, como o primeiro teórico a sistematizar a preclusão como instituto processual. Adotada no Brasil, sem reservas, na legislação e

---

<sup>6</sup> DEMO, P. Pesquisa qualitativa. Busca de equilíbrio entre forma e conteúdo. **Revista latino-americana de enfermagem**. Ribeirão Preto, v. 6, n. 2, p. 89-104, abril 1998. p. 90.

<sup>7</sup> MARTIN, Heidegger. **Ser e tempo**. 2. ed. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback, Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 20.

jurisprudência, mesmo sem a adesão unânime dos doutrinadores, mas como se verá, no item do panorama doutrinário, as diversas concepções não chegam a abalar a estrutura científica do instituto da preclusão chiovendiana. Expõe-se, ainda, as novas tendências de preclusão no âmbito do processo, ou endoprocessual, assim como, os efeitos preclusivos extraprocessuais, ou segundo alguns, panprocessual.

Hoje, mais do que no passado onde o direito processual era apêndice do direito privado, da classe dominante, dar-se o fenômeno de integração do processo com os princípios constitucionais, constitucionalizando o processo para atender aos reclamos da sociedade e assegurar os direitos humanos defendidos pela Constituição Federal de 1988. A importância desta tendência está de acordo com o pensamento mundial dos Direitos Humanos, que segundo Pedro Demo: “A ONU acabou admitindo a ideia de desenvolvimento humano, sinalizando que as outras adjetivações (social, econômico, ecológico etc.), seriam melhor representadas pela marca humana”<sup>8</sup>.

Portanto, nessa perspectiva trabalhar-se-á o quarto capítulo intitulado: Preclusão e a razoável duração do processo. Por ser humano, que se acabe com a ansiedade dos jurisdicionados, pela longa e desgastante espera da prestação da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário. E nesse sentido, vai se tratar dos direitos fundamentais processuais, da garantia constitucional a uma tutela jurisdicional efetiva, a celeridade *versus* segurança jurídica, onde a aplicação da preclusão é demonstrada para superação desta ambivalência e, finalmente, encerrando este capítulo no esboço doutrinário da preclusão como técnica.

A efetividade da preclusão nos julgados das instâncias superiores compõe o assunto tratado no quinto e último capítulo. Normalmente a doutrina discorre com bastante esmero a preclusão no processo de conhecimento, fundamentando o primeiro aspecto da teoria chiovendiana quanto à preclusão na atividade das partes, das faculdades proporcionadas pelo processo para a prática de atos processuais, mas é muito pouco abordada a preclusão que se dar nas decisões dos julgados das instâncias superiores.

Com o objetivo de alargar a importância da preclusão, apresenta-se a pesquisa feita através da *internet* na quantidade de julgados das instâncias superiores, que tratam da preclusão, inclusive com precedentes judiciais. Os quantitativos de julgados pesquisados são tantos, que nesse aspecto, não se pode apontar somente quantidade, mas fundamentalmente qualidade dos julgados, nas ações de competência originária dos tribunais,

---

<sup>8</sup> DEMO, P. Pesquisa qualitativa. Busca de equilíbrio entre forma e conteúdo. **Revista latino americana de enfermagem**. Ribeirão Preto, v. 6, n. 2, p. 89-104, abril 1998. p. 100.

nos recursos de agravo, nos recursos especiais e extraordinário e concluindo com uma inserção da preclusão e coisa julgada no âmbito dos tribunais.

## CAPÍTULO I O FENÔMENO DA PRECLUSÃO NO DIREITO

### 1.1 O fenômeno direito numa teoria fenomenológica

Ao abordar-se o Direito como fenômeno numa primeira acepção jurídica, desta afirmação tem-se que se confrontar com tudo o que foi dito, consolidado positivamente, no Direito como norma, principalmente na “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen. Isto porque, não importa para esta teoria o como deve ser o Direito, o cientista Kelsen só concebe como princípio metodológico fundamental a libertação da ciência jurídica de tudo o que lhe for estranho, considerando neste aspecto a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política. Portanto, para ele a Teoria Pura: “empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, [...] intenta evitar o sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica”<sup>9</sup>.

Como fenômeno social condicionado por leis causais, ou como fato dotado de significação jurídica, seria então uma concepção que na base da teoria kelseniana obscureceria a essência da ciência jurídica. A aplicação da matriz fenomenológica desloca do plano puramente normativo e passa a sublinhar o “fato” e o “valor”. Na acepção de Jaci Rene:

investiga-se uma teoria do direito que utiliza o método empírico dialético, onde estão presentes – a partir do caso analisado – a prevalência de elementos que consideram o vivido, aquilo que em determinado lugar (espaço) e em determinado momento (tempo) a comunidade entende como direito<sup>10</sup>.

Este deslocamento do estudo da norma abstrata para o fato vivido, buscando-se o valor ali presente, a coisa como ela é, e se apresenta para análise do jurista, precisa de uma fundamentação mais apurada do método fenomenológico. Karl Larenz, apesar de considerar o método fenomenológico como “neokantismo”, esclarece que: “[...] a análise fenomenológica não pode conduzir à descoberta de norma ‘de direito natural’; leva-nos – isso sim – a desvendar no Direito positivo um núcleo de sentido ‘supra positivo’”<sup>11</sup>. E, adiante considera:

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1-2.

<sup>10</sup> RENE, Jaci. **Hermenêutica em seis lições**. Disponível em: <[http://www.unifra.br/.../Aula%20\(completa-texto%20para%20internet\).doc](http://www.unifra.br/.../Aula%20(completa-texto%20para%20internet).doc)>. Acesso em: 22 abr. 2011. p. 34.

<sup>11</sup> LARENZ, Karl. *apud* HEIDELBERG, Berlin. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamago. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1997. p. 154-156.

As investigações de HUSSERL sobre a estrutura temporal do Direito servem para a ulterior elucidação, a partir destas premissas, do modo de existência do Direito (positivo). Estas levam diretamente a consequências importantes para a interpretação, e por isso apreciamo-las aqui como um contributo metodológico<sup>12</sup>.

Portanto, supõe-se uma familiaridade com o pensamento de Kant, Husserl e Heidegger, como expoentes da teoria fenomenológica para uma compreensão hermenêutica da teoria dos fenômenos. Edmund Husserl estudou os fundamentos da fenomenologia, tentando dissecá-la das ideias preconcebidas para apresentar uma “teoria pura da fenomenologia”, com ênfase no método. Para ele:

[...] a generalidade de seu procedimento está previamente dada como por si mesma. [...] a reflexão científica sobre a essência do próprio procedimento, sobre a essência dos modos de doação nele atuantes, sobre essência, alcance e condições da clareza e evidência mais completas, bem como de expressões conceituais completamente fiéis e firmemente estabelecidas – e assim por diante – assume a função de uma fundação geral e logicamente rigorosa do método<sup>13</sup>.

A pureza metodológica buscada por Edmund Husserl, na reflexão científica sobre a essência do procedimento, com clareza e evidência mais completas, proporciona encontrar o direito a partir de uma interação do fato como um “valor a ser perseguido pela ciência” coloca o enfoque fenomenológico num plano privilegiado<sup>14</sup>. Mas, a construção hermenêutica do pensamento fenomenológico esboçado por Heidegger, em “Ser e Tempo”, considera seu pensamento como uma preparação e não como uma doutrina. Na sua conceituação:

A expressão ‘fenomenologia’, significa antes de tudo, um *conceito de método*. Não caracteriza a quididade real dos objetos da investigação filosófica, o quê dos objetos, mas o seu modo, *o como* dos objetos. Quanto mais autenticamente opera um conceito de método e quanto mais abrangentemente determina o movimento dos princípios de uma ciência, tanto maior a originalidade em que ele se radica numa discussão com as coisas elas mesmas e tanto mais se afastará do que chamamos de artifício técnico, tão numeroso em disciplinas teóricas<sup>15</sup>.

Continuando na concepção de pureza metodológica iniciada por Husserl, Heidegger, identifica no conceito de método, que não admite o artifício técnico das disciplinas teóricas, para adentrar no modo e o como dos objetos, “numa discussão com as coisas elas mesmas”. Expondo uma concepção preliminar da fenomenologia, Heidegger aponta:

<sup>12</sup> LARENZ, Karl. *apud* HEIDELBERG, Berlin. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamago. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1997. p. 157.

<sup>13</sup> HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**. Trad. Márcio Suzuki. Aparecida. São Paulo: Ideias & Letras, 2006. p. 146.

<sup>14</sup> RENE, Jaci. **Hermenêutica em seis lições**. Disponível em: <[http://www.unifra.br/.../Aula%20\(completa-texto%20para%20internet\).doc](http://www.unifra.br/.../Aula%20(completa-texto%20para%20internet).doc)>. Acesso em: 22 abr. 2011. p. 28.

<sup>15</sup> HEIDGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Rev. Márcia Sá Calvacante Schuback. 2. ed. Bragança Paulista: Vozes, 2007. p. 66.

O termo tem dois componentes: fenômeno e logos; ambos remontam a étimos gregos [...] Exteriormente, o termo fenomenologia corresponde, no que respeita a sua formação à teo-logia, bio-logia, sócio-logia, termos traduzidos por ciência de Deus, da vida, da sociedade. Fenomenologia seria, portanto, *a ciência dos fenômenos*. [...] Deve-se *manter*, portanto, como significado da expressão fenômeno, o que se revela, *o que se mostra em si mesmo*. [...] Ora, o ente pode se mostrar por si mesmo segundo sua via e modo de acesso. Há até a possibilidade de o ente mostrar-se como aquilo que, em si mesmo, ele *não é*<sup>16</sup>.

Considerando-se o Direito como fenômeno, há que se construírem perguntas que irão trazer à superfície os problemas do direito no tempo e no espaço. É o direito uma coisa que se revela? Que se mostra? E, também pela negação, há a possibilidade do direito mostrar-se como aquilo que em si mesmo, ele não é? São questões que se colocam dentro da matriz fenomenológica, que merecem respostas, no entanto, vai-se protelá-las, para que se detenha no caminho inicial, de como se dá este fenômeno no tempo e no espaço.

Na apreensão do conceito de fenômeno, há uma distinção entre o conceito vulgar ou apenas formal de fenômeno, mas o conceito vulgar segundo Heidegger não é o conceito fenomenológico do fenômeno<sup>17</sup>. Continuando a distinção Heidegger assinala:

E o que assim se mostra em si mesmo ('formas da intuição') são fenômenos da fenomenologia. Pois é evidente que, se Kant, ao afirmar que o espaço é o continente *a priori* de uma ordem, pretende fazer uma afirmação transcendental fundamentada, espaço e tempo devem poder mostra-se assim, ou seja, devem poder tornar-se fenômenos<sup>18</sup>.

Importa neste aspecto encontrar a matriz fenomenológica pura do Direito, para que este possa ser considerado como objeto do estudo e do método da fenomenologia. Se na acepção de Heidegger o fenômeno deve mostrar-se no tempo e no espaço, a essência do Direito como fenômeno consiste numa reflexão que se dá no tempo e no espaço social. Considerando que há infinitas configurações fenomenológicas de essência, segundo Husserl,<sup>19</sup> o fenômeno Direito pode ser estudado também através da fenomenologia visto que: “[...] o método fenomenológico se move inteiramente em atos de reflexão”.<sup>20</sup> Ao se buscar a essência do Direito na atividade reflexiva, necessário se faz o cruzamento com o estudo da ontologia. No seu pensamento explica Husserl:

<sup>16</sup> HEIDGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Rev. Márcia Sá Calvacante Schuback. 2. ed. Bragança Paulista: Vozes, 2007. p. 67.

<sup>17</sup> *Ibidem*. p. 70.

<sup>18</sup> *Ibidem*. p. 71.

<sup>19</sup> HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**. Trad. Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006. p. 153.

<sup>20</sup> *Ibidem*. p. 167.

Toda lei formal lógica pode ser convertida de modo equivalente numa lei formal ontológica. Neste caso, não se faz juízo sobre juízos, elementos de juízo (por exemplos, significações nominais), significações de predicado, mas sobre estados de coisa, objetos, notas características etc. Já não se trata também da verdade, da validade das proposições judicativas, mas da composição do estado de coisas, do ser dos objetos etc.<sup>21</sup>.

Pensando de forma ontológica a norma pura de Kelsen, bem que se aproxima deste elemento que vem da essência, na reflexão a respeito do sentido abrangente do ser, que pode mostrar-se como fenômeno, não mais ocultando a sua natureza plena e integral como espécie normativa, revelando-se o Direito. Nesse raciocínio é importante considerar o pensamento de Kant, que segundo André Fontes:

A compreensão Kantiana, a despeito de reconhecer-se que todo conhecimento parte da experiência, não aceita que tudo no conhecimento seja de origem empírica. As especificidades de sua apreciação mostram que a nossa sensibilidade para conhecer as coisas em geral é dotada de formas apriorísticas, e, portanto, parte da ideia de que esse conhecimento resultaria da conjugação de elementos *a priori* (as formas intrínsecas à sensibilidade) e a *posteriori* (os dados colhidos e ordenados pela sensação). Desse modo, por exemplo, a Matemática nos ofereceria apriorismos, como o próprio Direito, de fato nos oferece<sup>22</sup>.

No entanto, no Direito a percepção integral do fenômeno Direito ultrapassa a ideia Kantiana, por exemplo, de que o homem pode legislar sobre sensibilidade ou imaginação, de forma que tudo possa ser compreendido *a priori*<sup>23</sup>. É neste particular que a teoria do direito e a filosofia do direito se confundem, e não se pode estabelecer um divisor claro entre as duas visões, como assinala Ernesto Garzón Valdés:

Sem dúvida, quando se trata de estabelecer uma distinção clara entre ‘teoria do direito’ e ‘filosofia do direito’ se tropeça com não poucas dificuldades, ao menos que se queira reduzir esta última a uma teoria dos valores jurídicos e se atribua a aquela o estudo das normas jurídicas, tal como fora proposto por Hans Nawiasky.<sup>24</sup>

Mas, mesmo que se faça a abordagem filosófica do direito através do método fenomenológico, há que se atentarem aos aspectos práticos na aplicação da Ciência do Direito, isto porque segundo Ernesto Garzón Valdés: “A ciência do direito é uma ciência

<sup>21</sup>HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**. Trad. Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006. p. 327.

<sup>22</sup>FONTES, André R. C. **Rudimentos de uma fenomenologia das regras de experiência no Direito**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v. 4, n.1, p. 1-176, abr./set. 2011. p. 17.

<sup>23</sup>*Ibidem*. p. 19.

<sup>24</sup>VALDÉS, Ernesto Garzón. **Derecho y filosofía**. Tercera Edición. Barcelona, Espanha: Alfa, 1999. p. 22. Sin embargo, cuando se trata de establecer una distinción clara entre “teoría del derecho” y “filosofía del derecho” se tropiezan con no pocas dificultades, a menos que se quiera reducir a esta última a una teoría de los valores jurídicos y se atribuya a aquélla el estudio de las normas jurídicas, tal como fuera propuesto por Hans Nawiasky.

prática. O direito e seu conhecimento servem à vida. O sistema tem um valor vital, não somente um valor didático ou de representação”<sup>25</sup>. Mirando essas observações pertinentes, faz-se necessário refletir sobre normas e fatos. Numa enunciação bastante clara, Pedro M. S. Sales faz uma aproximação entre teoria e prática, assim afirmando:

É a questão moderna sobre a natureza das normas que, em minha opinião, vem permitir diferenciar mais minuciosamente o campo da ciência prática. Essa discussão permitirá diferenciar com maior clareza entre uma racionalidade prescritiva (produtora de normas), que pode ter ou não relações com as ciências teóricas, uma racionalidade valorativa, que depressa se diferenciará numa problemática autônoma sob o título de ‘axiologia’, e o campo da ação dirigida a um fim, a esfera da racionalidade prático-instrumental propriamente dita, que vários autores do final do século XIX, entre os quais se conta o próprio Husserl, designam pelo nome tradicional de ‘arte’ (*Kunstlehre*) ou pelo nome moderno de ‘tecnologia’ (*Techonologie*)<sup>26</sup>.

Pode-se analisar o pensamento do autor afirmando inicialmente que não existiria nenhuma distância, nenhuma tensão entre fatos e norma, como racionalidade prescritiva ou produtoras de normas. Que não se pode prescindir da axiologia como racionalidade valorativa, na medida em que ela se constitui como fundamento do estudo do sistema normativo, visando a um fim colimado na busca do justo, conforme a equidade e a razão. E na esfera da racionalidade prático-instrumental propriamente dita, o fenômeno direito consiste na junção entre fatos e leis de essência, daquilo que se mostra, esboçado no direito substancial e processual.

A fenomenologia husserliana do ‘prático’, que seria a orientação para as coisas num interesse de conhecimento, não produz por si mesma a consciência de uma Norma, segundo explica Pedro M. S. Sales, mas:

A consciência que põe a norma envolve um elemento axiológico autônomo, pelo qual o campo das conexões materiais é reorganizado a partir de um juízo de valor fundamental, que Husserl designa como ‘norma fundo’ (*Grundnorm*), se bem que tal juízo não seja, ele próprio, uma norma. É desta reorganização valorativa do campo das conexões de ser que, supostamente, brota da consciência de um dever-ser, de um cânone ou padrão, e as normas são precisamente a formulação concreta, materialmente determinada, desse dever-ser<sup>27</sup>.

Enquanto Husserl fala de um elemento axiológico autônomo, na visão de Pedro Sales, Kelsen considera que só pode ser Direito uma ordem coercitiva globalmente eficaz:

<sup>25</sup>VALDÉS, Ernesto Garzón. **Derecho y filosofía**. Tercera Edición. Barcelona, Espanha: Alfa, 1999. p. 21: “La ciencia del derecho es una ciencia práctica. El derecho y su conocimiento sirven a la vida. El sistema tiene un valor vital, no solamente un valor didático o de representación”.

<sup>26</sup>ALVES, Pedro M. S. **Razão prática, reflexões husserlianas sobre o conceito de norma**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-176, abr./set.2011. p. 26-27.

<sup>27</sup>*Ibidem*. p. 29.

“Quer dizer: a norma fundamental que representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica refere-se apenas a Constituição que é a base de uma ordem de coerção eficaz”<sup>28</sup>. Numa réplica Husserliana à tese de Kelsen, Pedro Sales aponta que: “Tal como Kant havia excluído a Felicidade da Ética, Kelsen, por razões análogas, exclui do Direito a ideia de justiça – a subjetividade e mutabilidade dos ideais de justiça tornam esse conceito incapaz de fundamentar o edifício das normas jurídicas”<sup>29</sup>. Nesse parâmetro estabelecido, ele afirma que a questão está na própria retidão do Direito Positivo, para que seja justo.<sup>30</sup> E, adiante enfatiza que, para Kelsen, uma ciência teórica e explicativa dos *atos sociais*, poderia ser a Sociologia, coerente com seu pensamento, e explica:

É com razão que Kelsen argumenta que o ‘modo de ser’, que seria próprio desta Sociologia dos fenômenos jurídicos, não podem confundir-se nem fundamentar o ‘modo dever-ser’, que é próprio do Direito, enquanto sistema de normas jurídicas válidas e com força coercitiva. Assim sendo, a norma jurídica não pode invocar fatos para se legitimar, sejam eles fatos sociais ou disposições permanentes de uma suposta natureza humana. [...] Assim, compreende-se por que razão o conceito de justiça possa ter uma justificação imanente dentro de um ordenamento jurídico positivo, significando legalidade, e nenhuma justificação transcendente, pois nenhuma ciência dos fatos da sociedade ou da natureza poderá jamais dar-lhe um conteúdo determinado e dotá-lo de validade normativa<sup>31</sup>.

Confronta-se o positivismo de Kelsen, ao isolar os fatos sociais e a própria natureza humana da concepção de Direito, como ele mesmo acentua no sentido de eliminar o sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica. Pedro Sales argumenta que as teses de Husserl poderão contra Kelsen: “produzir um conceito teoreticamente fundado [...] de justiça sem cair nem numa ciência de simples fatos, psicológicos ou sociais, nem nas armadilhas de um suposto ‘Direito Natural’”<sup>32</sup>. Essa independência da justiça é pensada então na teoria de Husserl a partir da essência da Comunidade Humana. Para Husserl apesar da irredutibilidade da norma ao fato, haverá sempre um conteúdo valorativo na consciência normativa, isto é, “uma consciência teórica que conhece os valores, os define, estabelece e hierarquiza”<sup>33</sup>.

Como a concepção moderna do Estado é o Estado de Direito, não se tem até o presente momento nenhuma boa teoria fenomenológica do Estado. Para Pedro Sales:

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 51-52.

<sup>29</sup> ALVES, Pedro M. S. **Razão prática, reflexões husserlianas sobre o conceito de norma**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v. 4, n.1, p. 1-176, abr./set.2011, p. 31.

<sup>30</sup> *Ibidem*. p. 31.

<sup>31</sup> *Ibidem*. p. 32-33.

<sup>32</sup> *Ibidem*. p. 36.

<sup>33</sup> *Ibidem*. p. 40.

Regredir até a origem será, para a Fenomenologia, encontrar os atos originariamente constitutivos de uma entidade como o Estado, a qual é, como o próprio Husserl reconhece, uma ‘subjatividade coletiva’ ou um sujeito ‘de ordem superior’. O elemento que uma teoria fenomenológica deve tomar da tradição contratualista não será, pois, a ficção de puro pacto social originário, mas a ideia de que o Estado é o correlato de um *ato coletivo*, ou seja, dito fenomenologicamente, de uma intencionalidade coletiva que necessariamente se funda, mas que sempre ultrapassa a intencionalidade dos sujeitos individualmente considerados<sup>34</sup>.

Completando seu pensamento, ele afirma que esta intencionalidade da forma-nós dos sujeitos coletivos em sua opinião é o “elemento necessário para uma boa descrição fenomenológica da gênese intencional do Estado e do fundamento da validade dos atos jurídicos da consciência normativa”<sup>35</sup>.

A compreensão fenomenológica expressada por Husserl de que o Estado é o correlato de um *ato coletivo*, ou seja, dito fenomenologicamente, de uma intencionalidade coletiva que necessariamente se funda ultrapassando sempre a vontade dos sujeitos individualmente considerados, traduz-se que esta intencionalidade coletiva pode-se considerar como a essência normativa do Direito, como elemento que estabelece o Estado. É um problema que se tem ao interpretar e compreender o Direito segundo Aquiles Côrtes Guimarães, “[...] à luz da atitude descritiva das suas essências na estrutura normativa. Problema hermenêutico que não pode ser dissociado de qualquer visada fenomenológica do Direito”<sup>36</sup>.

Fazendo-se a junção dos elementos de essência na atividade legislativa e a produção da norma com os fatos, tem-se que fato jurídico é todo acontecimento que produz efeito no âmbito do Direito. Para Aquiles Côrtes Guimarães: “A própria relação jurídica é um fato jurídico que se entrelaça na pluralidade de fatos, buscando a coerência e consistência da positividade normativa”<sup>37</sup>. E adiante ele complementa: “A toda ciência de fatos (positiva) deve corresponder uma ciência de essências que descreva os seus verdadeiros fundamentos”<sup>38</sup>. Na realidade o autor aponta para a ideia de juridicidade como elemento preexistente ao Direito legislado. Na sua concepção:

A anterioridade do Direito em relação à lei se configura nos pressupostos da instância transcendental da atividade da consciência humana, pois é nessa esfera do pensamento que a idealidade (essência) do mundo se articula em demanda da evidência da sua própria constituição. Em outros termos, entendimento e razão são

<sup>34</sup> GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Para uma teoria fenomenológica do Direito - III**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v. 4, n.1, p. 1-176, abr./set.2011. p. 45-46.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>36</sup> *Ibidem*. p. 65.

<sup>37</sup> *Ibidem*. p. 66.

<sup>38</sup> *Ibidem*. p. 67.

os instrumentos radicais da subjetividade capazes de explicitar os caminhos a partir dos quais exercemos todas as tentativas de domínio da realidade histórico social<sup>39</sup>.

Apesar de alguns pontos de clareza teórica com a Ciência do Direito, a visão fenomenológica esboçada pelo autor de um direito preexistente ao sistema normativo, não teria a sanção do próprio Husserl pelo modo como o filósofo analisa a linguagem normativa. Ao que o autor justifica: “Queremos realçar a ideia de que uma teoria fenomenológica do Direito só pode ser compreendida a partir da análise transcendental dos seus conceitos fundamentais [...] para além da pureza normativa kelsiana”<sup>40</sup>.

A ideia de um direito preexistente ao sistema legislado tem uma proximidade com o “Direito Natural”, pensamento como já se assinalou que se distancia das ideias fenomenológicas de Husserl. A afirmação de que a própria relação jurídica é um fato jurídico plural, não negaria o sistema normativo legislado, considerando que, este sistema interage com os fatos, mesmo tendo um suporte teórico *a priori* com a norma fundamental da teoria de Kelsen, a normatização dos fatos pode se dá na relação direta dos fenômenos sociais.

O fenômeno Direito e processo passa então a ser analisado com o suporte teórico do método fenomenológico e neste aspecto as várias ideias esboçadas sobre a essência da fenomenologia contribuíram para o entendimento da ciência normativa interagindo com os fatos e as relações jurídicas. Mas, fazendo-se a redução fenomenológica Jaci Rene assiná-la:

No direito, que é o fenômeno que interessa a este estudo, o observador passa a ser o referencial (relativo) que liga o dado extraído do real. Nesse sentido, criam-se metodologias que servem como lentes para o intérprete olhar a realidade, podendo-se sintetizar as diversas teorias em posturas que podem ser definidas como analíticas, hermenêuticas e pragmáticas<sup>41</sup>.

É justamente na postura analítica, hermenêutica e pragmática que Carlos Cossio estabelece sua teoria egológica com fundamento na fenomenologia dentro da ideia de que o Direito é cultura, no sentido de diferenciar das mais gerais famílias dos objetos, “de acordo com a tese husserliana das ontologias regionais.

Segundo os ensinamentos fenomenológicos, de uma concepção lógica, é objeto qualquer coisa que possa ser motivo de uma predicação verdadeira mediante um juízo”<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> GUIMARÃES, Aquilino Côrtes. **Para uma teoria fenomenológica do Direito - III**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v. 4, n.1, p. 1-176, abr./set.2011. p. 68.

<sup>40</sup> *Ibidem*. p. 69.

<sup>41</sup> RENE, Jaci. **Hermenêutica em seis lições**. Disponível em: <[http://www.unifra.br/.../Aula%20\(completa-texto%20para%20internet\).doc](http://www.unifra.br/.../Aula%20(completa-texto%20para%20internet).doc)>. Acesso em: 22 abr. 2011. p. 28.

<sup>42</sup> COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico del libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. p. 54: “[...]de acuerdo con la tesis husserliana de las ontologias regionales. Según la

A teoria egológica de Carlos Cossio se opõe ao racionalismo, ao empirismo e ao historicismo. Em relação ao racionalismo, ele considera que o objeto a conhecer pelo o jurista não são as normas, mas a conduta humana em sua interferência intersubjetiva e as normas são apenas conceitos com os quais pensamos essa conduta<sup>43</sup>. Contrapondo-se ao empirismo ele afirma que a conduta humana é um objeto de experiência radicalmente diversa dos objetos naturais, [...] consistindo a conduta humana numa liberdade onde a criação de algo axiologicamente original emerge a cada instante<sup>44</sup>. Sendo o Direito conduta e esta sendo liberdade, a experiência que interessa ao jurista não está no passado, mas na própria vida presente, visto que só no presente do tempo é que existe liberdade<sup>45</sup>.

A teoria egológica de Carlos Cossio apesar de ter uma matriz fenomenológica ela se aproxima do positivismo jurídico de Hans Kelsen. No entanto, o entendimento de Cossio da teoria pura do direito kelsiana é totalmente contrária em sua abordagem da comumente estabelecida doutrinariamente. Cossio ao fixar os pontos fundamentais da teoria egológica, assinala:

A teoria egológica ao descobrir que o Direito é a conduta em interferência intersubjetiva e não a norma, verifica que a contribuição fundamental de Kelsen não se refere em rigor ao Direito, senão ao peculiar tipo de pensamento com que se constitui o conhecimento jurídico. O ensinamento definitivo de Kelsen é que, sem estrutura normativa, nenhum pensamento jurídico vale como pensamento jurídico; porém nada mais<sup>46</sup>.

Fixados estes pontos da teoria egológica de Carlos Cossio, pode-se concluir que a visão fenomenológica do Direito, mesmo com o entendimento da teoria pura do direito de Kelsen por ele exposta, exige um enfoque ao qual o normativista Kelsen não aceita. Para a “Teoria Pura do Direito” a fenomenologia seria considerada de um sincretismo metodológico que obscureceria a essência da ciência jurídica na concepção de Kelsen. Porque a aplicação da matriz fenomenológica desloca do plano puramente normativo, desassociado dos fatos

---

enseñanza fenomenológica, desde un acceso lógico es objeto cualquier cosa que pueda ser motivo de una predicación verdadera mediante *un juicio*”.

<sup>43</sup> *Ibidem*. p. 51: “[...] el objeto del conocimiento del jurista no son las normas sino la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. [...] Las normas son simplemente los conceptos con los que pensamos esa conducta”.

<sup>44</sup> *Ibidem*. p. 51: “[...] la conducta humana es un objeto de experiencia radicalmente diverso de los objetos naturales, [...] la conducta humana constituye una experiencia de libertad donde la creación de algo axiologicamente original emerge a cada instante”.

<sup>45</sup> *Ibidem*. p. 52: “[...] siendo el Derecho conducta e la conducta siendo libertad, la experiencia jurídica a que há de atender el jurista no está en la historia, sino em su propia vida presente em cuanto que solo em el presente del tiempo existe realmente la libertad”.

<sup>46</sup> COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico del libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. p. 102: “La Teoría egológica al descubrir que el Derecho es la conducta en interferencia intersubjetiva y no la norma, verifica que la contribución fundamental de Kelsen no se refiere em rigor al Derecho, sino al peculiar tipo de pensamiento con que se constituye el conocimiento jurídico; pero nada más”.

sociais, para sublinhar como relevante o “fato” e o “valor”, como elementos que são objetos da hermenêutica do fenômeno Direito. E a diferença está justamente neste deslocamento do estudo da norma abstrata para o fato vivido, que é a essência do fenômeno Direito que se revela através do método fenomenológico.

Portanto, o fenômeno Direito no pensamento da fenomenologia pode ser o fato jurídico a relação jurídica, a conduta, a essência normativa que se revela, que se mostra, assim como, poderá mostrar-se como aquilo que em si mesmo o Direito não é, como elemento do mundo real, do mundo jurídico, do ordenamento jurídico, seja como filosofia, como ciência ou instrumento aplicado das normas sociais.

## 1.2 O fenômeno da preclusão

A preclusão como fenômeno processual é no contexto do método fenomenológico uma característica do fenômeno processo e do Direito. Isto porque, são aspectos que estão relacionados com o tempo como a representação do real e o espaço (lugar onde se dão os fenômenos). Na argumentação Kantiana a simultaneidade das coisas e sua sucessão necessitam para sua percepção, da representação do tempo, seguindo-se a constatação de que os fenômenos se enquadram no tempo, dá-se em momentos e desaparecem, mas o próprio tempo não pode ser suprimido<sup>47</sup>. Na sua teoria Kant explica:

O tempo não é um conceito empírico abstraído de qualquer experiência. Com efeito, a simultaneidade ou a sucessão nem sequer se apresentaria à percepção se a representação do tempo não estivesse subjacente *a priori*. Somente a pressupondo pode-se representar que algo seja num e mesmo tempo (simultâneo) ou em tempos diferentes (sucessivo)<sup>48</sup>.

A fenomenologia do espírito, na dicção de João Maurício Adeodato, “mostra que unicamente o espírito pessoal, em sua subjetividade, é capaz de uma consciência de si mesmo”<sup>49</sup>. Mas, com relação ao Direito, a fenomenologia jurídica, demonstra que: “o direito não fica isolado em cada espírito individual e que sua necessária transcendência em relação

<sup>47</sup>Cf. CHAUI, Marilena de Souza. *apud* KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad.: Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger, São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 9.

<sup>48</sup>KANT, Immanuel. *Ibidem*. p. 77. “O tempo é uma representação necessária subjacente as todas intuições. Com respeito aos fenômenos em geral, não se pode suprimir o próprio tempo, não obstante se possa do tempo muito bem eliminar os fenômenos. O tempo é, portanto, dado *a priori*. Só nele é possível toda a realidade dos fenômenos. Estes podem todos em conjunto desaparecer, mas o próprio tempo (como condição universal da sua possibilidade) não pode ser supresso”.

<sup>49</sup>ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 163.

aos indivíduos incapacita a consciência (subjativa) para sequer percebê-lo plenamente”<sup>50</sup>. Mas, o que fica evidente na concepção do jusfilósofo do Recife, é que nenhum indivíduo será capaz de tomar consciência da realidade jurídica em que está inserido.

A percepção desta realidade jurídica fica condicionada ao fator tempo, que não pode ser definido discursivamente ou como conceito universal, na lição de Kant, mas é uma forma pura da intuição sensível. E adiante acrescenta: “A infinitude do tempo nada mais significa senão que toda a magnitude determinada do tempo só é possível mediante limitações de um tempo uno subjacente”<sup>51</sup>. Condições que o indivíduo, enquanto ser humano, não possui na percepção da realidade social, onde o Direito está inserido. E isto se dá na conduta, o que só se revela no convívio social.

João Maurício Adeodato assinala ainda que: “O direito, enquanto fenômeno intersubjetivo, não pode ser definido a partir da consciência individual; a partir da consciência coletiva, que sequer existe como fenômeno, muito menos”<sup>52</sup>, e destaca:

A justiça é certamente um valor, e o direito, como já visto, está orientado em direção a valores. Mas o direito não é um valor, é um fenômeno real, resulta de uma inserção de valores no mundo real, já é intermediado pelo dever ser atual. Assim, não pode ser definido a partir de entidades lógicas, como a norma jurídica abstrata, ou de um direito natural exclusivamente racional<sup>53</sup>.

Opondo-se também a essa concepção da norma jurídica abstrata, o jusfilósofo argentino Carlos Cóssio esboçou a teoria fenomenológica do direito, como um defensor exponencial da teoria *egologica*, o que na interpretação de Jaci Rene Costa Garcia, “Cóssio desloca o problema do direito: da preocupação com a norma jurídica para o estudo da conduta humana e suas relações”<sup>54</sup>. O próprio Cóssio afirma: Ao contrário do racionalismo jurídico, a Teoria Egológica considera que o objeto a conhecer pelo jurista não são as normas, mas a conduta humana enfocada desde certo ângulo particular<sup>55</sup>.

A teoria *egologica* considera, segundo Cóssio, que a Ciência Dogmática do Direito é uma ciência de realidade, portanto uma ciência de experiência. Só que na sua concepção esta

<sup>50</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 163.

<sup>51</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad.: Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger, São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 77.

<sup>52</sup> ADEODATO, João Maurício. *op. cit.* p. 163-164.

<sup>53</sup> *Ibidem.* p. 164.

<sup>54</sup> GARCIA, Jaci Rene Costa. **Fenomenologia do direito**: Investigação sobre a aplicação da matriz fenomenológica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://sites.unifra.br/Portals/35/Artigos/2003/39/fenomenologia.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2010. p. 37.

<sup>55</sup> COSSIO, Carlos. **La teoría egologica del derecho y el concepto jurídico del libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. p. 50-51.

experiência é cultural e humana e não natural ou causal<sup>56</sup>. E nesta direção ele reafirma:

[...] na Ciência Dogmática o objeto do conhecimento do jurista não são as normas mas a conduta humana em sua interferência intersubjetiva, [...]. É por isto que a conduta como conduta, isto é, a conduta em sua liberdade, não a podemos pensar como um ser, segundo é a pretensão do empirismo, mas como um dever ser existencial<sup>57</sup>.

Na fenomenologia de Husserl encontra-se o fundamento para esta concepção existencial e segundo Natalie Depraz “[...] o ego transcendental constitui um objeto que lhe é dado em uma experiência ela mesma transcendental”<sup>58</sup>. E João Maurício Adeodato chama atenção para o fato de que: “Se existe um fenômeno jurídico, é preciso descrever suas características diferenciadoras; se não, é preciso estudar os contextos linguísticos em que a palavra direito faz sentido”<sup>59</sup>.

Considerando o fenômeno jurídico compreendido pela intuição sensível onde a “intuição eidética” do direito é uma intuição existencial que abrange tanto a intuição sensível quanto a intelectual<sup>60</sup>, é de fundamental importância relacionar este fenômeno com o tempo que é algo real na experiência interna, possui, portanto, realidade subjetiva. E Kant afirma:

Logo, precisa ser encarado não como objeto, mas como o modo de me representar a mim mesmo como objeto. [...] A realidade (relativa) empírica do tempo permanece, portanto, a condição de todas as nossas experiências. [...] O tempo nada mais é que a forma da nossa intuição interna<sup>61</sup>.

É o direito considerado em sua interferência intersubjetiva, que se dar no momento (tempo) da conduta social, onde cada indivíduo tem um fazer compartilhado, permitido ou impedido por outros, mas configura o objeto da ciência jurídica como sendo a vida humana vivente em sua liberdade. Neste sentido, Jaci Rene aduz: “a criação legislativa do direito pode apenas confirmar ou modificar os modos de vida existentes e não elaborar a vida existente”<sup>62</sup>. Nisto consiste a dupla função da norma jurídica de concomitantemente ser um juízo imputativo e um conceito que pensa uma conduta.

<sup>56</sup>COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico del libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. p. 49.

<sup>57</sup>*Ibidem*. p. 51.

<sup>58</sup>DEPRAZ, Natalie. **Compreender Husserl**. Trad. Fábio dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p. 15.

<sup>59</sup>ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 164-165.

<sup>60</sup>GARCIA, Jaci Rene Costa. **Fenomenologia do direito**: Investigação sobre a aplicação da matriz fenomenológica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://sites.unifra.br/Portals/35/Artigos/2003/39/fenomenologia.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2010. p. 38.

<sup>61</sup>KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad.: Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 81.

<sup>62</sup>GARCIA, Jaci Rene Costa. *op. cit.* p. 39.

Direito é, portanto, um fenômeno humano e social e nisto se vislumbra o nexo entre direito e processo, e segundo Bedaque, “o próprio conceito de direito processual está vinculado de forma inseparável a fenômeno verificado no plano do direito material, consistente na sua não realização espontânea”<sup>63</sup>. Surgem então, as questões maiores do processo, que ultrapassa a fase instrumentalista, de compreender esta “relação entre a vida e ao direito substancial que a regula”, e Bedaque assinala: “Quanto mais consciência tiver o processualista desse fenômeno, maiores serão as possibilidades de construção de mecanismos aptos a alcançar os escopos do processo”<sup>64</sup>.

Nessa linha de raciocínio para além da instrumentalidade, torna-se necessário a quebra de paradigmas, é como se posiciona José Elias Dubard de Moura Rocha, ao dizer: “o processo judicial não pode mais ser um instrumento de mutilação do real, nem tão pouco pode manter-se como o real jurídico mutilado, apartado pela ilusão de sua autonomia científica, algo prepotente e alheio ao seu reducionismo mutilador”<sup>65</sup>. Não é diferente a posição de Adalberto Narciso Hommerding:

Vivendo em um mundo de conceitos e ‘lugares-comuns’, os juristas tem-se alienado da ‘vida real’. Nesse sentido, basta ver que toda a tradição jurídica caracteriza-se pela existência de dois mundos: o ‘mundo dos fatos’ e o ‘mundo jurídico’. Essa dualidade kantiana (ser e dever ser), fruto da filosofia da consciência (racionalismo), que separa o que é inseparável, faz com a dimensão do real seja transformada tão-somente em uma instância imaginária, fictícia<sup>66</sup>.

A abordagem do racionalismo kantiano na separação do “mundo dos fatos” e o “mundo jurídico” iniciam a discussão daquilo que separa o racionalismo, do método usado pela fenomenologia. Segundo Alex Coltro: “A compreensão do mundo social reenvia à intersubjetividade, e, para a fenomenologia, as ciências sociais devem conhecer o mundo social tal como ele é vivido na atitude natural”<sup>67</sup>. O processo enquanto fenômeno precisa voltar-se para os fatos onde se originam as condutas, com vistas à sua efetividade. Bedaque indica: “Pretende-se demonstrar que todos os fenômenos inerentes ao processo devem ser

<sup>63</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a. p. 11.

<sup>64</sup>*Ibidem*. p. 15.

<sup>65</sup>ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Crise cognitiva do processo judicial**: Processualística sistemática I. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 117.

<sup>66</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 104.

<sup>67</sup>COLTRO, Alex. **A fenomenologia**: um enfoque metodológico para além da modernidade. Caderno de Pesquisas em Administração. São Paulo, v. 1, n° 11, 1° Trim./2000. p. 40.

concebidos em função do direito material”<sup>68</sup>. Isto é, “a técnica adequando-se ao objeto, com vistas ao resultado”<sup>69</sup>.

Uma constatação *a priori*, mostra que a busca incessante da adequação técnica com o objeto só poderá produzir os resultados desejados se houver a convergência do mundo jurídico com o mundo dos fatos. Como já delineado, estes fatos se dão no tempo e no processo. Ambos estão umbilicalmente associados, visto que, dos acontecimentos da natureza que mais inquietam o homem, segundo Tucci, centra-se no fenômeno tempo. E adiante ele aduz: “Na perspectiva filosófica, o tempo é uma categoria abstrata, enquanto na visão dos pragmáticos do mundo contemporâneo ‘*time is Money* [...]’”<sup>70</sup>.

A expressão “tempo é dinheiro”, apesar de sua carga mercantilista, tem uma relação com o processo, com sua efetividade, com os institutos e técnicas utilizadas na prestação da tutela jurisdicional, na indagação filosófica da hermenêutica, que busca encontrar sentido na interpretação da norma, no seu dispositivo, agora não mais unicamente como texto, mas dentro da matriz fenomenológica, como conduta de um ser real e humano na sociedade.

O fenômeno processual, relacionado ao tempo, encontra em Kant, na sua exposição metafísica do tempo, o conceito de movimento, mudança de lugar, marcha, onde, só é possível compreender na representação do tempo. Se a mesma não fosse tomada *a priori*, seria impossível o conceito de mudança, assim como, predicados opostos num mesmo objeto. “Somente no tempo, isto é, sucessivamente, duas determinações opostas contraditoriamente podem ser encontradas numa coisa”<sup>71</sup>.

No método fenomenológico, segundo Alex Coltro, a redução *eidética*, onde a *epoché* é caracterizada pela busca do fenômeno, enquanto algo puro, livre dos elementos pessoais e culturais, busca-se encontrar a essência daquilo que faz com que o objeto seja o que é e não outra coisa<sup>72</sup>. Fala-se do fenômeno processual, assim como, do fenômeno da preclusão como se *a priori*, estivesse contida na expressão fenômeno, a essência do mesmo, que se afigura como tético, onde a formulação da coisa é existencial, no entanto, aquilo que faz sentido no fenômeno, que o define na essência não é enfrentado de forma hermenêutica.

Pode-se exemplificar entre tantas afirmações idênticas, na doutrina e jurisprudência,

<sup>68</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a. p. 21.

<sup>69</sup>*Ibidem*. p. 21.

<sup>70</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>71</sup>KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger, São Paulo, Nova Cultural, 1996. p. 78.

<sup>72</sup>COLTRO, Alex. **A fenomenologia**: um enfoque metodológico para além da modernidade. Caderno de Pesquisas em Administração, São Paulo, v. 1, n° 11, 1° Trim./2000. p. 43.

o que expressa Heitor Vitor Mendonça Sica: “No que toca á preclusão dirigida à atividade das partes no processo, teremos de analisar, como premissa, o funcionamento **desse fenômeno** e quais são seus fundamentos no sistema”<sup>73</sup> (destaque nosso). O termo fenômeno é abrangente, parece dizer tudo sobre a coisa, não destoando das inúmeras vezes onde neste trabalho o mesmo foi proferido com relação ao fenômeno processual.

Enfrentando a questão de forma elucidativa, pode-se socorrer da explicação do filólogo Antônio Houaiss, ao apontar as seguintes pistas para o termo fenômeno:

**1** Tudo o que se observa na natureza; **2** Derivação: por extensão de sentido; fato ou evento que pode ser descrito e explicado cientificamente; **3** Rubrica: filosofia. Apreensão ilusória de um objeto, captado pela sensibilidade ou reconhecido de maneira irrefletida pela consciência imediata; **4** Derivação: por extensão de sentido. Rubrica: filosofia. No *kantismo*, o objeto do conhecimento na relação que estabelece com o sujeito humano que o conhece, e captado segundo a perspectiva da intuição (espaço e tempo) e das categorias inatas do intelecto; **5** Fato ou acontecimento raro e surpreendente; prodígio, maravilha; **6** Derivação: por metonímia. ser ou objeto com algo de anormal ou extraordinário; Ex.: ele é um f. em matemática<sup>74</sup>.

Eliminando-se momentaneamente as hipóteses, a teoria e o conhecimento que se tem da preclusão no Direito Processual, alinha-se a noção do kantismo segundo a perspectiva da intuição (espaço e tempo), como objeto do conhecimento, na relação estabelecida entre o sujeito e o fato ou acontecimento, só que não é raro nem surpreendente, mas real e instrumental. A preclusão fica na mesma dimensão do processo enquanto fenômeno, daquilo que acontece, produz efeitos, torna-se definitivo, não permite mais retorno. O termo processo compõe-se de *pro cadere*, que significa o caminhar, ir para frente, avançar. A palavra preclusão, cuja origem latina *praeclusio*, se traduz como fechar, tapar, obstruir, tolher, pode-se articulando as duas concepções latinas, expressar o entendimento de Fernando Rubin: “tem-se que o fenômeno conhecido como preclusão deve orientar-se no sentido de garantir a irreversibilidade do processo, isto é, ir para frente, não podendo tornar ao que já se passou”<sup>75</sup>.

A redução ou *epoché*, na terminologia fenomenológica, foi necessária para se buscar a essência do fenômeno preclusivo na compreensão hermenêutica do real. É necessário, no entanto, o questionar para a compreensão que se quer alcançar, na linguagem de Heidegger, “Todo questionar é um buscar. Toda busca retira do que se busca a sua direção prévia. Questionar é buscar cientemente o ente naquilo que ele é e como ele é”<sup>76</sup>.

<sup>73</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2.

<sup>74</sup>HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1347.

<sup>75</sup>RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35.

<sup>76</sup>HEIDGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Rev. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 2. ed. Bragança Paulista: Vozes, 2007. p. 40.

Segundo Gadamer, para Heidegger:

[...] a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia lhe sejam impostas por intuições ou noções populares. Sua tarefa é, antes, assegurar o tema científico, elaborando esses conceitos a partir da coisa, ela mesma<sup>77</sup>.

A coisa que se investiga é um fenômeno que se concebe temporalidade, cujo atributo a torna um ser, mas, deve-se ter no entendimento de Emmanuel Carneiro Leão: “Uma compreensão de ser que não esqueça o imperativo existencial de ‘vir a ser o que se é’ de ser o que se conhece”<sup>78</sup>. É um ser que se conhece pela redução fenomenológica, no entanto, para vir a ser o que é na realidade, ultrapassa a limitação que atormenta o ser humano em relação ao tempo. Sabe-se que a preclusão se dar como fenômeno, independentemente da categorização doutrinária, acontece dentro da mesma lógica que o homem usa para “domar” o tempo lhe impondo a cronologia e suas divisões, com o objetivo de distinguir a ordem de ocorrência dos fatos, em horas, dias, semanas, meses, e no processo às vezes minuto a minuto.

É, portanto, dentro desta limitação que se pode estudar a preclusão e os fenômenos preclusivos, expressos na doutrina, na jurisprudência, na prática cotidiana do foro, com características diferenciadas, no entanto produzindo os mesmos efeitos, seja para as partes, seja para o juízo, o fenômeno está presente nos atos processuais, proporcionando que a marcha processual busque sua finalidade com segurança e celeridade.

---

<sup>77</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer; rev. da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 355.

<sup>78</sup>LEÃO, Emmanuel Carneiro. A perplexidade da presença. In: HEIDGGER, Martin. **Ser e tempo**. 2. ed. Trad. Rev. Márcia Sá Calvacante Schuback. Bragança Paulista: Vozes, 2007. p. 15.

## CAPÍTULO II PRINCIOLOGIA PROCESSUAL

### 2.1 A teoria dos princípios no direito

Expor a teoria dos princípios no Direito impõe-se verificar a nomenclatura e fundamento de diversos autores que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos. Há que se enfrentar as concepções entre princípios como normas fundamentais do sistema, princípios constitucionais, princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionais conformadores, princípios constitucionais impositivos, princípios garantias, princípios axiológicos fundamentais, princípios gerais e setoriais. Enfim, a nomenclatura é infundável, constituindo-se numa discussão às vezes filosófica, às vezes científica no sentido de estabelecer o que fundamenta a ciência do direito, quais os valores básicos em que se assenta a sua teoria geral e dogmática, embasando o seu objeto principal como sendo a norma jurídica.

Pensando-se num universo tão amplo, se tornaria impossível nesta introdução à teoria dos princípios, se não delimitasse o âmbito da discussão a uma linha de pensamento que aponte uma direção, sem a preocupação se a mesma é mais adequada do que outras. Para o desenvolvimento que se pretende na compreensão da preclusão como princípio, opta-se em analisar a exposição da teoria que considera princípio como norma, diferentemente de regras, apontada por Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila. É o que se fará, comparando as formulações feitas com o objetivo de se buscar a coerência sistemática que é a preocupação da presente dissertação, na área de Direito Processual com o fito de verificar a preclusão como princípio do sistema interno do processo. No aspecto sistemático Humberto Ávila considera:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. [...] Em alguns casos há norma mas não há dispositivo<sup>79</sup>.

Ao afirmar *a priori* que as normas são sentidos construídos a partir de uma interpretação sistemática, o autor aponta a necessidade hermenêutica de interpretação dos

---

<sup>79</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

textos normativos a partir de seu dispositivo. A distinção feita inicialmente é a de que poderá existir norma sem dispositivo e em sentido contrário, também dispositivo sem que haja uma norma. Pergunta e responde o autor: “Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte físico”<sup>80</sup>. Fundamentando sua posição ele afirma que existem casos em que há dispositivo, mas não há norma, exemplificando pergunta: “Qual a norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma”<sup>81</sup>.

Numa interpretação do círculo hermenêutico, seguindo lição de Robert Alexy<sup>82</sup>, na qual existe uma pré-compreensão que se dá, quando o intérprete aproxima-se do texto, formula uma hipótese determinada pelas informações de sua própria vida, ou seja, através da experiência profissional vivida, que poderá ser uma presunção de solução correta do problema, no qual ele formula “*o postulado da reflexão*”. Neste sentido, é que se compreende a separação feita pelo autor entre norma e o texto, visto que, a obrigação, o dever, o poder e a faculdade são sentidos construídos para que seu cumprimento possa denominar-se “Direito”.

Contraopondo-se a teoria positivista, segundo a qual as normas, quer sejam consideradas como regras ou princípios, obrigatoriamente não descendem de um tronco comum, de uma norma fundamental, elaborada pelo legislador, Ronald Dworkin afirma que:

Muitas das nossas mais antigas regras jurídicas nunca foram explicitamente criadas por um poder legislativo ou por um tribunal. Quando elas apareceram pela primeira vez em argumentações legais e textos jurídicos, foram tratadas como já pertencente ao direito. E isto porque representavam a prática costumeira da comunidade ou de uma parte específica dela<sup>83</sup>.

O autor exemplifica como várias práticas comerciais e mercantis, que após sua inserção como regra nos contratos, passaram a compor o direito legislado, não perdendo em essência sua característica de “Direito”, reconhecido pela comunidade. Adianta-se, então, a discussão que os autores fazem entre normas regra e normas princípios, lembrando da distinção feita por Humberto Ávila, entre texto da norma e o sentido construído de forma sistemática na Ciência do Direito.

<sup>80</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

<sup>81</sup> *Ibidem*. p. 30.

<sup>82</sup> ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

<sup>83</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 67.

Para Ronaldo Dworkin: “A distinção lógica entre regras e princípios aparece mais claramente quando consideramos princípios que nem mesmo se assemelham a regras”<sup>84</sup>. Porque, para o autor os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem, consistindo essa dimensão não só de peso como de importância, existindo uma relativa importância de princípios em relação ao conflito, sendo que “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”<sup>85</sup>.

Numa análise sobre a distinção entre princípios e regras, Humberto Ávila, raciocina sobre o que prescreve a norma e acrescenta; “o fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa”<sup>86</sup>. Torna-se importante a análise que o autor faz da teoria dos princípios em Canaris, segundo ele:

Para Canaris duas características afastariam princípios das regras. Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação. Acrescentam-se, pois, novos elementos aos critérios distintivos antes mencionados, na medida em que se qualifica como axiológica a fundamentação exercida pelos princípios e se predica como distintivo seu modo de interação<sup>87</sup>.

Esse processo dialético de complementação e limitação apontado por Canaris, na análise feita por Humberto Ávila, pode-se inserir num segundo círculo hermenêutico, que segundo Roberto Alexy seria “o *postulado da coerência*”<sup>88</sup>, quando as normas particulares se comunicam com o todo, se relacionam qualificando-se de acordo com a axiologia. Roberto Alexy desenvolve três teses que se pode comparar dialeticamente: “A primeira tese concerne à estrutura e aos limites do sistema jurídico”<sup>89</sup>. Segundo esta tese, o direito de uma sociedade consistiria exclusivamente de regras, identificadas com base em um critério que não seria relacionado com seu conteúdo, mas com sua origem formal, legislativa.

A segunda tese: “resulta da primeira”. Como o direito compõe-se exclusivamente de regras, o juiz ao decidir sobre uma consequência jurídica que não esteja regrada, terá que

<sup>84</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 47.

<sup>85</sup> *Ibidem*. p. 47.

<sup>86</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009. p. 36.

<sup>87</sup> CANARIS, *apud* ÁVILA, Humberto. *Ibidem*. p. 36.

<sup>88</sup> ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

<sup>89</sup> *Ibidem*. p. 138.

julgar segundo critérios que não fazem parte do ordenamento jurídico, porque o direito não lhe fornece nenhuma outra saída.

A terceira tese diz respeito ao conceito da obrigação jurídica, onde diante da obrigação de alguém há correspectivamente ao direito de outro. Acontece que em casos difíceis, o juiz terá que assumir o papel de legislador, estabelecendo uma regra, visto que: “com base em seu poder discricionário, deve formar primeiro, como um dador de leis, uma regra, não somente declara uma obrigação já existente, mas, ao contrário, primeiro fixa uma obrigação não existente até a sua decisão”<sup>90</sup>.

A evolução doutrinária com foco na distinção entre princípios e regras impõe-se estabelecer alguns parâmetros de validade. Isto porque, analisando por este aspecto, Humberto Ávila assinala que:

No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios<sup>91</sup>.

É nesse raciocínio que Ronald Dworkin estabelece uma comparação considerando a dimensão de peso na hipótese de colisão entre princípios e colisão de regras. Afirma ele:

[...] faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não tem essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior<sup>92</sup>.

Interpreta-se o raciocínio desenvolvido pelos autores sobre a norma, concebendo-se umas que se denominam princípios e outras que se denominam regras. Ambas são importantes para o ordenamento jurídico, sendo que as funções desempenhadas pelos princípios são totalmente diferentes daquelas onde se aplicam as regras. A distinção torna-se o fundamento para o entendimento. Segundo Robert Alexy:

<sup>90</sup> ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 138.

<sup>91</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36-37.

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

[...] princípios, de outra forma como regras, ao juiz sempre oferecem apoio. Se uma resposta, em virtude de regras, não é possível, ela deve ser dada com base em princípios. [...] O juiz não inventa sua resposta, mas com base em princípios descobre que direitos as partes tem<sup>93</sup>.

Neste aspecto, Humberto Ávila considera que Alexy foi mais preciso do que Dworkin, visto que para ele: “os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”<sup>94</sup>. E, comparando os autores citados, afirma:

A distinção entre princípios e regras - segundo Alexy – não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*<sup>95</sup>.

A discussão, portanto, começa neste paralelo a tornar-se mais clara. Considerando que existe *a diferença quanto à colisão* e *a diferença quanto à obrigação*. O que Alexy afirma consiste na principal diferença entre sua teoria e a de Ronald Dworkin, visto que ele não admite a posição de Dworkin na qual: “existe entre regras e princípios uma diferença lógica”. Constituindo essa diferença no sentido de que as: “regras são aplicadas de um modo tudo-ou-nada”. Nesta direção: “Ou a regra é válida, então a consequência jurídica deve ser aceita, ou ela não é válida, então ela não dirime nada para a decisão”. Razão pela qual a formulação completa de uma regra deve conter todas as exceções passando estas a consistirem num componente essencial da regra<sup>96</sup>. Em defesa de sua posição acrescenta alguns conceitos importantes, segundo os quais:

*A tese da separação rigorosa* indica que a distinção de regras e princípios não é uma distinção segundo o grau, mas que regras e princípios são critérios normativos de estrutura lógica completamente diferente. Se um critério pode ser uma regra ou um princípio, ele é sempre ou uma regra ou um princípio. [...] *A tese da concordância* indica que entre regras e princípios não existe nenhuma diferença lógica, e, precisamente, também nenhuma diferença lógica no sentido amplo acima mencionado. Todas as qualidades lógicas que se podem encontrar naquilo que, de modo usual, denomina-se ‘princípio’, podem também se encontrar naquilo que, denomina ‘regra’. Ao contrário, a *tese da separação fraca*, como a rigorosa, tem

<sup>93</sup> ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 140.

<sup>94</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Ltda, 2009. p. 36-37.

<sup>95</sup> *Ibidem*. p. 38-39.

<sup>96</sup> ALEXY, Robert. *Ibidem*. p. 140.

como conteúdo que regras e princípios podem ser distinguidos sob pontos de vista lógicos<sup>97</sup>.

No entanto, para Robert Alexy se existe uma diferença e a mesma será segundo o grau. Não importa para o ordenamento jurídico se seus conteúdos de valoração fazem referência à moral, ao direito ou a uma lei suprema, constitucional, importa mais a “segurança do seu conhecimento e sua validade universal”<sup>98</sup>. Em relação a hipótese levantada por Alexy sobre a diferença com relação ao grau, Humberto Ávila, expõe:

No caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo, princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito (por exemplo, regras do procedimento legislativo em correlação com o princípio democrático) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicadas<sup>99</sup>.

Existe uma posição que se pode homogeneizar entre os autores estudados, que poderia constituir no grau de abstração dos princípios o que não acontece com as regras que são aplicáveis de forma contundente. Mas, a interpretação das regras depende da interpretação conjunta “dos princípios que a elas digam respeito”, na lição de Humberto Ávila, afirmando, ainda, que: “os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicadas”<sup>100</sup>. Ambas são normas, que sejam regras ou princípios, esta é a lição conclusiva da teoria dos princípios, segundo Virgílio Afonso da Silva, “tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios”<sup>101</sup>, no entanto, na exposição de Alexy é colocada também a distinção de grau de abstração, tese que é reforçada por Humberto Ávila.

## 2.2 O fenômeno principiológico da preclusão

O filósofo francês Etienne Bonnot de Condillac, ao fazer sua crítica ao cartesianismo, considera que a metafísica, através dos princípios, não encontrou nada mais

<sup>97</sup> ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 142.

<sup>98</sup> *Ibidem*. p. 142.

<sup>99</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48.

<sup>100</sup> *Ibidem*. p. 48.

<sup>101</sup> SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. São Paulo, 2003. p. 610.

que possa ser um mistério para ela, visto que na sua linguagem a metafísica é a ciência das primeiras verdades onde tudo pode ser explicado através dos primeiros princípios das coisas. Baseando-se em Arnauld e Nicole na *Lógica ou Arte de Pensar* afirma: “Todo mundo está de acordo que é importante ter no espírito vários axiomas e princípios que, sendo claros e indubitáveis, possam servir-nos de fundamento para conhecer as coisas mais escondidas”. Em seguida ele destaca por primeiro princípio: “Tudo o que está contido na ideia clara e distinta de uma coisa pode ser afirmado com verdade”, por segundo: “A existência, pelo menos possível, está contida na ideia de tudo aquilo que concebemos clara e distintamente”; e por último: “O nada não pode ser causa de coisa alguma”<sup>102</sup>.

O autor julga que um sistema não é outra coisa senão a disposição das diferentes partes, onde as últimas se explicam através das primeiras e “aquelas que dão razão às outras, chamam-se *princípios*”, sendo que o sistema será tão mais perfeito quanto menor o número de princípios que o mesmo possa ter. Condillac julga que existem princípios de primeira classe sendo estes “máximas gerais ou abstratas” e princípios de segunda classe como suposições que se imaginam para explicar certas coisas que de outra forma não se poderia dar razão<sup>103</sup>.

A inserção inicial na filosofia tem em Hegel a seguinte explicação: “A ciência do direito faz parte da filosofia. O seu objeto é, por conseguinte, desenvolver, a partir do conceito, a ideia, porquanto esta é a razão do objeto, ou, o que é o mesmo, observar a evolução imanente própria da matéria”. E adiante ele acrescenta que, no entanto: “É o método formal e não filosófico que exige e procura antes de tudo a definição, para possuir ao menos a forma exterior da exposição científica”. Mas, para a ciência positiva do direito, ele é enfático, pouco tem a ver tal exigência, “pois, sobretudo o que lhe importa é formular o que é direito, ou seja, as disposições legais particulares”. Em seguida ele diz: “*omnis definitio in jure civili periculosa*”<sup>104</sup>. Portanto, se toda definição em direito civil é perigosa, não poderia de igual maneira tornar-se fácil e compreensível as definições que abundam na legislação, na jurisprudência e na doutrina processual civil, desta feita considerando a ciência do Direito Processual Civil com foco, sobre o que é princípio.

Ao se abordar o conceito de princípio, na forma como vem sendo debatido hoje e apresentado por diversas posições doutrinárias, que contém fundamentos, mas defendem

<sup>102</sup>CONDILLAC, Etienne Bonnot de. **Tratado dos Sistemas**. Texto original – Condillac; “*Traité des Systèmes*”. Trad. Luiz Roberto Monzani. São Paulo. Abril S. A. Cultural e Industrial. Copyriht desta edição, 1973. p. 09.

<sup>103</sup>*Ibidem*. p. 11.

<sup>104</sup>HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 01-02.

pontos de vistas às vezes diametralmente opostos, sente-se como necessário a exposição das mesmas. Isto porque, não se poderá falar em principiologia processual, sem se abordar algumas das atuais teorias dos princípios. Como se verá, as concepções tradicionais de princípios “como mandamentos nucleares” ou disposições fundamentais de um sistema, não encontra mais apoio na discussão contemporânea. Virgílio Afonso da Silva, afirma que no Brasil, pode variar de autores, “mas a ideia costuma ser a mesma: *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema*, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental”<sup>105</sup>.

A posição tradicional sobre o conceito de princípio não é característica do direito brasileiro. No Uruguai o jurista Américo Plá Rodriguez defende que os princípios gerais de direito são pressupostos lógicos e necessários às diferentes normas legislativas, das quais por abstração, devem ser induzidos. Analisando a harmonia que os princípios tem com a constituição conclui que:

[...] no direito publico uruguaio, os princípios gerais de direito são não apenas os que servem de fundamento para a legislação positiva, dos quais, por abstração, devem ser incluídos, mas também, e em harmonia e coerência com estes, os que são inerentes à personalidade humana e à forma republicana de governo<sup>106</sup>.

Quanto às funções que os princípios exercem Plá Rodriguez, com base em Victor Ferro, observa que os mesmos não só servem para integrar o direito, bem como, para interpretar as normas e também para inspirá-las. E conclui afirmando o papel essencial que os mesmos tem de estruturar o ordenamento jurídico.

Não é diferente a posição de Celso Antônio Bandeira de Melo, na sua concepção:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo<sup>107</sup>.

A retórica com que o autor conceitua e define “princípio” chega a proporcionar certa satisfação, no sentido da solução posta, sem necessidade de inquietações, visto que, tudo já

<sup>105</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1. São Paulo, 2003. p. 612.

<sup>106</sup>RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Gilgio. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000. p. 32-33.

<sup>107</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 841-842.

está claro podendo-se caminhar com tranquilidade na direção dada. Mas ele compara, ainda, a relação existente entre princípios e regras como mandamentos específicos do sistema jurídico:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra<sup>108</sup>.

Com as citações *ipsis litteris* do jurista e doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo, constata-se as dificuldades que se enfrenta ao compreender realmente o que seria uma principiologia processual. Segundo alguns dicionários na dicção de José Cretella Neto, princípio “trata-se de termo *equivoco* e, em certos casos, *análogo* [...]”, pois existem significados diversos “atribuídos ao vocábulo, em ambas as formas”<sup>109</sup>. Em seguida ele define:

A principiologia (*ou sistematização racional dos princípios*) põe-se como preliminar necessária, em dado momento da estruturação sistemática, quando a disciplina científica atinge o estágio maduro de equilíbrio, movimentando-se em plano elevado de apurado rigor, ou seja, quando já superada a fase do empirismo, da casuística<sup>110</sup>.

O autor de fundamentos principiológicos do processo civil, José Cretella Neto, define princípios:

No Direito, princípios são vigas-mestras que sustentam a estrutura organizacional e operativa do sistema jurídico, atuando também como elo de ligação entre a lei, a doutrina e a jurisprudência, possibilitando a regulamentação harmônica e equânime da sociedade. Seu emprego permite, por um lado, a elaboração de leis que reflitam a ideia daquilo que, em determinado momento histórico, a sociedade considere como ‘socialmente justo’, e por outro, permite-se a aplicação dessas leis aos conflitos de interesse, de forma a efetivar o Direito, mediante a adequada interpretação da *mens legis*<sup>111</sup>.

A abrangência das definições sobre princípios do Direito, como a acima exposta por Cretella Neto, não ajuda muito na compreensão, cabendo razão o que vaticinou Hegel, quando disse que toda definição era perigosa. Rui Portanova em importante trabalho sobre Princípios no Processo Civil introduz, afirmando: “Não se faz ciência sem princípios. Costuma-se mesmo definir ciência como conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo

<sup>108</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 842.

<sup>109</sup>CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.01.

<sup>110</sup>*Ibidem*. p. 05-06.

<sup>111</sup>*Ibidem*. p. 26.

princípios”<sup>112</sup>. E adiante citando Agostinho Gordilho complementa: “[...] (o princípio) é uma norma; mas é mais do que uma norma, uma diretriz, é um norte do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema”<sup>113</sup>.

Considerando o princípio como norma, torna-se necessário analisar os argumentos jurídicos dos autores estudados no item sobre “teoria dos princípios” que se distanciam daquilo que normalmente é considerado como princípio jurídico ou norma fundamental. Visto que, na nova concepção normativa do princípio, ele é afirmado como norma princípio com pouca diferença da norma regra. Continuando com os argumentos de Ronaldo Dworkin, ao trazer para o debate o conceito de princípio e regra, pode-se aquilatar as dificuldades, quando ele afirma que: “Às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”<sup>114</sup>. No entanto, ele é peremptório quando estabelece a distinção lógica entre princípios e regras e para ele: “Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”<sup>115</sup>.

Pela lógica e argumento do autor, entende-se que ambas são normas instrumentais, mas adiante, ele aponta para aqueles princípios que nem se assemelham a regras, após dar uma dimensão aos princípios que não tem as regras - a dimensão de peso ou importância - ele aponta para a força relativa de um princípio em relação a outro. Humberto Ávila considera neste aspecto que: “[...] quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para solução do caso”<sup>116</sup>. Enquanto Virgílio Afonso aponta: “No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso”<sup>117</sup>.

Quando Ronald Dworkin discute a questão normativa do ponto de vista da obrigação, aponta duas diferenças substanciais que na sua concepção distingue os princípios das regras.

Para ele:

Uma análise do conceito de obrigação jurídica deve, portanto, dar conta do importante papel desempenhado pelos princípios na formulação de decisões jurídicas específicas. Existem orientações diferentes que podemos seguir: a) podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras

<sup>112</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13.

<sup>113</sup> GORDILHO, Agostinho. *apud* PORTANOVA, Rui. *Ibidem*. p.13.

<sup>114</sup> DWORKIN, Ronaldo. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Livraria Martins, 2002. p. 44.

<sup>115</sup> *Ibidem*. p. 42.

<sup>116</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 56.

<sup>117</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1. São Paulo, 2003. p.610-611.

jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que toma as decisões sobre obrigações jurídicas. b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são<sup>118</sup>.

Como assentado, as posições dos dois autores se assemelham, com as ressalvas já feitas quanto à posição adotada por Dworkin, da aplicação das regras na base do modo-tudo-ou-nada. Isto porque, segundo Alexy, “se as características do tipo estão presentes, existem somente duas possibilidades. Ou a regra é válida, então a consequência jurídica deve ser aceita, ou ela não é válida, então ela não dirime nada para a decisão”<sup>119</sup>. Mas, considerando o que Dworkin afirmou que sob certas circunstâncias e em virtude de um princípio a regra pode tornar-se inaplicável, Alexy deduz que: “Com isso, justamente a existência de princípios elimina os pressupostos para o caráter-tudo-ou-nada como critério de distinção entre regras e princípios”<sup>120</sup>.

Seguindo ainda os passos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, reafirma que os princípios não determinam a decisão de forma coercitiva, por conter tão somente fundamentos, os quais sugerem a decisão, diferentemente das regras. E no mesmo diapasão, defende peso e dimensões para os princípios que as regras não tem. Daí quando dois princípios colidem, “o princípio com o peso relativamente maior decide, sem que o princípio com o peso relativamente menor, com isso, fique inválido”<sup>121</sup>.

Diante do exposto, fica clara, para os autores, a diferença entre princípios e regras. Sendo o ponto defendido por Virgílio Afonso da Silva, com relação às regras, ao contrário dos princípios, elas “expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar”<sup>122</sup>.

Na aplicação do direito, como já afirmado acima, tem-se como objeto não a norma em abstrato, mas a conduta. A discussão posta da diferença entre princípios e regras, sendo um e outra, normas, é articulada com a seguinte discussão sobre as normas constitucionais por Humberto Ávila:

<sup>118</sup> DWORKIN, Ronaldo. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Livraria Martins, 2002. p. 46.

<sup>119</sup> ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**. Estudos para a filosofia do direito. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 140.

<sup>120</sup> *Ibidem*. p. 145.

<sup>121</sup> *Ibidem*. p. 141.

<sup>122</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1. São Paulo, 2003. p. 612.

A relação entre as normas constitucionais e os fins e os valores para cuja realização elas servem de instrumento não está concluída antes da interpretação. [...] Por isso, não é correto afirmar que um dispositivo constitucional contém ou é um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. [...] Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada<sup>123</sup>.

Ao considerar as normas como texto construído a partir da interpretação sistemática, evidencia-se “enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética”<sup>124</sup>. Julgando-se os princípios com força normativa, assiste razão a atribuição ao mesmo, no que se refere ao que deve ser julgado, a relevância diante do caso concreto.

A discussão travada entre os doutrinadores sobre a diferença entre princípios e regras, não invalida a concepção de princípio como comando normativo, ao contrário, trás subsídios para integração do ordenamento jurídico através dos princípios. Visto que, o conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies, considerando o debate empreendido do caráter normativo dos princípios e sua diferença das regras, não existe divergência antagônica entre Dworkin e Alexy, quanto à separação qualitativa entre regras e princípios. Uma alternativa a esta tese é apresentada por Humberto Ávila, no sentido de que a distinção entre ambas é de grau, de generalidade, abstração ou de fundamentalidade<sup>125</sup>.

Volta-se então, a posição sistemática dos princípios, apresentado-se, inclusive, como fonte do direito, segundo o artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, no art. 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas e no art. 126 do Código de Processo Civil, “onde os princípios aparecem com uma das formas de colmatação de lacunas”, segundo Rui Portanova, dispendo a Constituição Federal que “os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]” (§ 1º do art. 5º). E, Rui Portanova conclui, “logo, os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que configuram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos”<sup>126</sup>.

As vantagens na formação do sistema, dos “princípios gerais de Direitos”, perante normas, conceitos, institutos e valores é analisado, numa visão sistemática, por Canaris, considerando os princípios como conceitos teleológicos ou conceitos de valores, assim como

<sup>123</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40-42.

<sup>124</sup> *Ibidem*. p. 43.

<sup>125</sup> *Ibidem*. p. 167.

<sup>126</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 14.

não se deveriam considerar para a formação do sistema de conceitos gerais, mas apenas os conceitos concretos, “capazes de recolher em si o pleno sentido constitutivo da unidade interna”<sup>127</sup>. Ele salienta quatro características dos princípios:

1) os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; 2) eles não têm a pretensão da exclusividade; 3) eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; 4) e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio<sup>128</sup>.

Considera-se que a conceituação feita por Canaris contempla a discussão entre as diferenças entre princípios e regras, sendo ambos integrantes do sistema interno do ordenamento jurídico. Visto que, os princípios excepcionam-se podendo se contradizer: “não têm a pretensão de exclusividade”; tem seu sentido próprio mas numa combinação e complementariedade com outros princípios e finalmente eles se utilizam de sub-princípios, com valores singulares e conteúdo material próprio. Nesta ótica, Rui Portanova desenvolve os princípios na seguinte ordem: primeiro os princípios informativos do processo; os princípios ligados com a jurisdição e com a pessoa do juiz; os princípios ligados ao acesso à justiça e os princípios ligados ao processo e procedimento<sup>129</sup>.

Dentre os princípios conectados com o processo e procedimento, está entre outros, o fenômeno da preclusão. Seguindo a dicção de João Maurício Adeodato, “Se existe um fenômeno jurídico, é preciso descrever suas características diferenciadoras”<sup>130</sup>, apesar do conceito fenomenológico da preclusão, acima exposto, torna-se necessário para sua compreensão, impor limites para caracterizá-lo, categorizá-lo e normatizá-lo, com a implicação de dizer o que acontece, quais os efeitos e consequências, sem no entanto definir de forma satisfatória.

Sabendo-se que conceituar o princípio da preclusão não é tarefa fácil, visto que, o estudo até o momento empreendido sobre princípio, não fornece de forma cabal e categórica, como se pretende, uma definição sobre princípio. Pela posição sistemática adotada, onde o princípio integra o sistema interno do processo, a preclusão quer seja considerada como norma regra ou norma princípio, estará fazendo parte desta integração sistemática, pela sua complementariedade e identificação com a marcha do processo.

<sup>127</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 88-90.

<sup>128</sup> *Ibidem*. p. 88-90.

<sup>129</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 16.

<sup>130</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito. Uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 164-165.

Nas palavras de Rui Portanova: “Não se pode desprezar a complementariedade existente entre os princípios da preclusão, impulso processual e igualdade”<sup>131</sup>. Isto porque, o impulso processual resultará da ação do juiz, que com independência e de ofício, movimentará o processo na marcha à frente, para alcançar sua finalidade de efetivar a prestação jurisdicional.

A preclusão como princípio informador do processo civil é defendida, também, pelo magistrado e professor espanhol, Joaquín Silguero Estagnan, ao afirmar: “a configuração da preclusão como princípio não esgota o significado desta. A preclusão serve de efeito a qualquer que seja a tese que se assuma, seja por transcurso de um prazo, ou bem pela perda, extinção ou consumação de uma faculdade”<sup>132</sup>. E expandindo a concepção com autores italianos, complementa:

A afirmação de ATTARDI, de que é inegável que a preclusão opera em qualquer plano do direito, pelo que frente ao que a doutrina tradicional tem entendido, não é um fenômeno tipicamente processual, ou a de FALZEA ao assinalar que o efeito preclusivo prepara o fato da declaração substantiva e o efeito preclusivo substantivo da coisa julgada<sup>133</sup>.

Compreendida dentro desta concepção até o momento esboçada, do fenômeno da preclusão como princípio no processo civil, age no sentido de prevenir, ordenar e assegurar a marcha do processo até a declaração da sentença de direito material e sua eficácia preclusiva da coisa julgada. Passa-se, então, a discutir a natureza jurídica da preclusão.

---

<sup>131</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 16.

<sup>132</sup> ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 63-64. “La configuración de la preclusión a modo de principio no agota el significado de ésta. La preclusión sirve de efecto cualquiera que sea la tesis que se asuma, bien sea por transcurso de un plazo, o bien por la pérdida, extinción o consumación de una facultad.

<sup>133</sup> *Ibidem*. p. 64.

## CAPÍTULO III MORFOLOGIA DA PRECLUSÃO SEGUNDO A DOCTRINA

### 3.1 Teoria de Giuseppe Chiovenda

A doutrina tem uma posição bastante pacífica com relação às origens do fenômeno da preclusão. Constata-se na maioria dos autores brasileiros e no âmbito do direito processual civil dos países do *civil law*, capitaneados pela Itália, focando o fenômeno preclusivo advindo do direito romano-canônico e germânico, que foi a fonte do nosso, onde a preclusão aparece como uma espécie de ameaça jurídica: as defesas tinham de ser opostas todas juntas “sob pena de preclusão”<sup>134</sup>.

O vocábulo *poena preclusi* do Direito Canônico passou a figurar na doutrina e jurisprudência na literalidade da preclusão como pena ou sanção. Couture aponta que:

Para os processualistas franceses do século passado era muito familiar o vocábulo *forclusion (exclusio a foro)*, utilizado também como sinônimo de caducidade e correspondendo alternativamente a elementos de direito substantivo e de direito processual<sup>135</sup>.

Do ponto de vista etimológico, a raiz latina ‘*praecludo*’, no ensinamento de Estagnan, “significa fechar, obstruir ou impedir”<sup>136</sup>.

Não resta dúvida que Chiovenda foi o primeiro a dar distinção e conceituar a preclusão diferentemente de coisa julgada, extraiu da expressão a noção de *poena preclusi* e estabeleceu os contornos próprios de um instituto processual. Localizando inicialmente a preclusão dentro do ordenamento jurídico e justificando a ordem legal dos atos processuais, expressou:

O ordenamento jurídico não se limita a regular cada uma das diferentes atuações processuais, sua forma e seu conjunto, mas também sua sucessão na relação processual; daí nasce uma ordem legal nos atos processuais. O que se propõe o legislador é dar a maior precisão ao processo, tornar possível a declaração definitiva dos direitos e garantir sua rápida execução. Porém, o que mais eficazmente atende a esse fim é a instituição da preclusão<sup>137</sup>.

Ao contemplar a preclusão como fenômeno inserido no ordenamento jurídico e este

<sup>134</sup>COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 92-93.

<sup>135</sup>*Ibidem*. p. 92-93.

<sup>136</sup>ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 13-14: “Desde el punto de vista etimológico, la raíz latina “*praecludo*”, indica cerrar, obstruir o impedir”.

<sup>137</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Revista de Derecho Privado. v. III, 1940. p. 277 [Tradução livre].

regulando os atos processuais capazes de garantir, “precisão ao processo e assegurar sua rápida execução”, Chiovenda aponta para celeridade que é uma das quatro vertentes que constituem o princípio da economia processual<sup>138</sup>. Ressalta a precisão e rapidez dos atos judiciais através dos limites onde além dos mesmos já não se pode exercitar essas faculdades. Para ele:

Todo processo, uns mais, outros menos, e também por conseguinte, o nosso, para assegurar a precisão e a rapidez no desenvolvimento dos atos judiciais, põe limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência seguinte: fora desses limites essas faculdades já não pode exercitar-se<sup>139</sup>.

Assegurar precisão e rapidez significa também efetividade e nas palavras de Bedaque: “A preclusão é uma entre várias técnicas destinada a evitar a demora do processo. Aliás, visa possibilitar o próprio desenvolvimento dele, estabelecendo limites de atos pelas partes e à discussão de questões processuais”<sup>140</sup>. Em seguida, Chiovenda expõe a essência da preclusão nos atos em que ela incide, porém estes atos têm em comum um único elemento, no qual reside a essência da preclusão, isto é: a perda, ou extinção, ou caducidade, de uma faculdade processual pelo fato de haver-se alcançado os limites prescrito em lei para seu exercício<sup>141</sup>, passando a conceituar:

[...] entendo por preclusão a perda, ou extinção ou caducidade de uma faculdade processual, que se produz pelo fato: a) ou de não haver-se observado a ordem assinalada pela lei para seu exercício, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atuações ou das exceções; (**preclusão emporal**) b) ou por haver-se realizado um ato incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; (**preclusão lógica**) c) ou de haver-se exercitado já uma vez validamente a faculdade (consumação propriamente dita); [**preclusão consumativa**](destaque e grifo nosso)<sup>142</sup>.

Chiovenda relata, que o que proporcionou para ele o ponto de partida sobre a conceituação a que chegou, foram os autores alemães, principalmente as ideias de Oscar Bülow, na obra *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*. Ali se analisam alguns casos importantes de preclusão. Mas a maior utilidade do estudo das preclusões está em haver permitido diferenciar coisas distintas, e uma instituição de outras; visto que todos sabem que a

<sup>138</sup>PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 171.

<sup>139</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Revista de Derecho Privado. v. III, 1940. p. 277-278.

<sup>140</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128.

<sup>141</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.* p. 278.

<sup>142</sup>*Ibidem*. p. 279.

diferenciação figura entre as tarefas essenciais e mais fecundas de toda investigação científica<sup>143</sup>.

Antônio Alberto Alves Barbosa, interpretando a conceituação de Chiovenda afirma que a preclusão “é o instituto que impõe a irreversibilidade e a auto-responsabilidade no processo”<sup>144</sup> e isto tornam impossível a prática de atos fora das formas convencionadas, ou do momento oportuno, não podendo ser contrários à lógica, assim como, praticados uma vez validamente são atingidos pela consumação, não se repetindo o ato na mesma relação processual<sup>145</sup>.

Na relação da preclusão com a coisa julgada, Chiovenda assinala que: “após a sentença a preclusão opera mediante a fixação de um limite para as impugnações admitidas contra a mesma”<sup>146</sup>. Mas, não será este o único momento, visto que, nos tribunais *ad quem* a preclusão continuará atuando, sempre estabelecendo pontos extremos os quais não poderão ser ultrapassados. De maneira que:

[...] a preclusão definitiva das questões alegadas (ou que se possam alegar) se produz quando no processo se haja obtido uma sentença que não está submetida a nenhuma impugnação. É o que se chama sentença passada em autoridade de coisa julgada (coisa julgada em sentido formal)<sup>147</sup>.

Neste sentido Couture afirma que: “já foi sustentado que a coisa julgada é a preclusão máxima, porquanto impede a renovação de alegações apoiadas nos mesmos fatos que foram objeto do processo anterior”<sup>148</sup>. Causa polêmica esta afirmação, como se verá, para alguns autores não existe coisa julgada formal, tão somente a preclusão<sup>149</sup>, no entanto, para expressiva posição doutrinária, assim como, a jurisprudência no Direito Processual brasileiro, continua seguindo a doutrina chiovendiana. Chiovenda considera o conceito de coisa julgada formal e material, ao afirmar:

Precluídas, pois, todas as questões alegadas ou que se houveram podido alegar, se produz a coisa julgada, isto é, a afirmação indiscutível e obrigatória para os juízes de todos os juízos futuros, de uma vontade concreta de lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes. A coisa julgada contém, pois, em sim

<sup>143</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Revista de Derecho Privado. v. III, 1940. p. 279.

<sup>144</sup>BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 124.

<sup>145</sup>*Ibidem*. p. 124.

<sup>146</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *op.cit.* p. 386.

<sup>147</sup>*Ibidem*. p. 386.

<sup>148</sup>COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 92.

<sup>149</sup>RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 72-73.

a preclusão de toda discussão futura: a instituição da preclusão é a base prática da eficácia da coisa julgada; o que quer dizer que a julgada material (obrigatoriedade nos juízos futuros) tem por pressuposto a coisa julgada formal (preclusão das impugnações)<sup>150</sup> (grifo nosso).

É oportuno destacar os aspectos assinalados, por conterem a essência da distinção que Chiovenda aponta entre coisa julgada e preclusão. Na primeira noção ele afirma que, a coisa julgada contém em si a preclusão de toda discussão futura. Concebe-se, neste particular, a afirmação dos princípios da indiscutibilidade e imutabilidade, proporcionados pelo instituto da coisa julgada. Mas, ele ensina de forma categórica que o instituto da preclusão além de ser a base prática para a eficácia da coisa julgada, distingue a coisa julgada material, que obriga todos os juízes futuros, da coisa julgada formal, esta sim, contendo a preclusão de todas as impugnações.

Daquilo que se infere, de forma superficial da definição de Chiovenda, a preclusão se daria na relação processual sempre, como a perda de uma faculdade por uma das partes, na prática do ato assinalado de forma incorreta, ou não exercido de maneira tempestiva, chegando alguns autores a criticá-lo por não ter tratado da preclusão de questões<sup>151</sup>. É equivocada esta interpretação visto que, o mestre peninsular continuando a distinção entre coisa julgada e preclusão, considera:

A relação, pois, entre coisa julgada e preclusão de questões pode formular-se assim: a coisa julgada é um bem da vida reconhecido ou negado pelo o juiz; a preclusão de questões é o meio de que se serve o Direito de garantir ao vencedor o gozo do resultado do processo. Porém ao dizer isto, afirmamos por sua vez, a profunda e inseparável diferença que existe entre coisa julgada e preclusão de questões<sup>152</sup>.

A profunda e insuperável diferença que existe entre coisa julgada e preclusão é tornada bem clara na concepção de Chiovenda, pois para ele o que possibilitou traçar os contornos do instituto foi à clareza desta distinção. No entanto, não foi sua intenção considerar o instituto da preclusão como objetivado a resolver as questões surgidas no âmbito do processo. Na realidade ele afirma:

Porém, todos têm em comum este elemento, no qual reside para mim a essência da preclusão, a saber: a perda, o extinção, ou caducidade, ou como se queira dizer, de uma faculdade processual pelo só fato de haver-se alcançado os limites assinalados pela lei para seu exercício<sup>153</sup>.

<sup>150</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Revista de Derecho Privado, 1940. p. 387.

<sup>151</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 83.

<sup>152</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.* p. 387-388.

<sup>153</sup>*Ibidem*. p. 278.

Mesmo assim, apesar da realidade italiana à época ser totalmente diversa da nossa, assim como, as discussões surgidas na doutrina processual brasileira sobre preclusão e coisa julgada material, são perfeitamente válidas, como regra geral, a importante distinção dos institutos feitos por Chiovenda<sup>154</sup>.

Outra polêmica levantada pela doutrina com relação à conceituação feita por Chiovenda, se dar no equívoco de que ele não tratou da preclusão para o juiz. Em função da definição clássica de preclusão para atividade das partes, difundiu-se na doutrina que o fenômeno só afetaria as mesmas. Conforme Daniel Amorim:

Alguns autores tiveram a errada impressão de que a doutrina chiovendiana de preclusão se limitava às faculdades das partes e não abrangesse os poderes do juiz. A atividade do juiz não seria, segundo essa errônea concepção, atingida pelos efeitos da preclusão<sup>155</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Antônio Alberto Alves Barbosa, afirma: “A nosso ver, a *preclusão* é ordem, é disciplina, é lógica. Ela atinge todos os integrantes da relação processual, isto é, as partes e também o órgão de jurisdição”<sup>156</sup>. O que vem confirmar na concepção de Chiovenda:

Pode haver preclusão limitada a um grau de juízo, e nesse caso a preclusão definitiva que possa se dar na questão, ao continuar-se o pleito. Assim ocorre nas questões decididas pelo juiz de primeira instância com sentença ainda apelável, ou pelo juiz de segunda instância com sentença sujeita ainda ao recurso de cassação; as questões precluem com respeito ao juiz que as tenha decidido, mas não com respeito ao juiz superior. E isto sucede em virtude do princípio *bis de eadem re ne sit actio* (não cabem duas ações a propósito da mesma coisa), entendido no sentido que pode ter hoje, isto é, a proibição de reproduzir uma demanda ou uma questão ante o mesmo juiz que já se tenha pronunciado sobre ela, e que, com a decisão, tem esgotada sua função. Se compreende facilmente o absurdo que seria falar neste caso de coisa julgada. O Tribunal de Cassação, examinando este caso, o tem agrupado “dentro daquela instituição, mais larga e compreensiva, que a doutrina tem individualizado sob o nome de preclusão (grifo e trad. nossa)”<sup>157</sup>.

Fica patente a preclusão consumativa afirmada nesta explicação, onde o autor destaca o fenômeno preclusivo ocorrido em primeira instância com sentença ainda apelável, assim como, a preclusão que acontece com o juiz de segunda instância com decisão sujeita ainda ao recurso nos tribunais superiores. A fundamentação, invocando o princípio *bis de*

<sup>154</sup>Cf. RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 78.

<sup>155</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz; preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Método, 2004. p. 22-23.

<sup>156</sup>BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 124.

<sup>157</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. p. 283-284.

*eadem re ne sit actio* (não cabem duas ações a propósito da mesma coisa), não tem relação com faculdades, mas com o “poder-dever” da competência do órgão judicial. Para tornar mais claro, a proibição de reproduzir uma questão perante o juiz que já tenha se pronunciado sobre a mesma, ele afirma que já está esgotada a função, isto é, precluído o poder de julgar novamente. Trata-se, segundo ele, de questões e seria absurdo se falar neste caso de coisa julgada.

Portanto, configurado está na doutrina chiovendiana a preclusão para o juiz que nada tem a ver com a expressão, *preclusão pro iudicato*, distinção feita na obra de Daniel Amorim Assumpção Neves: *Preclusões para o juiz*<sup>158</sup>. Mas, pode-se considerar a explicação de Fernando Rubin: “em latim, *iudicato* significa julgado; juiz é *iudex* ou *iudicem*, restando que *preclusão pro iudicato* significa ‘preclusão como se tivesse sido julgado’”<sup>159</sup>. Segundo o autor, “não há preclusão *pro iudicato*, porque esta supõe ausência de decisão”<sup>160</sup>. Há preclusão para o juiz ou mais precisamente para o juízo, durante o *iter* processual, como afirma Chiovenda: “Segundo este critério, ao encerrar-se o juízo de apelação se produz a preclusão de todas as questões de direito não propostas, que houvesse podido impedir a derrota da parte”<sup>161</sup>. Que na linguagem doutrinária brasileira, após pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, transita em julgado adquirindo a autoridade de “coisa julgada”.

### 3.2 Teoria da preclusão como faculdade das partes – Panorama doutrinário

Antônio Alberto Alves Barbosa, com fundamento em Andrioli, expõe a mudança doutrinária ocorrida com o trabalho de Bülow, permitindo uma nova fase nos estudos processuais. Ao substituir a concepção contratualística do fenômeno do juízo, toda fundada no dogma da vontade, por outra baseada numa visão objetiva das coisas. Ele sustenta que:

O contumaz não viola uma obrigação de comparecer, que não existe – apenas não exercita o direito de defender-se, e, por isso, suporta as consequências danosas decorrentes; o réu que não opõe exceção de incompetência do juízo, nem por isso consente tacitamente em ser julgado por um magistrado incompetente – apenas não exercita, tempestivamente, o direito de contestar a competência do juiz<sup>162</sup>.

<sup>158</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz; preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Método, 2004. p. 28.

<sup>159</sup>RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

<sup>160</sup>*Ibidem*. p. 45.

<sup>161</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Revista de Derecho Privado, 1940. p. 285.

<sup>162</sup>BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 27-28.

O professor José de Moura Rocha, caracterizando o interesse no Processo civil das partes e do Estado, aduz: “Se as partes possuem ‘interesse’, também possui o Estado. O processo surge como equacionante dos mesmos interesses que podemos chamar de privado e estatal”<sup>163</sup>.

A esta concepção privado e estatal se insurge Carnelutti, por não admitir que o processo civil desempenhe uma função de interesse privado, mas diferentemente, uma função do interesse público, aduzindo:

Antes de tudo, é preciso não confundir o interesse das partes com o interesse privado. O interesse de uma parte no processo civil pode ser francamente público. [...] Em segundo lugar, está o erro ao pensar que o processo civil funciona em interesse das partes. O processo civil se desenvolve, não no interesse das partes, e sim por meio do interesse das mesmas. O interesse das partes é um meio, em virtude do qual se realiza a finalidade pública do processo, ou em outras palavras, o interesse no conflito é aproveitado para a composição do conflito. [...] A finalidade das partes é ter razão, a finalidade do processo é dar a razão a quem tenha [...] que se dê razão a quem tenha, não é um interesse das partes, e sim um interesse da sociedade inteira. Portanto, não é o processo que serve às partes, e sim as partes ao processo<sup>164</sup>.

O professor José de Moura Rocha esclarece os fundamentos dos interesses das partes através do processo, com os dispositivos interpostos pelo Direito objetivo:

Quando o Estado impediu ou proibiu a auto defesa, possibilitou, aos particulares, meios de que pudessem dispor para pleitear a satisfação dos seus interesses. Para a regulamentação destes meios, postos a disposição das partes, é que surgiram as **formas** a que se estenderam, desde logo, os **termos**. Estas **formas** e estes **termos**, devendo ser utilizados pelas partes, aparecem, desta maneira, como aspectos objetivos. Contudo, não sendo eles bastantes, seguiram-se-lhes as **obrigações** e os **ônus**. Estes já, não como aspectos objetivos e sim como subjetivos<sup>165</sup>.

A esta regulamentação dos meios postos a disposição das partes, o Direito objetivo teria que criar instrumentos, como bem se expressa Carnelutti, no delicado mecanismo das preclusões<sup>166</sup>. É, portanto a preclusão que imprime ordem, disciplina e dinâmica a atividade das partes, facultando-lhes oportunidades de acelerar a marcha processual, através do exercício dos atos que se lhes impõem, na forma e no tempo previsto pelo ordenamento jurídico processual.

<sup>163</sup>ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959. p. 16.

<sup>164</sup>CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. I. p. 337.

<sup>165</sup>ROCHA, José de Moura. *op. cit.* p. 16.

<sup>166</sup>CARNELUTTI, Francisco. *op. cit.* p. 445; 484.

Cristina Ferraz ao fazer referência aos princípios da ordem legal e da eventualidade considera a preclusão como algo inerente ao processo e, relacionando-a com a faculdade das partes e o poder do juiz, afirma: “[...] a preclusão torna factível a aplicação dos princípios da ordenação legal e da eventualidade, garantindo com isso a delimitação do litígio”<sup>167</sup>. Através dos meios de ataque e defesa, impulsiona a marcha processual rumo à composição da lide. Passa então, a constituir em objeto da preclusão tanto as faculdades das partes como o poder do juiz.

O Dicionário Houaiss, aponta como acepção jurídica do termo perda: “privação de algo, seja por extravio, destruição, apreensão ou falta de produção, de que decorre, materialmente, prejuízo ou diminuição de valor no patrimônio de alguém” e aponta como antônimo: “benefício, ganho, [...]”<sup>168</sup>.

José Frederico Marques conceituando preclusão afirma:

Sob o ponto de vista objetivo, a preclusão é um fato impeditivo, destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento. Do ponto de vista subjetivo, é a perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportuno, fica praticamente extinto<sup>169</sup>.

É sob o manto do direito subjetivo, que se pode obter uma inferência do termo perda no Processo Civil. A percuciente acepção jurídica apontada por Antônio Houaiss vem ao encontro do entendimento sedimentado na doutrina a partir de Chiovenda, quando aponta o efeito da preclusão como perda de uma oportunidade, de uma faculdade, do não exercício de um ato para o qual a parte detinha o poder autônomo de exercê-lo, mas não o fez por inércia, imperícia, imprudência, desatenção aos efeitos da preclusão na marcha processual.

Ao se confrontar o efeito com a causa, sendo conceitos antitéticos, pode-se extrair de Antônio Houaiss o sentido de causa como: razão de ser; explicação, motivo e, como antônimo: consequência, efeito, resultado, sequela. É esta acepção de causa que produz um efeito preclusivo na atividade da parte, existe uma explicação, um motivo, de sua total responsabilidade, possibilitando o fenômeno da preclusão como resultado, sequela e prejuízo<sup>170</sup>.

<sup>167</sup>FERRAZ, Cristina. **Prazos no processo de conhecimento**: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

<sup>168</sup>HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. Instituto Antônio Houais de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2.184.

<sup>169</sup>MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999. v. II. p. 347.

<sup>170</sup>HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *op. cit.* p. 657.

Antônio Alves Barbosa, em nota de rodapé, aponta alguns exemplos significativos para demonstrar o ônus da parte: Considera-se adotado o princípio da preclusão quando cabe às partes apresentar deduções em determinada ordem ou no momento processual estabelecido:

É ônus da parte instruir a inicial, ou a resposta, com os documentos que a lei considere fonte única (=documentos essenciais), ou alternativa (=documentos fundamentais), de prova do fato ou fatos alegados (art. 396). Depois, admite-se a juntada de documentos novos (art. 397), ou daqueles que não puderam ser juntados antes, por motivo de força maior (art. 517, *a fortiori*), mas ouvida sempre a parte contrária, sobre a admissibilidade da juntada (art. 398), bem como sobre a autenticidade material (art. 390), ou intelectual, e a pertinência do documento<sup>171</sup>.

São exemplos da movimentação das partes no processo, previstos no Direito objetivo processual, que acarretam as preclusões. Lembrando da lição do Professor José de Moura Rocha: “Ademais, tenhamos presente que a preclusão não se refere ao direito diretamente. Sim ao seu exercício, à faculdade”<sup>172</sup>. É justamente o não exercício dessa faculdade que ocasiona a perda, os efeitos da preclusão o ônus processual. Fica evidente que se falou no fenômeno da preclusão como princípio, instituto, técnica, no entanto, não se pode afirmar que ela seja causa, assim como, pode-se falar em efeito preclusivo sem, entretanto, deferir a preclusão como sendo efeito.

Nas formas do processo romano-canônico, que foi a fonte do nosso, como afirma Eduardo Couture, a preclusão aparece como uma espécie de ameaça jurídica, como pena ou sanção. A preclusão como pena e sanção têm sido aceitas de forma incontestada em parte da doutrina e na jurisprudência, sendo comum, nas decisões dos tribunais, a utilização da expressão “sob pena de preclusão ou **preclusão. Sanção imposta à parte**”<sup>173</sup>, passando-se uma noção do instituto da preclusão em sentido oposto ao conceituado na Ciência do Direito Processual.

Considerando a preclusão como fenômeno processual e princípio normativo, conforme estabelecido a priori neste estudo, a tarefa de verificar a natureza jurídica da preclusão, na apreensão da realidade mesma do processo, faz-se necessário discutir o conceito de relação jurídica processual, onde merece destaque o estudo empreendido por Lourival Vilanova, quando afirma: “A conduta é um fato-de-relação. É interpessoal ou intersubjetiva.

<sup>171</sup>BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 62.

<sup>172</sup>ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959. p. 181.

<sup>173</sup>COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 92-93.

Desdobra-se como ação ou omissão, que percute na conduta de outrem”<sup>174</sup>. Na concepção do mestre: “Causas e efeitos, meios e fins, fatos jurídicos e consequências jurídicas, reduzidos todos à estruturas formais, revelam que são relações”<sup>175</sup>. Ele afirma que, a linguagem, substantiva termos que são relacionais, convertendo-os aparentemente em termos absolutos.

Na relação jurídica processual Lourival Vilanova aduz que a sanção tendo por pressuposto o não cumprimento de deveres ou obrigações principais, ainda assim, carece de eficácia coercitiva<sup>176</sup>. Visto que, a função coativa da sanção é justamente a sentença condenatória, que “abre a via para nova relação jurídica, a relação que se constituirá no processo de execução, onde passa a função de pressuposto”, isto é, abrindo nova relação jurídica processual<sup>177</sup>.

Na conceituação de Oskar Von Bülow, a relação jurídica processual deve dar, antes de tudo, “uma resposta à questão relacionada aos requisitos que se sujeitam a origem daquela”<sup>178</sup>. E explicitando quanto aos requisitos afirma: “É necessário saber entre quais pessoas pode ter lugar, a qual objeto se refere, que fato ou ato é necessário para seu surgimento, quem é capaz ou está facultado para realizar tal ato”<sup>179</sup>.

A configuração no processo, de relações complexas, múltiplas, nos diferentes estágios da demanda, introduz segundo Fernando Rubin, com base em James Goldschmidt:

A noção de ‘ônus’, em oposição à de ‘deveres’ (‘obrigações’), por discorrer com razão que às partes ‘convém’ (e não categoricamente ‘devem’) se manifestar no feito em busca de melhor sorte, sob pena de se seguir uma desvantagem processual, que em última instância, representaria uma sentença contrária a seus interesses<sup>180</sup>.

O que é reafirmado pelo Professor José de Moura Rocha, com relação à atividade das partes no processo: “Acontece, desta maneira, que há delimitações para a atividade das partes nos sistemas processuais, mesmo onde não predomina um princípio preclusivo. É que, é contingência mesma do processo para que venha alcançar os seus fins”<sup>181</sup>.

Faz-se necessário verificar que há delimitações para a atividade das partes, mas elas detêm um poder direito processual. José Roberto dos Santos Bedaque destaca: “O poder

<sup>174</sup>VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. Recife: Universitária, 1985. p. 76.

<sup>175</sup>*Ibidem*. p. 80.

<sup>176</sup>*Ibidem*. p. 141.

<sup>177</sup>*Ibidem*. p. 143.

<sup>178</sup>BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. e notas Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN, 2005. p. 08.

<sup>179</sup>*Ibidem*. p. 08.

<sup>180</sup>RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26.

<sup>181</sup>ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959. p. 21.

processual de ação não pertence a todos indistintamente, mas somente àqueles que estejam ligados a uma relação de direito substancial (legitimação). E a tutela desse direito não pode ser vedada em abstrato pelo ordenamento jurídico (possibilidade jurídica)<sup>182</sup>.

Carnelutti ao conceituar esse direito processual, diz que o mesmo consiste no pronunciamento de um interesse, efetuado por meio de uma medida jurídica:

Quando a medida adotada for uma sanção, pode suceder que o predomínio do interesse esteja garantido pelo Direito, sob dependência da vontade de seu titular, de tal modo que a obrigação exista não apenas em virtude do mandato jurídico e sim também da vontade do titular do interesse garantido. Em tal caso, ao prevalecimento de um interesse obtido por meio de um poder atribuído à vontade do interessado, corresponde a subordinação de um interesse obtido por meio de um vínculo da vontade de seu titular. Assim sendo, frente à noção da obrigação encontra-se a do Direito subjetivo que é, exatamente, um poder atribuído à vontade de uma pessoa para o prevalecimento do seu interesse<sup>183</sup>.

O Mestre deixa claro que, mesmo na sanção, a obrigação existe como mandamento jurídico, mas condicionada à vontade do seu titular, prevalecendo no direito subjetivo o interesse dependente da vontade. E adiante ele enfatiza que: “é necessário, em vista das reflexões feitas, entender por Direito subjetivo o interesse cuja tutela depende, não apenas em parte, como totalmente, da vontade do interessado”<sup>184</sup>.

A esta liberdade o Direito impõe limites onde a doutrina de Carnelutti torna claro que:

O Direito limita a liberdade, mas não a suprime, exatamente porque ao limitá-la, e enquanto a limita, a garante. Fora do Direito, o homem tem uma liberdade ilimitada, mas apenas a pode desfrutar enquanto seja capaz de defendê-la da invasão alheia; dentro do Direito, a área de sua liberdade diminui, mas em compensação, a que lhe resta lhe vem custodiada<sup>185</sup>.

E, após esta assertiva complementa:

A possibilidade de realização no campo da liberdade se chama faculdade. Neste sentido, faculdade é a antítese manifesta de obrigação, visto que, ao tratar de faculdade, a parte tem liberdade para agir como lhe convier, mas quando se tratar de obrigação só faz como deve<sup>186</sup> (grifo nosso).

Portanto, o supracitado autor completa: “[...] o Direito subjetivo é, exatamente, um

<sup>182</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b. p. 55.

<sup>183</sup>CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. I. p. 76.

<sup>184</sup>*Ibidem*. p. 77.

<sup>185</sup>*Ibidem*. p. 117.

<sup>186</sup>*Ibidem*. p. 117.

interesse protegido por meio de uma faculdade” (grifo nosso)<sup>187</sup>.

Torna-se necessário, para uma compreensão distintiva dos conceitos de obrigação e faculdade, a abordagem de Carnelutti, para que se perceba a diferença entre uma e outra, com os conseqüências entre “obrigação” e “ônus”, como elementos do direito subjetivo das partes no Processo Civil. Neste sentido é de lapidar clareza o que afirma Carnelutti:

Falo de ônus, quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter determinada vantagem; por isso o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse. Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade; mas diferem no elemento substancial, porque quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio, e para a tutela de um interesse próprio, quando se tratar do ônus<sup>188</sup>.

A preclusão como instituto caracterizado por Chiovenda, no sentido de perda e ônus, não tem sido adotada em decisões dos tribunais, parte da doutrina assim como o art. 245 do CPC atual, continua considerando a preclusão como pena. Para Cristina Ferraz: “Apesar de sugestivo, **preclusão** não significa penalidade ou sanção. A preclusão decorre de **ônus**, não de **obrigação**” (destaque nosso)<sup>189</sup>. Portanto, em sua grande maioria, os atos pertinentes às partes no processo consistem em ônus, decorrente da **faculdade** que assistem na produção desses atos processuais, conforme o procedimento ao qual estejam submetidas, podendo gerar conseqüências desvantajosas à parte, mas não **violação** ao direito.

Nesta perspectiva Carnelutti já afirmava que: “[...] a ordem jurídica tem necessidade de que a parte faça atuar o processo para composição do litígio. [...] Mas fazer do poder da parte um dever estaria realmente em conflito com a razão de sua intervenção que é, como vimos, um interesse no litígio”<sup>190</sup>. E adiante ele continua:

Além disso, a dificuldade da comprovação acerca de cumprimento da obrigação seria tal que converteria em conflito absurdo um ordenamento do processo fundado sob um dever e não sob um direito de ação da parte. A harmonia e o equilíbrio do processo civil repousam exatamente sobre a antítese do poder direito da parte e do poder dever do juiz<sup>191</sup>.

Os conceitos de direito e dever são como já se percebe, conceitos antagônicos, contrários, antitéticos, não podendo ser confundidos numa mesma relação jurídica, quando a atividade prática da parte resume-se à faculdade de exercer o seu direito e não a obrigação, ela

<sup>187</sup>CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. I. p. 117.

<sup>188</sup>*Ibidem*. p. 119.

<sup>189</sup>FERRAZ, Cristina. **Prazos no processo de conhecimento**: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 49.

<sup>190</sup>CARNELUTTI, Francisco. *op. cit.* p. 116.

<sup>191</sup>*Ibidem*. p. 116.

sofrerá o ônus se não praticar o ato que lhe é facultado e não sanção.

Carnelutti identifica a atividade da parte no Processo Civil, quanto ao direito de ação, esclarecendo que:

À parte não se lhe coloca, por exemplo, na opção de escolher entre o exercício da ação e de uma pena, mas tem sempre uma escolha que fazer: ou provocar o processo ou resignar-se a perder a tutela de seu interesse. Esta apreciação econômica, que precede sempre a um exercício da ação, constitui o segredo do seu dinamismo. Em virtude dessa apreciação econômica, o poder da parte se converte em ônus: a parte tende a valer-se de seu poder, se quiser que se lhe proporcione uma determinada utilidade<sup>192</sup>.

Diante deste sistema, pode-se pensar que na preclusão a faculdade se converte em ônus e não em sanção, ficando claro que o ato a ser praticado pela parte, segundo a doutrina de Carnelutti, é adstrito à sua vontade, como consequência do direito de ação. É oportuno neste ponto do discurso colacionar a citação de Joaquín Silguero Estagnan, pela atualidade de sua posição, fazendo conexão da preclusão com outros princípios e definindo com clareza a utilização da técnica processual da preclusão:

A preclusão não se pode ver na atualidade com uma sanção, senão, como uma limitação das faculdades das partes justificada precisamente na realidade desfavorável do processo (princípios de bilateralidade, contradição e igualdade de armas processuais). Resulta plenamente compatível com o princípio de audiência – *audiatur et altera pars* – que deve ser respeitado por todas as partes no processo, já que para evitar sua vulneração basta conter a possibilidade de contradizer ou ser ouvidas com independência de que a parte haja uso ou não desta faculdade<sup>193</sup>.

Realmente fica configurada a natureza jurídica da preclusão pelo aspecto negativo, isto é, não é sanção. Bedaque considera como aspecto positivo da preclusão, “se, em razão da preclusão, uma das partes não puder mais adotar alguma atitude no processo, essa perda implica situação de vantagem em favor da outra. É o aspecto positivo do fenômeno”<sup>194</sup>, isto é, desde que de boa fé. No entanto, a natureza positiva e afirmativa, no entendimento do Professor José de Moura Rocha:

Tratando das consequências da atividade das partes no processo, percebemos que é de capital importância o estudo da preclusão. Mas, para caracterizá-la, torna-se mais acessível a tarefa, o procurarmos determinar os seus efeitos e, igualmente, determinar os seus elementos<sup>195</sup>.

<sup>192</sup>CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. I. p. 116.

<sup>193</sup>ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 87.

<sup>194</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 130.

<sup>195</sup>ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959, p. 26.

Sábias são as palavras do mestre, de não tentar caracterizar o fenômeno da preclusão, mas, ao contrário tornar acessível, determinando os seus efeitos, seus elementos e consequências, funcionando como fenômeno processual, principalmente para a atividade das partes. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, falando sobre os efeitos da preclusão aduz: “Não há dúvida, porém, de que a ameaça de preclusão constitui princípio fundamental da organização do processo, sem o qual nenhum procedimento teria fim”<sup>196</sup>.

Inserese neste particular a função instrumental da preclusão, podendo ser articulada como técnica na condução do procedimento no processo, que segundo Moura Rocha: “Como meio de disciplinar as atividades das partes no procedimento, através de um controle e de uma determinação dos seus efeitos, encontra o processo, em geral, e o processo civil, em particular, na preclusão, a melhor maneira de realização”<sup>197</sup>.

### 3.3 Preclusão de questões decididas no curso do processo

Na exposição feita da doutrina de Chiovenda ficaram consignadas as duas vertentes do fenômeno preclusivo, conceituada a preclusão como perda de uma faculdade das partes, assim como, a limitação imposta aos sujeitos processuais, incluindo o juiz, para tratar da preclusão sobre questões incidentais. Heitor Vitor Mendonça Sica assinala que igualmente as partes, os juízes estão sujeitos à tipicidade dos atos processuais, “todavia, em razão da diferença de posições jurídicas que umas e outro assumem no processo, a finalidade da imposição de tais modelos é absolutamente diversa”<sup>198</sup>. Como visto, para as partes são previstos os ônus processuais, enquanto para o juízo, na acepção de Chiovenda, não existem consequências idênticas, não permitindo o sistema que o órgão judicial simplesmente redecidida questões já pronunciadas nas interlocutórias ou sentenças de mérito, por ser nula.

Considera-se a preclusão que se dar sobre questões incidentais como uma das vertentes do fenômeno preclusivo, assemelhando-se à preclusão consumativa só que desta feita não se restringe à faculdade das partes, mas também às questões decididas pelo juiz. “Quanto aos atos judiciais, o afastamento do modelo da lei se situa no plano da validade”<sup>199</sup>, cuja inadequação importa em nulidade. “Nessa acepção a preclusão assume o caráter de

<sup>196</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 170.

<sup>197</sup> ROCHA, José de Moura. *op. cit.* p. 27.

<sup>198</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 178.

<sup>199</sup> *Ibidem*. p. 178.

fenômeno processual que impõe limitações ao exercício de poderes dentro do processo, nesse caso, os poderes decisórios do juiz”<sup>200</sup>.

Diferentemente da preclusão temporal, dirigidas unicamente à faculdade processual das partes em exercer o ato dentro prazo legal, a preclusão consumativa pode vincular o magistrado, que nos termos do art. 471 do Código de Processo Civil, está impedido pela regra estabelecida: “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide [...]”<sup>201</sup>, salvo nas hipóteses prevista em lei. Pontes de Miranda ensina que: “O art. 471 é pertinente, pois, à preclusão, à coisa julgada formal, ao trânsito em julgado no mesmo processo. O que é importante é que o art. 471 põe por princípio a **preclusividade das resoluções judiciais**”<sup>202</sup> (destaque nosso).

Quando o dispositivo legal afirma que **nenhum juiz**, a regra é extensiva ao juiz superior. Fernando Rubin apresenta:

Caso típico de **preclusão de questões atingindo o juízo superior**, que pode conhecer, em apelação, da matéria de fato e de direito impugnada em face dos termos da sentença (efeito devolutivo, art. 515 CPC), mas não pode conhecer das questões decididas pelo juízo de primeiro grau, v. g., no despacho saneador, que acabaram inimpugnadas pela parte interessada/prejudicada”<sup>203</sup>.

As situações incidentais onde ocorre o fenômeno preclusivo são de maneira e forma diversificadas, atuando aí então, o princípio da preclusão como condutor do procedimento. Heitor Sica assinala: “[...] quando determinada decisão incidental resta irrecorrida, sobre ela recai uma **preclusão**, que nada mais é do que um fenômeno de **caráter limitativo**”<sup>204</sup>, e esta limitação atinge tanto as partes quanto o juiz: “as primeiras ficam impedidas de suscitar de novo a questão decidida e o segundo fica obstado de redecidí-la”<sup>205</sup>.

Por extensão do ônus processual que atinge as partes, o fenômeno da preclusão de questões, impõe a necessidade, por exemplo, de interpor o agravo como única via que terá para discutir uma questão incidental. Se a parte interpuser de forma regular e tempestiva, o ato produzirá os efeitos por ela pretendidos<sup>206</sup>. Heitor Vitor Sica discorda da modalidade preclusão consumativa, segundo ele: “sob o prisma da possibilidade de emenda de atos já

<sup>200</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 179.

<sup>201</sup>BRASIL. **Vade mecum**. Código de Processo Civil. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 289.

<sup>202</sup>MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo V. rev. e atual. Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 146-147.

<sup>203</sup>RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 134.

<sup>204</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. *op. cit.* p. 179.

<sup>205</sup>*Ibidem*. p. 179.

<sup>206</sup>*Ibidem*. p. 180.

praticados válida ou invalidamente, desde que dentro do prazo que a lei lhes destinou, não há como ver preclusão consumativa”<sup>207</sup>.

A afirmação da existência da preclusão consumativa, tem sido evidenciada neste trabalho, justamente pela a sua efetividade como fenômeno processual. A *contrario sensu*, Maurício Giannico discorda da formulação de Chiovenda sobre preclusão consumativa, que assim definiu: “[...] o de haver-se exercitado já uma vez validamente a faculdade (consumação propriamente dita)”<sup>208</sup>, e o ponto de discordância do autor é no sentido de “quando a perda estiver relacionada com o fato de a parte já tiver exercido válida ou invalidamente a faculdade em questão”<sup>209</sup>.

Os autores discordam da formulação de Chiovenda, no entanto, não existe, ainda, nem na Itália, onde as discordâncias são maiores, nem no Brasil, classificação das modalidades de preclusão, que convença a doutrina e a jurisprudência. O próprio Heitor Vitor Sica em suas conclusões afirma:

[...] e a despeito ainda de refutarmos a existência da preclusão consumativa para os direitos das partes, essa figura parece adequada justamente para designar a preclusão que recai sobre questões incidentais, já que o único meio de obstar o poder do juiz de decidir alguma questão se baseia exclusivamente no fato de já tê-lo feito antes<sup>210</sup>.

Voltando a formulação de Maurício Giannico, cuja discordância com a formulação de Chiovenda está no aspecto de que o mestre peninsular considerou a consumação, quando exercida validamente e, discordando do termo válido, para ele:

Exercido determinado ônus processual, mesmo que de modo inválido, ainda assim está-se diante da perda da possibilidade de novamente exercê-lo. Opera-se a preclusão, pois, pela consumação pura e simples do ato processual, não sendo relevante apurar, para fins de conceituação do instituto, se tal ato encontra inquinado ou não de eventuais vícios, defeitos ou irregularidades<sup>211</sup>.

Quando Chiovenda definiu o fenômeno da preclusão consumativa como o momento em que se daria o exercício do ato processual de forma válida, permitiu que a parte pudesse, eventualmente, no prazo dado, modificar, alterar ou complementar, dando maior efetividade ao andamento do processo, sem penalizar de forma rígida a parte que se equivocou. Em via totalmente oposta aos doutrinadores citados, José Roberto dos Santos Bedaque, além de

<sup>207</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 151.

<sup>208</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Revista de Derecho Privado, 1940. v. III. p. 277-278.

<sup>209</sup>GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 127.

<sup>210</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. *op. cit.* p. 179.

<sup>211</sup>*Ibidem*. p. 52-53.

concordar com a posição esboçada por Chiovenda quanto à preclusão consumativa, ele enfatiza:

Para compreendê-la, portanto, não se pode prescindir da *validade* do ato praticado no exercício de determinada faculdade ou no cumprimento de algum ônus. [...] Se no ato verifica-se a existência de defeito, a parte pode saná-lo se ainda não esgotado o prazo para sua realização<sup>212</sup>.

E, continua defendendo a possibilidade da parte poder corrigir o defeito, por não se justificar o impedimento da regularização, visto que, não haverá nenhum prejuízo para o andamento e celeridade do processo, desde que, exercida a faculdade no prazo legal<sup>213</sup>.

Constatam-se, os equívocos de entendimento do fenômeno da preclusão, visto que, Heitor Sica, não convencido da existência da preclusão consumativa, justifica-a unicamente porque recai sobre questões incidentais obstando o poder do juiz redecidi-las, afastando totalmente a preclusão consumativa como faculdade para as partes.

Como se viu, a posição de Bedaque é em sentido contrário e, assiste razão a compreensão do autor, por uma questão de lógica da própria existência da preclusão como técnica, visto que, segundo o autor: “A técnica representa simplesmente o meio apto a que o instrumento de garantia de direitos atinja seus escopos”<sup>214</sup>. E neste sentido lembra o professor Moura Rocha: “Ademais, tenhamos presente que a preclusão não se refere ao direito diretamente. Sim ao seu exercício, à faculdade”<sup>215</sup>.

O panorama doutrinário é imenso com vozes discordantes, principalmente na Itália onde Chiovenda elaborou sua teoria científica com base no ordenamento jurídico vigente à sua época. Um exemplo contrário a teoria da preclusão é posta por Salvatore Satta:

Para caracterizar e qualificar toda esta incompatibilidade a doutrina tem adotado a definição de preclusão, e não se pode duvidar que a adoção seja legítima, se se assume a palavra no senso genérico que há na linguagem comum. Dúvida aparece pelo contrário de fazer da preclusão um conceito técnico, porque na realidade essa se identifica com a situação jurídica que resulta do cumprimento ou da falta de cumprimento de um ato, situação que naturalmente é determinada num singular caso

<sup>212</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146-147.

<sup>213</sup>*Ibidem*. p. 146-147. O autor aduz: “Mesmo porque, se não eliminado o defeito, o ato certamente não produzirá os efeitos a ele inerentes. Não se justifica, portanto, impedir a regularização, se realizada no prazo. Conclusão contrária implica apenas duplamente a parte, além de reduzir o tempo concedido para a prática regular do ato apenas por haver ela agido antes do termo final. [...] Pode-se até invocar valores éticos para afastar a preclusão consumativa em casos de irregularidades sanáveis. A parte, ao antecipar-se, procurou contribuir para a celeridade do processo. Não é justo apená-la com a perda da possibilidade de eliminar a irregularidade ou realizar acréscimos, se observado o prazo legal. Punir quem quis colaborar e cometeu equívocos corresponde a sancionar desnecessariamente a parte imbuída de boa fé”.

<sup>214</sup>*Ibidem*. p. 39.

<sup>215</sup>ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959. p. 181.

da vontade da lei, e pode ser processual quando exaurir os seus efeitos no processo em curso, substancial quando estender tais efeitos para fora do processo. Provavelmente, a concepção da preclusão como instituto autônomo se recolha teoricamente a ideia da relação jurídica processual e praticamente à necessidade de diferenciar a situação que nasce da sentença interlocutória daquela que nasce da sentença definitiva, isto é, da coisa julgada (necessidade que é surgida menos com a eliminação daquela sentença no novo processo). Seja como for, não parece legítimo que se possa falar, como se faz, de ‘efeito da preclusão’, quando a preclusão é um efeito ela mesma, e precisamente, como temos dito, uma situação jurídica entre tantas que, coordenada uma com a outra, constitui o processo<sup>216</sup>.

Concepção radicalmente contrária a toda arquitetura doutrinária exposta até o momento, no entanto, é necessário contrapor todas as ideias, para que se possa aquilatar a assertiva da doutrina chiovendiana. Segundo Joaquín Silguero Estagnan: “as afirmações de Satta, são excessivamente reducionistas e supõe confundir causas e efeitos”<sup>217</sup>, no que ele segue comprovando não tão somente o fenômeno da preclusão como instituto, princípio e técnica na prestação da tutela jurisdicional, assim como, verificando sua efetividade na condução do processo como meio instrumental, no qual segundo Bedaque, “a legitimidade do processo reside na eliminação da crise de direito material com segurança e celeridade”, o que é proporcionado pela técnica da preclusão.

### 3.4 Teoria da preclusão endoprocessual e panprocessual

A insuficiência da obra de Chiovenda, segundo Heitor Sica, “está no fato do autor não ter enfrentado adequadamente a imutabilidade de determinadas questões incidentais para fora do processo”<sup>218</sup>. Esta eficácia panprocessual contrapondo-se a eficácia endoprocessual

<sup>216</sup>SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. **Diritto processuale civile**. 13. ed. Milani: Casa Editrice Dott - Antônio Milani, 2000. p. 237-238: “*Per caratterizzare e qualificare tutte queste incompatibilità la dottrina há adottato la definizione di preclusione, e non si può dubitare che l'adozione sia legittima, se si assume la parola nel senso genérico che há nel linguaggio comune. Dubbia appare invece la possibilita e l'utilità de fare dellla preclusione un concetto técnico, perché in realtà essa se identifica com la situazione giuridica quale resulta dal compimento o dal mancato compimento di um atto, situazione che naturalmente è determinata nei singoli casi dalla volontà della legge, e può essere processuale quando esaurisce i suoi effetti nel processo in corso, sostanziale quando spiega tali effetti al di fuori del processo. Probabilmente, la concezione della preclusione come istituto autônomo si ricollega teoricamente all'ideia del rapporto giuridico procesuale e praticamente alla necessità di differenziare la situazione che nasce dalle sentenze interlocutorie da quella nascente dalla sentenza definitiva, cioè dallla cosa giudicata (necessità che è venuta meno con la eliminazione di quelle sentenze nel nuovo processo). Comunque sia, non pare legittimo che si possa parlare, come di solito si fa, di “effetti della preclusione”, quando la preclusione è um effetto essa stessa, e precisamente, come abbiamo detto, una situazione giuridica fra le tante che, coordinate l'una con l'altra, costituiscono Il processo”.*

<sup>217</sup>ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 46-47.

<sup>218</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 86.

vem sendo discutida atualmente pelo autor espanhol Joaquín Silguero Estagnan, que ele denomina “*preclusión excluyente*”<sup>219</sup>.

Heitor Sica adianta: “mesmo desconsiderando-se o processo de conhecimento colhem-se exemplos de decisões que não se enquadram como sentença de mérito, mas cuja imutabilidade estende efeitos para fora do processo em que foram proferidas”<sup>220</sup>. O autor assegura que foi a partir desses incidentes que Redenti, cunhou a expressão *preclusione ‘pro iudicato’*, como o decreto de injunção, o equivalente à decisão judicial que converte o título monitorio em título executivo judicial, mesmo não sendo sentença de mérito, “podem gerar efeitos extraprocessuais sobre as partes de um litígio, impedindo-as de deduzir as questões resolvidas em processos ulteriores, mas com efeitos menos intensos que os da coisa julgada material”<sup>221</sup>.

Atualmente, a discussão sobre a preclusão panprocessual vem sendo defendida por Joaquín Silguero Estagnan. Introduzindo seu pensamento, será oportuno colacionar sua opinião sobre Chiovenda. Afirma o autor que:

Chiovenda, porém foi fruto também do determinismo histórico. Na Itália se apresentou num momento de certa fascinação até o modelo germânico da relação processual pelo que pode afirmar-se com ANDRIOLI que a preclusão surgiu mais preocupada com a certeza do que com a justiça do caso. Uma vez superada a conceituação do processo como relação jurídica, resulta evidente que dita teoria deve ser submetida a uma adaptação a nova realidade de garantia e dinâmica do processo. E os termos de sua inicial amplitude – perda, extinção e consumação de uma faculdade processual – devem ficar circunscritos aos que se referem no exercício de uma faculdade processual<sup>222</sup>.

Analisando as afirmações de Estagnan, verifica-se a identificação com diversos autores já mencionados, assegurando que Chiovenda não cuidou de forma cabal das preclusões de questões, ficando circunscrita a sua conceituação ao exercício de uma faculdade. Na exposição acima ele aponta para adaptação a uma nova realidade: “de ‘garantia e dinâmica do processo’”<sup>223</sup>. O autor considera que dependerá dos termos concretos em que haja colocado a controvérsia ou do próprio contexto litigioso: “segundo se trate por

<sup>219</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 86.

<sup>220</sup> *Ibidem*. p. 83.

<sup>221</sup> REDENTI, *apud* SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Ibidem*. p. 83.

<sup>222</sup> ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 54-55.

<sup>223</sup> *Ibidem*. p. 41.

exemplo de uma preclusão impeditiva com efeitos intraprocessuais ou de uma preclusão *excluyente* chamada a operar sobre outros processos”<sup>224</sup>.

Deve-se lembrar que o autor citado, baseia-se na nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, na Espanha. Mas, Pontes de Miranda nos comentários ao art. 471 do Código de Processo Civil, argumenta: “Há regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualitativos, de modo que a incidência delas não é instantânea”<sup>225</sup>. O fenômeno preclusivo tem em sua essência a imutabilidade, por estabelecer princípios que se prolongam no tempo de forma inexorável e definitivo. O instantâneo refere-se ao momento dado, no entanto a aplicação da norma que incidiu sobre a pretensão, “dentro do tempo, transformaria em regra de incidência instantânea, permanente e imutável, a regra que, de si mesma, atende à modificação futura das circunstâncias”<sup>226</sup>.

Ver-se então, que a dinâmica conceitual da preclusão, impulsiona a doutrina a redefinições, para adaptá-la às novas concepções do processo, na sua aproximação com *common law*, que Estagnan exemplifica em sua pesquisa:

[...] o atual Estado de Lousiana o qual, dentro dos Estados Unidos, haja reconhecido mais tardiamente a ‘a *issue preclusion*’ ou preclusão sobre as alegações já julgadas em um processo anterior, o que não se tinha produzido até 1991, apesar da aplicação desta figura no resto dos Estados em seu entorno. [...] O certo é que em nossos dias e a nível de direito comparado, podemos assinalar basicamente dois sistemas preclusivos: o sistema dos países do ‘*common law*’ entre os que ocupa um lugar preferente o Direito dos Estados Unidos e o sistema que se há seguido pelos países do continente europeu<sup>227</sup>.

Da mesma forma que a influência dos precedentes dos julgados das instâncias superiores, originária do sistema do *common law*, tem sido adotada pelos nossos tribunais, a doutrina está colocando em discussão a preclusão de questões decididas em um processo, com influência *panprocessual* ou *extraprocessual*, cuja origem está também no que Estagnan cita: a “*issue preclusion*” ou preclusão sobre “*las alegaciones ya juzgadas en un proceso anterior*”<sup>228</sup>. Não existe ainda consenso na doutrina, e como se verá, também na jurisprudência de nossos tribunais, a afirmação da tese dos efeitos preclusivos além do processo, ou na denominação dada por alguns autores de *preclusão panprocessual*, ficando-

<sup>224</sup>ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones em el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 41.

<sup>225</sup>MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo V. rev. e atual. Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 146-147.

<sup>226</sup>*Ibidem*. p. 147.

<sup>227</sup>ESTAGNAN, Joaquín Silguero. *op. cit.* p. 32.

<sup>228</sup>*Ibidem*. p. 32.

se, circunscrito ao que foi estabelecido por Chiovenda na sua concepção de preclusão nas três modalidades: temporal, lógica e consumativa, pensadas como preclusões endoprocessuais.

Como se está em seara doutrinária será importante confrontar todas as ideias que contemporaneamente vem surgindo, com vistas a tornar o instrumento processo, mais eficaz, eficiente e efetivo na solução de controvérsias, com a prestação da tutela jurisdicional prestada, como se anseia em razoável duração. O doutrinador espanhol Joaquín Silguero Estagnan, defende os efeitos panprocessual da preclusão, que ele denomina de “preclusión excluyente”, iniciando sua exposição afirma:

Porém a preclusão não só se produz dentro do processo, mas também na interrelação da vários processos. Surge assim o conceito de preclusão excluyente, entendida como aquela que recusa ou nega o exercício posterior de uma faculdade em outro processo. Responde, portanto, a ideia de eficácia preclusiva externa ou vinculação entre processos e, cabe afirmar que constituem um meio para obter a sempre desejável economia processual, ainda que seja uma questão de fato ou de direito e não a própria pretensão, surta também efeitos predeterminando o processo posterior. A preclusão adquire assim uma nova dimensão, ao permitir uma eficiente utilização dos meios processuais<sup>229</sup>.

Encontram-se no processo de conhecimento italiano atual, nas palavras de Heitor Vitor Sica, “decisões interlocutórias cuja imutabilidade extrapola os limites do processo (sejam elas de mérito, sejam elas de rito)”<sup>230</sup>. E adiante ele complementa: “[...] mesmo desconsiderando-se o processo de conhecimento colhem-se exemplos de decisões que não se enquadram como sentença de mérito, mas cuja imutabilidade estende efeitos para fora do processo em que foram proferidas”<sup>231</sup>. Um exemplo fornecido pelo autor é o da decisão judicial que converte o título monitório em título executivo judicial, que mesmo não sendo formalmente sentença de mérito, no entanto, por seu conteúdo pode: “gerar efeitos extraprocessuais sobre as partes de um litigo, impedindo-as de deduzir as questões resolvidas em processos ulteriores”<sup>232</sup>.

Na teoria de Estagnan, para que haja a denominada “*preclusión excluyente*”, é necessário uma causa legal no processo anterior suficiente para justificar a vinculação, assim como, que a questão com os efeitos para outro processo, tenha ficado decidida em termos amplos. São requisitos necessários, visto que, se não houver decisão, por exemplo, não

<sup>229</sup>ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 109.

<sup>230</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 83.

<sup>231</sup>*Ibidem*. p. 83.

<sup>232</sup>*Ibidem*. p. 83.

existirá a vinculação e a preclusão das faculdades processuais<sup>233</sup>. Adiante, ele ressalta as vantagens da preclusão “*excluyente*”, explicitando:

A preclusão que qualificamos de excluyente, trata de evitar que algo já decidido possa ser submetido novamente a enjuizamento. Não se refere unicamente a que seja impossível repetir o litígio – o que fica coberto mediante a eficácia preclusiva da sentença -, senão a que o fato preclusivo se encontra dirigido a eliminar a incerteza e isto faz inadmissível voltar a propor toda questão já decidida. Este é o efeito que alcança mediante a preclusão da faculdade ou faculdades do novo processo<sup>234</sup>.

O autor desenvolveu sua teoria com fundamento na “*issue preclusion*” e na “*claim preclusion*”, que segundo o mesmo é adotada no sistema do *common law*. Nos Estados Unidos a preclusão adquire efeitos diferenciados, segundo atuem sobre a pretensão, “*claim preclusion*” ou sobre alegações, “atos ou questões pontuais - “*issue preclusion*”<sup>235</sup>. Heitor Vitor Sica, analisando as duas preclusões acentua: “Fica claro, à vista do exposto até aqui, que a *claim preclusion* tem efeitos mais abrangentes que a *issue preclusion*, mas para que ocorra é necessário uma pronúncia final e válida a respeito da causa litigiosa”<sup>236</sup>.

A doutrina no Brasil vem discutindo a teoria da preclusão panprocessual, correspondente a “*preclusión excluyente*” defendida por Estagan, ficando restrita ainda a eficácia preclusiva da coisa julgada material e formal. Mas neste aspecto, o que não fica claro e evidente é a posição dos processualistas quanto à coisa julgada formal e coisa julgada material. Fredie Didier Jr. e outros ensinam que: “A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida”<sup>237</sup>. Nisto os autores reproduzem o conceito clássico de Chiovenda, mas para justificar a eficácia da coisa julgada formal também fora do processo. Diferentemente dos autores acima citados, que defendem a **preclusão panprocessual**, unicamente para a coisa julgada material, Fredie Didier trazendo o pensamento de Luiz Eduardo Mourão, em que a coisa julgada formal, não é “mera preclusão, pois projeta seus efeitos para fora do processo em que surgiu, impedindo a rediscussão da questão processual não só no processo em que foi resolvida, mas também em qualquer

<sup>233</sup>ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 109-110: “Para que la preclusión excluyente pueda operar es preciso: 1) que em el proceso anterior haya existido una causa legal suficiente que justifique la vinculación y, 2) que, en todo caso, la cuestión haya quedado decidida en términos más o menos amplios. Ambos requisitos son necesarios, ya que si falta el segundo de ellos, está claro que lo no decidido, ni es susceptible de originar vinculación ni, menos aún, preclusión de las facultades procesales”.

<sup>234</sup>*Ibidem*. p. 110.

<sup>235</sup>*Ibidem*. p. 32-33.

<sup>236</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 69.

<sup>237</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2. p. 408-410.

qualquer outro”<sup>238</sup>.

Portanto, Didier conclui afirmando que: “esse pensamento ajuda a compreender o complexo fenômeno previsto no art. 268, do CPC, [...] em que se veda a repositura de demanda cujo processo a que deu causa foi extinto sem resolução do mérito”<sup>239</sup>. Trata-se de entendimentos doutrinários que merecem aprofundamento científico, em face do sistema processual brasileiro, não acompanhar na velocidade que é exigido do instrumento processo, para que se tenha uma prestação jurisdicional mais célere e segura, atendendo ao dispositivo constitucional de razoável duração do processo.

---

<sup>238</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2. p. 408-410.

<sup>239</sup>*Ibidem*. p. 410.

## CAPÍTULO IV PRECLUSÃO E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

### 4.1 Direitos fundamentais processuais

Atentando para nova concepção da Ciência do Direito Processual em nosso país, com a preocupação em se vincular aos valores estabelecidos na Constituição, uma nova dogmática jurídica vem se desenhando nos fundamentos que regem o Estado Democrático de Direito, de natureza crítica e seguindo o movimento transformador da sociedade contemporânea, de defesa, cada vez mais radical, dos direitos humanos, tendo como conquista a inserção de cláusulas pétreas na Constituição, em afirmação da garantia dos direitos fundamentais individuais e sociais.

A lei como afirma Marinoni perdeu sua supremacia e hoje é subordinada à Constituição. Ela está ancorada substancialmente aos direitos positivados na Constituição e hoje “as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei”<sup>240</sup>.

No presente capítulo o estudo vai ao encontro dos anseios mais frequentes na dogmática jurídica, de proporcionar respostas aos reclamos da sociedade e dos jurisdicionados, da capacidade do Estado-juiz, no cumprimento dos direitos fundamentais assegurados na Constituição, através da Jurisdição e do processo. Tudo indica, que quando se fala em direito fundamental à tutela jurisdicional de forma tempestiva, isto “reside na possibilidade de sua aplicação imediata”<sup>241</sup>.

O Processo como meio instrumental da jurisdição precisa dar respostas convincentes, quais sejam, a de que ainda é possível acreditar na justiça, na paz social e só a mudança dos paradigmas ora existentes, poderá propiciar uma prestação jurisdicional tempestiva, segura e justa. É preciso pensar como Aguilar quando afirma existir regularidades na vida social, mas elas não são imutáveis, como nas ciências naturais, visto que tudo que é humano é mutável, porque: “são vinculadas à ação humana e mudam continuamente. [...] tal como o organismo, a sociedade aprende com as experiências e se transforma”<sup>242</sup>.

<sup>240</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 21.

<sup>241</sup>SPALDING, Alessandra Mendes. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do Inciso LXXVIII do Art. 5º da CF inserido pela EC 45/2004. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *et al.* **Reforma do judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 33.

<sup>242</sup>AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 33.

A experiência, então, tem demonstrada a falta de efetividade do Direito Processual e da Jurisdição, seja quanto ao acesso à Justiça e o tempo de tramitação dos processos, seja quanto à prestação da tutela com a menor duração possível e de forma justa. Como serão demonstrados, esses aspectos ferem os direitos humanos fundamentais, assegurados pela Constituição, ocasionando a valorização com a EC nº 45/2004, do direito fundamental à razoável duração do processo.

O fator tempo entra então, como critério de análise da eficiência do sistema processual, visto que “nenhum processo prescinde da dimensão temporal, ela é inerente a qualquer das atividades humanas”<sup>243</sup>. Torna-se necessário o estabelecimento de novos princípios e regras, que ofereçam aos institutos, indispensáveis ao andamento da marcha processual, positivamente, para funcionar de forma rígida quando inevitável e flexível no sentido de assegurar direitos fundamentais exigidos na prática jurisdicional.

Pretende-se, portanto, identificar nos dispositivos processuais constitucionalizados, os meios instrumentais que possibilitem sua efetivação. A intitulada “Reforma do Judiciário”, considerada como ponto culminante a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi precedida de várias leis que de certo modo contribuíram para o acesso à Justiça, a instrumentalidade do processo e algumas no sentido de efetivação. Segundo Antonio de Padua, “Desde os idos de 1990, o direito processual civil pátrio passa por uma onda de renovação, [...]”<sup>244</sup>. É importante para aquilatar essa onda renovatória que se passe a citar, seguindo a pesquisa do autor, a legislação infraconstitucional que antecedeu a EC nº 45/2004:

a) Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), com disposições e conceitos sobre ações coletivas etc.; b) Lei nº 8.455/1992, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil referentes à prova pericial; c) Lei nº 8.637/1993, que alterou o art. 132 do CPC, referente à vinculação do juiz ao processo; d) Lei nº 8.710/1993, que alterou dispositivos do CPC, referentes à citação e à intimação; e) Lei nº 8.718/1993, que alterou a redação do art. 294 do CPC, autorizando o aditamento ao pedido antes da citação; f) Lei nº 8.898/1994, que reestruturou o instituto da liquidação de sentença, suprimento a liquidação por cálculos do contador; g) Lei nº 8.950/1994, que promoveu alteração e acrescentamentos de algumas disposições referentes aos recursos; h) Lei nº 8.951/1994, que promoveu alterações na ação de consignação em pagamentos e ação de usucapião; i) Lei nº 8.952/1994, contendo alteração de um grande número de dispositivos do CPC, em normas gerais de direito processual, normas referentes à tutela jurisdicional antecipada, à conciliação, atos processuais, etc.; j) Lei nº 8.953/1994, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil referentes ao processo de execução; l) Lei nº 9.079/1995, que incluiu do Código de Processo Civil o processo monitorio; m) Lei nº 9.099/1995, que cria os juizados especiais; n) Lei nº 9.245/1995, que

<sup>243</sup>PATTO, Belmiro Jorge. Aspectos da dimensão temporal do Processo Civil nas alterações advindas da EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et al. **Reforma do judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 101.

<sup>244</sup>NOTARIANO JÚNIOR, Antonio de Padua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et al. *Ibidem*. p. 61.

introduziu alterações no procedimento sumário; o) Lei nº 9.307/1996, que disciplinou a arbitragem; p) Lei nº 9.756/1998, que introduziu inovações no sistema recursal; q) Lei nº 9.800/1999, que introduziu dispositivos sobre a apresentação de petições por meios eletrônicos; r) Lei nº 10.173/2001 (Lei dos idosos) introduziu três novos artigos destinados a oferecer prioridade de julgamento às causas de interesse de pessoas com idade a partir de 65 anos de idade; s) Lei nº 10.352/2001, que introduziu novas alterações no sistema recursal; t) Lei nº 10.358/2001, que introduziu modificações no tocante aos deveres das partes no processo, à prova testemunhal, à prova pericial etc.; u) Lei nº 10.444/2002, que introduziu alterações no processo de execução etc.<sup>245</sup>.

É a demonstração da produção legislativa referentes à entrega da tutela jurisdicional, de forma a contemplar os direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal, que antes mesmo da “Reforma do Judiciário”, já procurava cumprir o mandamento constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV, do art 5º, da CF). Razão pela qual a discussão doutrinária em torno da EC nº45/2004, reúne àqueles que criticam ao ponto de afirmarem que a emenda nada acrescentou, outros que de forma entusiástica louvam-na pela solução apresentada aos problemas do judiciário e outros que analisam de forma mais técnica, ressaltando valores alçados ao nível de direito fundamental, como a razoável duração do processo.

No direito comparado, já se debruçaram diversos processualistas, constatando que o problema da morosidade na entrega da tutela jurisdicional não é dificuldade só do Brasil. Barbosa Moreira chega a dizer:

A admiração generalizada pela eficiência anglo-saxônica alimenta em muitos a crença de que, se em tantos outros assuntos ela consegue êxito completo e fulminante - como fazem supor, por exemplo, torrentes de filmes policiais norte-americanos -, seria despropositado esperar outro coisa do funcionamento da máquina judiciária. Não podem deixar de surpreender, pois, os dados que se colhem na literatura acerca da duração dos processos nos países daquela família<sup>246</sup>.

Constatação que o processualista exemplifica demonstrando o problema da morosidade nos países da família anglo-saxônica. Recentemente Alessandra Mendes, traz exemplo significativo da preocupação também nos Estados Unidos, segunda sua pesquisa: “O direito norte-americano prevê a prestação da tutela jurisdicional tempestiva em sua 6ª Emenda à Constituição, denominada pela doutrina americana de *speedy Trial clause*, ou seja, “cláusula

<sup>245</sup>NOTARIANO JÚNIOR, Antonio de Padua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et al. **Reforma do judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

<sup>246</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 169.

do julgamento rápido”<sup>247</sup>.

## 4.2 Garantia constitucional a uma tutela jurisdicional efetiva

A doutrina processual tem convalidado a importância do mandamento constitucional, quando dispõe no artigo 5º, inciso XXXV, acima citado. Dispositivo que pressupõe acesso à Justiça, na busca da prestação da tutela jurisdicional, sendo o seu descumprimento, o grande obstáculo ainda não superado pelo processo. Contudo, nas últimas décadas tem-se reforçado a dimensão constitucional do processo, no entendimento de Samuel Arruda: “sendo alguns institutos, agora marcadamente de direito constitucional, aplicáveis a todos os ramos do processo”<sup>248</sup>.

Quando se fala em constitucionalização do processo, é de certo modo vislumbrado, pela intensa preocupação do legislador constituinte, em dar uma dimensão ao processo que antes não tinha<sup>249</sup>. A necessidade de responder aos reclamos da sociedade, de uma justiça célere e com segurança, estabeleceu segundo Bedaque, um considerável corpo de normas, que integram o direito processual constitucional, o qual além de garantir, através de meios específicos a proteção de determinados direitos, elevou ao nível máximo, na hierarquia das leis as normas processuais<sup>250</sup>.

De forma entusiástica, alguns consideram que este dimensionamento do direito constitucional processual, converte-o em superdireito, ao ser maximizado seu potencial instrumental na defesa dos direitos individuais, coletivos, sociais, da nacionalidade e políticos<sup>251</sup>. Na realidade, existe uma transformação no princípio da legalidade, que afetam segundo Marinoni, “as próprias concepções de direito e jurisdição, e, assim, representa uma

<sup>247</sup>SPALDING, Alessandra Mendes. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do Inciso LXXVIII do Art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *et al.* **Reforma do judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37.

<sup>248</sup>ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília, 2006. p. 19.

<sup>249</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21.

<sup>250</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. Influência do direito material sobre o processual. 5. ed. São Paulo. Malheiros, 2009a. p. 17. *In verbis*: “O legislador constituinte percebeu essa circunstância fundamental e, em boa hora, estabeleceu considerável corpo de normas, que integram o direito processual constitucional, pois elevam garantias processuais ao nível máximo da hierarquia das leis, além de consagrar meios específicos para proteção de determinados direitos, com substancial ampliação da legitimidade para agir”.

<sup>251</sup>Cf. PESTANA, João Carlos *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ibidem*. p. 17.

quebra de paradigma”<sup>252</sup>.

Após o leque de leis infraconstitucionais já mencionadas acima, a EC nº 45/2004, elevou ao nível de garantia constitucional o devido processo e a duração razoável, que nas palavras de Fabiano Carvalho: “na verdade, a garantia do devido processo legal e a garantia da duração razoável do processo não podem ser examinadas como forças oposta, mas sim fenômenos que se interagem dentro do processo”<sup>253</sup>.

Tentando sintetizar o que o autor considera como sendo um grande avanço na processualística brasileira, ele aduz: “Ao que tudo indica, o legislador constituinte se adiantou e incluiu ao Texto Constitucional meios que, se efetivamente aplicados, irão contribuir para a duração razoável do processo”<sup>254</sup>. Fazendo-se uma enunciação sumária da pesquisa do autor tem-se:

i) aferição do merecimento conforme o desempenho; ii) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal; iii) a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais e nos dias em que não houver expediente forense, juízes em plantão permanente; iv) o número de juízes proporcional à efetiva demanda judicial v) os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e de mero expediente sem caráter decisório; vi) a distribuição de processos será imediata; (vii) as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante; (viii) no recurso extraordinário o recorrente deve demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais; ix) justiça itinerante nos tribunais federais e do trabalho; (x) descentralização nesses tribunais; (xi) o Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente; (xii) o Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante; (xiii) varas especializadas para conflitos fundiários; (xiv) distribuição de processos no Ministério Público será imediata (xv) súmula com efeito vinculante; (xvi) criação do Conselho Nacional de Justiça<sup>255</sup>.

São direitos constitucionais fundamentais que informarão a atividade jurisdicional a partir de então, lembrando que na chamada terceira onda renovatória, isto é, da efetividade, denunciado pelo autor da pesquisa, são “meios que, se efetivamente aplicados, irão contribuir para a duração razoável do processo”<sup>256</sup>. Estabelecendo a submissão da lei, ancorada substancialmente aos direitos revelados na Constituição, a tutela constitucional do processo, na visão de Dinamarco: “tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem

<sup>252</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 21-22.

<sup>253</sup>CARVALHO, Fabiano. EC nº 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *et al.* **Reforma do judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 221.

<sup>254</sup>*Ibidem*. p. 221-222.

<sup>255</sup>*Ibidem*. p. 221-222.

<sup>256</sup>*Ibidem*. p. 221-222.

constitucional<sup>257</sup>.

Cuida-se, portanto, de uma mudança de paradigma, onde o direito positivo de cunho liberal não mais tem como dar resposta às demandas do Estado Social, hoje, predominantemente prevalecente, no mundo ocidental. Marinoni, reafirmando esta concepção expõe:

A transformação da concepção de direito fez surgir um positivismo crítico, que passou a desenvolver teorias destinadas a dar ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição. Nessa linha podem ser mencionadas as teorias dos direitos fundamentais, inclusive a teoria dos princípios, a técnica da interpretação de acordo, as novas técnicas de controle da constitucionalidade – que conferem ao juiz uma função ‘produtiva’, e não mais apenas de declaração de inconstitucionalidade – e a própria possibilidade de controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto<sup>258</sup>.

Fundamentalmente, a transformação vem se dando através desse positivismo crítico, na medida em que as normas buscaram corresponder aos anseios sociais, envolvendo o Judiciário no cumprimento dos direitos fundamentais. Teoria e prática vão se fundindo aos meios instrumentais do processo. A consciência processual de que este, não é fim em si mesmo, mas meio e com finalidade alçada ao rigor constitucional, na visão de Bedaque: “tem levado os estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência”<sup>259</sup>.

Os princípios informativos do processo passam a nortear o agir no andamento do processo, de acordo com os princípios constitucionais. A técnica de interpretação em conformidade com os direitos fundamentais impõe-se no sentido de revisitar os institutos processuais, consoante Bedaque: “todos concebidos segundo a concepção autonomista ou conceitual da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição, a partir das necessidades identificadas na fase instrumentalista”<sup>260</sup>. Constitucionalizado a relação com o direito público impõe maior firmeza, tanto que Dinamarco alerta: “A instrumentalidade do processo à ordem político constitucional é tão íntima, que o desvio das diretrizes processuais preestabelecidas e asseguradas constitucionalmente constitui perigoso caminho à violação de regras substanciais da própria Constituição”<sup>261</sup>.

Está estabelecida com firmeza na doutrina, na legislação e na prática cotidiana dos juízes e tribunais, a responsabilidade social da jurisdição. O Estado-juiz tem que fazer cumprir

<sup>257</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19.

<sup>258</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

<sup>259</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. Influência do direito material sobre o processual. 5. ed. São Paulo. Malheiros, 2009a. p. 18.

<sup>260</sup>*Ibidem*. p. 18.

<sup>261</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.* p. 66.

a lei e como afirma Bedaque, “na medida em que a lei representa a vontade social, atuada ela no caso concreto haverá pacificação com justiça. Estará afirmada a autoridade do Estado”<sup>262</sup>.

Oportuna a posição de Owen Fiss, sobre o juiz:

A função do juiz não é falar pela minoria ou aumentar sua expressividade, mas dotar os valores constitucionais de significado, o que é feito por meio do trabalho com o texto constitucional, história e ideais sociais. Ele procura o que é verdadeiro, correto ou justo, não se tornando um participante nos interesses das políticas de grupo. A função do juiz é conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais<sup>263</sup>.

Reafirma-se, então, a constitucionalização do processo, como meio agora, imbuído da defesa dos valores constitucionais, impondo ao juiz, o dever de decidir de acordo com os valores sociais afirmados na Carta Magna. O Código de Processo Civil, mesmo com a necessária e contínua atualização, dispõe suas normas em conexão com as estabelecidas na Constituição Federal de 1988, reafirmando a função pública ou estatal do processo que Dinamarco constata: “Direito processual estatal é a disciplina do exercício do poder estatal pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação do interessado, ou interessados”<sup>264</sup>. Os interessados são cada vez em maior número que tem acesso ao Poder Judiciário, o que só aumenta a necessidade de utilização do processo, na prestação da tutela jurisdicional de forma tempestiva.

Ao legislador constituinte coube a tarefa de acompanhar o Estado contemporâneo, impondo força normativa à Constituição, operando a conformação entre princípios e regras que obviamente serão aplicados com atuação da jurisdição através do seu instrumento - o processo. E, Marinoni afirma: “Não há qualquer dúvida, hoje, de que toda norma constitucional, independentemente do seu conteúdo ou da forma da sua vazão, produz efeitos jurídicos imediatos e condiciona o ‘modo de ser’ das regras”<sup>265</sup>. No entanto, há que se ponderar quanto à efetividade de regras e princípios processuais constitucionalizados, a exemplo da razoável duração do processo, necessitando de atualização técnica, quebra de paradigmas e reestruturação de mecanismos que possam assegurar uma prestação jurisdicional com celeridade e segurança.

<sup>262</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b. p. 31.

<sup>263</sup>FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação de tradução Carlos Alberto Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Medina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 36.

<sup>264</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 85.

<sup>265</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 50.

### 4.3 Celeridade *versus* segurança jurídica

Após a inserção na Constituição do princípio da razoável duração do processo, através da inclusão do inciso LXXVIII ao rol do art. 5º, assim disposto: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”<sup>266</sup>; não se pode mais utilizar-se da miopia processual, ao desconsiderar o fator temporal como componente essencial a prestação tempestiva da tutela jurisdicional. Jônatas Luiz, afirma que: “Assim, a celeridade processual foi invocada para combater a morosidade processual, e exemplos claros podem ser constatados com o efeito vinculante de decisão em matéria constitucional do STF (CF, art. 102, § 2º) e na adoção da súmula vinculante (CF, art. 103-A)”<sup>267</sup>.

Faz-se necessário, no entanto, atentar para a penosa tarefa de conciliar a celeridade com a segurança. Empenhar-se no perfeito domínio intelectual da celeridade com a temporalidade processual, eis aí o grande desafio. Como bem se posiciona Samuel Miranda: “Buscamos principalmente compreender como se supera a tensão entre celeridade e temporalidade adequada ou necessária dos processos”<sup>268</sup>.

A tentativa de entender o conceito de razoável duração e tempo processual, portanto, estará em constante preocupação do presente estudo, visto que, a compreensão hoje, de celeridade, atinge a velocidade da luz, com os meios de comunicação ditando o que é “direito”, pressionando o judiciário através dos instrumentos informatizados da mídia, gerando a angústia que predomina no meio jurídico processual, de ineficiência do sistema, sejam dos juízes e tribunais, assim como, dos procuradores e partes<sup>269</sup>.

<sup>266</sup>BRASIL. **Vade mecum**. Constituição Federal. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 27.

<sup>267</sup>PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *et al.* **Reforma do judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 333.

<sup>268</sup>ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília, 2006. p. 19. Indaga ainda o autor: “O desenvolvimento lógico desta tarefa contempla o conceito de tempo razoável apenas a ideia de rapidez ou aceleração processual, ou, ao contrário, aqui estará também contida a noção de tempo necessário à preservação das demais garantias processuais?”. É uma preocupação na qual se deverá atentar, o que de forma crítica, dentro do método adotado é possível vislumbrar soluções conciliadoras dessa aparente contradição.

<sup>269</sup>*Ibidem*. p. 284. Comentando com lucidez o desenvolvimento célere da informação, afirma: “[...] a evolução dos meios de propagação da informação propiciou a oferta maciça de informação em tempo real. [...] Os fatos devem ser trazidos aqui e agora, não importa onde e quando se tenham produzido ou se deveriam produzir. [...] É a predatória concorrência entre a realização judicial e a informação mediática. [...] o sistema judicial é lento. Isto se deve ao fato de haver uma ampliação por vezes desmedida desta ideia através da comunicação social, muito embora o que é considerado lento na medida temporal de um serviço noticioso on line não necessariamente o seja segundo os padrões temporais da justiça.

Celeridade *versus* segurança jurídica, nisto consiste o grande desafio de conciliar os direitos fundamentais assegurados na Constituição, com os princípios instrumentais do sistema processual, estabelecendo os meios apropriados para que a jurisdição possa atuar o processo de forma equânime. Respeitado o contraditório e a ampla defesa, destarte, as etapas processuais que facultem ao juiz chegar ao convencimento da causa, este estará munido suficientemente para pronunciar uma decisão justa, sem dilações desnecessárias, evitando o perecimento do objeto da demanda contida no direito material.

O processo decorre de uma sequência de normas, na visão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até a norma reguladora do ‘ato final’”<sup>270</sup>. O que na lição de José Roberto dos Santos Bedaque, “ele é a síntese do procedimento animado pela relação jurídica e realizado em contraditório”<sup>271</sup>. Pressupondo, como obviedade, a aplicação de normas reguladoras através de técnicas processuais.

Claro está que, existe uma conexão entre atos processuais e nisto consiste todo o esforço de ordenação do processo através do procedimento. Esses atos desenvolvem-se de forma lógica e ordenada, razão pela qual, Antônio Alberto Alves Barbosa afirma que isto se dá: “atendendo os diversos atos e termos da causa a condições de tempo e de lugar, cuja observância tem que ser rigorosa”<sup>272</sup>.

Colocada as condições em que se empregam as técnicas processuais com destreza e habilidade, a serviço do procedimento, na percuciente atividade do condutor do processo – o juiz, este dispõe, ao seu talante, de mecanismos processuais como exemplifica Carlos Alberto: “restringindo principalmente os poderes das partes, tais como os institutos da preclusão, nulidade, perempção, *ficta confessio*, e restrição aos chamados recursos extraordinários”<sup>273</sup>.

Dentro deste universo endoprocessual, a preclusão como técnica de efetividade na prestação da tutela jurisdicional, será estudada, relacionando aqui, as categorias consideradas pela doutrina e sedimentadas na prática processual, quais sejam: a preclusão temporal, a consumativa e a preclusão lógica. Ressalta-se por questão metodológica, a preclusão temporal e sua aplicação eficiente no andamento do processo; a preclusão consumativa com seu alcance

<sup>270</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 112.

<sup>271</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. Influência do direito material sobre o processual. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a. p. 12.

<sup>272</sup> BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 55.

<sup>273</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Ibidem*. p. 82.

a todos os sujeitos processuais, incluindo o juiz, concluindo com a preclusão lógica e sua correspondência com os poderes instrutórios do juiz na condução do processo.

Depreende-se das considerações iniciais sobre os direitos fundamentais, o que se coloca como desafio de incluir o fenômeno da preclusão como instituto, técnica ou princípio norteador do procedimento, entre as categorias dos mecanismos processuais propiciadores da celeridade com segurança, contribuindo para o cumprimento dos direitos constitucionais normatizados na EC nº 45, da razoável duração do processo.

O avanço desenfreado da tecnologia teve influência diferenciada em diversas áreas. Isto porque, com as facilidades quotidianas proporcionadas pela informática, o homem não se dá conta de que tudo está de “forma assombrosamente acelerada” e Samuel Miranda acrescenta:

Isto implica dizer que o pouco tempo de ontem pode ser o tempo suficiente ou excessivo de hoje ou de amanhã. Cada vez mais é necessário analisar de forma particular – ou relativa, para tomarmos emprestado este termo mais associado na física – transcurso do tempo<sup>274</sup>.

É o transcurso do tempo, ou na linguagem usual do fórum, a duração do processo, o componente da relação jurídica processual, dos atos das partes e da prestação da tutela de forma tempestiva, o que mais incomoda no momento. Todos, sem exceção, estão numa cobrança sem limites, na busca da celeridade processual. Como se discorreu tudo está “assombrosamente acelerado”, gerando uma dicotomia entre o tempo processual, por mais acelerado que seja, e as expectativas da sociedade com as respostas da jurisdição.

O acesso ao judiciário é direito fundamental assegurado pela Constituição. O consectário natural deste direito é a prestação da tutela jurisdicional, visto que, todos têm direito a propor suas demandas ao Judiciário, com a expectativa de que este possa em tempo justo decidir efetivamente o que foi pedido. Bedaque expõe: “o titular da ‘ação processual’ tem direito ao pronunciamento judicial sobre a situação da vida trazida para o processo, ainda que seja desfavorável”<sup>275</sup>.

Há que se exigir também, que este pronunciamento seja a culminância de um procedimento onde foram observadas as formalidades prescritas na Constituição e no Código de Processo Civil. A decisão judicial deve ser fruto de uma atividade intelectual dialética, onde, estabelecido o contraditório e a ampla defesa, às partes, sejam dadas as condições iguais

<sup>274</sup>ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília, 2006. p. 279.

<sup>275</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. Influência do direito material sobre o processual. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a. p. 31.

na prática dos atos processuais, respeitados os institutos, princípios e normas que disciplinam a atividade jurisdicional através do processo<sup>276</sup>.

O que está posto é um desafio - a Emenda Constitucional nº 45/2004 -, elevou em nível de direito fundamental a “razoável duração do processo”, a qual mesmo sendo norma em aberto, não deixa de ter o caráter constitucional de assegurar aos jurisdicionados um direito, antes não explicitado, onde o mesmo agora poderá exigir do Judiciário a prestação da tutela jurisdicional, sem a morosidade que habitualmente vem sendo a prática da decisão judicial. Mesmo reconhecendo que a morosidade na visão de Samuel Miranda: “muitas vezes decorre diretamente da completa falência estrutural do sistema, daí que à justiça devem ser concedidos os meios suficientes não à sua precária sobrevivência, mas, sobretudo, ao seu rápido funcionamento”<sup>277</sup>.

Entender o termo ‘razoável’, torna-se uma tarefa árdua, principalmente quando o mesmo está relacionado a um direito fundamental na Constituição. Isolando-se a acepção que possa ter dentro do dispositivo constitucional, Antônio Houaiss, aponta razoável como:

1. logicamente plausível; racionável; 2. aceitável pela razão; racional 3. que age de forma racional, que tem bom senso; sensato; 4. que é justo e compreensível por se basear em razões sólidas; 5. não excessivo; moderado, módico; 6. que é bom, mas não excelente; aceitável, suficiente<sup>278</sup>.

Pela quantidade de conceitos abertos, Samuel Miranda considera o conceito de razoável como “necessariamente indeterminado” e adianta:

A noção de razoabilidade é uma ideia vaga, aberta e imprecisa. [...] Nem por isto o tempo razoável será um tempo indeterminável ou incompreensível. [...] entender esta ideia pressupõe de logo afastar a visão sinonímica de tempo razoável e celeridade processual. A tramitação veloz não se dá necessariamente em tempo razoável, daí não ser possível equiparar conceitos tão antagônicos<sup>279</sup>.

A partir desta constatação, é necessário afastar a noção de que são sinônimos: tempo razoável e celeridade processual. E considerando bastante lúcida a ideia de que tramitação

<sup>276</sup>ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília, 2006. p. 73. Conforme Samuel Miranda, “pode-se exigir, em primeiro lugar, que o pronunciamento jurisdicional deve ser o ápice de um procedimento em que hajam sido observadas estritamente as formalidades prescritas na lei e na Constituição. A decisão judicial deve ser fruto de uma atividade intelectual dialética, representando a síntese de uma análise criteriosa de tese e antítese. A tutela judicial efetiva é pois, acima de tudo, aquela prestada sob a égide do contraditório e no exercício da ampla defesa das posições dos litigantes”.

<sup>277</sup>ARRUDA, Samuel Miranda. *Ibidem*. p. 73.

<sup>278</sup>HOUAISS, Antônio e outros. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro. Objetiva, 2001. p. 2.389.

<sup>279</sup>ARRUDA, Samuel Miranda. *op. cit.* p. 288.

processual veloz pode não se dar no espaço de tempo razoável, torna-se imprescindível a compreensão de razoável duração do processo.

Fazendo-se o caminho inverso, ou a partir dos conceitos mais precisos, poder-se-ia separar, por questão metodológica, a duração do processo da expressão razoável do legislador constituinte, passando-se a analisar a causa, isto é, aquilo que motivou a inserção como dispositivo constitucional. Como já afirmado, esta causa consiste na lentidão de tramitação dos processos, que se compreende como de longa duração.

Para a filosofia clássica, segundo Cruz e Tucci, “o conceito de duração ostenta dois significados bem nítidos: a) o termo temporal que circunscreve a existência de uma coisa qualquer; e b) o prolongar-se indefinido do tempo, isto é, a eternidade”<sup>280</sup>. Fica claro que o conceito de duração que se busca é aquele que pode ser medido, circunscrito entre um termo inicial (*dies ad quo*) e o termo final (*dies ad quem*), para falar na linguagem processual do prazo.

Apesar da simplificação feita, o conceito de tempo razoável permanece ainda indeterminado. Segundo Samuel Miranda: “Não há dúvidas de que nesta matéria o tempo adequado não pode ser fixado e sopesado rigidamente a priori, sob pena de tornar imprestável e inválido o conceito em muitas das circunstâncias da aplicação prática do direito fundamental”<sup>281</sup>.

Seguindo o raciocínio de tentar garantir o direito fundamental, leciona:

O papel do legislador vai ser muito mais o de enunciar diretrizes e critérios a serem seguidos pelo julgador do que propriamente o de regular de forma exaustiva o conceito razoabilidade. [...] pode traçar algumas diretrizes ou critérios genéricos de determinação da razoabilidade in concreto, desde que possibilite alguma análise das peculiaridades do caso, sem o que transformaria o conceito aberto referido na Constituição e no direito supranacional em um tempo fixo. [...] Pode haver lesão à lei sem lesão à Constituição e lesão constitucional sem que tenha sido ultrapassado o prazo legal<sup>282</sup>.

É oportuno o alerta, no sentido de não se transformar o conceito aberto, previsto na norma constitucional, em tempo fixo, com as consequências que advirão da inaplicabilidade da norma infraconstitucional, visto que, seguindo o raciocínio de Samuel Miranda:

<sup>280</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 277.

<sup>281</sup>ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília, 2006. p. 289.

<sup>282</sup>*Ibidem*. p. 290.

A relatividade do tempo processual não comporta esta redução aritmética absoluta, sendo necessária a existência de um conceito material a que o intérprete possa recorrer sempre que verificar a lesão in concreto da norma fundamental, mesmo não tendo havido o transcurso do período demarcado na lei<sup>283</sup>.

Tem-se que relativizar a aritmética que envolve a determinação do tempo processual, sem esquecer, no entanto, os fatores que causam a morosidade. Cruz e Tucci, aponta que: “as causas da demora em nosso país podem, em princípio, ser agrupados em três itens, a saber - fatores institucionais; - fatores de ordem técnica e subjetiva e, fatores derivados da insuficiência material”<sup>284</sup>.

O autor aponta como fatores institucionais, que não é meta nas prioridades almejadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, a eficiente administração da justiça.

A ideologia conservadora, mesquinha e extremamente personalista, [...] constitui inequívoco obstáculo para se lograr meios visando à implementação da lei processual. [...] Entre nós os valores de maior interesse político e econômico para as classes dominantes, escapam do procedimento demorado e ineficiente, prolongado e desastroso<sup>285</sup>.

A edição de legislação intervencionista e emergencial gera uma proliferação de demandas entre particulares, assim como, entre estes e o Estado.

Entre os **fatores de ordem técnica e subjetiva**, Cruz e Tucci, aponta a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau, que na prática não se efetiva em virtude da ampla recorribilidade das decisões. Isto, “põe a perder, à evidência, a utilidade inquestionável da imediatidade, da identidade física do juiz e da concentração. Urge, portanto, que se prestigie a sentença do juízo monocrático”<sup>286</sup>.

O processualista continua nos seus ensinamentos, a identificar que, além disso, existe a ineficiência da tutela de natureza condenatória e não satisfativa, acarretando “a demora para que o litigante possa obter o bem da vida que o Judiciário já afirmou que lhe cabe”<sup>287</sup>. Acrescente-se a isto, a pluralidade de interpretações equivocadas, a aferição do preparo intelectual dos candidatos a juiz, sendo que esta deficiência técnica: “dá azo à suscitação de inúmeros incidentes e à interposição de agravos, tudo em detrimento da brevidade na produção dos atos processuais”<sup>288</sup>.

<sup>283</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília, 2006. p. 291.

<sup>284</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 99.

<sup>285</sup> *Ibidem*. p. 100-101.

<sup>286</sup> *Ibidem*. p. 101.

<sup>287</sup> *Ibidem*. p. 101.

<sup>288</sup> *Ibidem*. p. 102-103.

Como último ponto Cruz e Tucci aduz: como **fatores derivados da insuficiência material**, a existência de um descompasso entre a legislação codificada e a realidade do serviço judiciário. As formalidades do tribunal *ad quem*; as precárias instalações que albergam dependências do Poder Judiciário; e destaca como fato notório, a aguda conscientização do cidadão e dos consumidores, com implicações no aumento dos litígios de conotação individual e coletiva. Por forças desses motivos Cruz e Tucci, coloca como: “imperioso que se desfira uma luta obstinada visando a determinadas reformas”<sup>289</sup>.

Celeridade versus segurança, colocada de forma antagônica, a expressão torna clara a ideia de contradição diametralmente oposta, onde não existe conciliação, meio termo, mas tão somente, sentido de exclusão. Esta concepção tem prevalecido na doutrina, da impossibilidade de prestar a tutela jurisdicional de forma célere e com segurança. Afirma-se até que, “ou a justiça é célere ou é segura”, de forma a tornar impraticável a convivência dos dois valores essenciais para a prestação segura e tempestiva da tutela jurisdicional.

É necessário sair desta ambivalência antagônica, para a coexistência simultânea. “Certamente, o grande desafio do processo civil contemporâneo reside no equacionamento desses dois valores: tempo e segurança”<sup>290</sup>, na lição de Gajardoni, que cita oportunamente: “Celeridade não pode ser confundido com precipitação. Segurança não pode ser confundida com eternização”<sup>291</sup>.

Revelam-se equivocadas, como referenciadas, as acepções que poderão ter os termos celeridade e segurança. Segundo lição de Tornaghi, “A melhor maneira de acelerar o processo sem atropelá-lo, conciliando a rapidez com justiça, consiste na fixação do tempo para a prática de cada ato”<sup>292</sup>. Como harmonizar segurança e rapidez portanto, não é tarefa impossível. Ao fixar o prazo processual peremptório, a norma conduz inevitavelmente à preclusão temporal, que disciplina os atos das partes, atribuindo-lhes o ônus processual da perda de oportunidade na prática do ato, mas ao mesmo tempo é uma técnica de aceleração com segurança conforme se exporá em momento próprio.

A questão de técnica processual, contida na lei codificada do procedimento, no Art. 183 do CPC, vem reafirmar no capítulo que trata dos prazos processuais, onde, seguindo o raciocínio de Tornaghi, a:

<sup>289</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 103.

<sup>290</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 41.

<sup>291</sup>*Ibidem*. p. 41.

<sup>292</sup>TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. v. 2. p. 78.

Marcação de prazos não é apenas o resultado da **conveniência**, é o efeito da **necessidade** de harmonizar a justiça e a economia, a segurança e a rapidez. [...] Permitir que os atos processuais se pratiquem sem prazo marcado será correr o risco de eternizar os litígios<sup>293</sup>.

O processo sendo essencialmente dinâmico, por uma questão de lógica ele não exaure o seu ciclo em um só momento. O tempo constitui como já visto elemento fundamental no desencadear dos atos processuais, com prazos determinados para a prática de todas as atividades que não se perfazem em um só momento, desenrolando-se em etapas ou fases. A excessiva demora do processo, mesmo que se tenha, ao final, uma decisão segura, gera nas partes litigantes, principalmente no vencedor da demanda, independentemente de fatores de compensação, incontestemente dano marginal<sup>294</sup>.

A justiça, para que seja injusta, mesmo atuando com segurança e sem equívocos, basta que seja lenta e, nas palavras de Gajardoni, “beneficia sempre a parte mais forte (rica), que pode esperar longos anos pela decisão”<sup>295</sup>. Mesmo sabendo-se que um lapso temporal é próprio do andamento do processo, assim como, a existência de fatores tanto internos como externos, faz-se necessário valorizar as técnicas que acelerem o processo com segurança.

Os mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias vêm se proliferando como “solução”, onde a via judicial dos processos, passa do Poder Judiciário, do Estado juiz, para entes particulares. Nos Estados Unidos onde floresceu as *alternative dispute resolution* (ADR), existem atualmente vozes autorizadas a questionar o objetivo dessas soluções. Owen Fiss, questiona de forma peremptória essas alternativas, para ele:

É mais uma trégua do que uma verdadeira conciliação, mas parece preferível ao julgamento, pois se baseia no consentimento de ambas as partes e evita os custos de um moroso julgamento. [...] Entretanto, em meu entendimento, essa visão da adjudicação e o movimento favorável ao acordo baseiam-se em premissas questionáveis. Não acredito que o acordo, como prática genérica, seja preferível ao julgamento ou deva ser institucionalizado em uma base extensa e ilimitada. Deveria ser tratado, ao contrário, como uma técnica altamente problemática para a simplificação dos *dockets*<sup>296</sup>.

Assiste razão ao autor, com base na realidade dos Estados Unidos, faz um alerta, mas não descarta as soluções alternativas, apenas considera que as mesmas “não devem ser

<sup>293</sup>TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. v. 2. p. 78.

<sup>294</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 47. O autor complementa: “trata-se de um fator depreciativo, de faceta emocional e material, do objeto que deveria ser prontamente tutelado pelo processo”.

<sup>295</sup>*Ibidem*. p. 47.

<sup>296</sup>FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação de tradução Carlos Alberto Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Medina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 123. *Dockets* é uma espécie de fichário eletrônico.

institucionalizadas em uma base extensa e ilimitada”<sup>297</sup>. No entanto, ganha fôlego, nas palavras de Ada Pellegrini, “o estudo e adoção de meios alternativos de solução de disputas, inclusive mediante iniciativa do próprio Poder Judiciário, assoberbado que está”<sup>298</sup>. Segundo o entendimento da autora, na tentativa de superar a crise estrutural do Judiciário, adotou-se as soluções alternativas extrajudiciais de auto e heterocomposição, com meios como: a mediação, a conciliação a arbitragem, entre outros, tudo para evitar o processo.

Na doutrina alemã, segundo observação de Humberto Theodoro Júnior, Ada Pellegrini expõe: “nem sempre se pode esperar da decisão judicial a verdadeira e efetiva pacificação dos conflitos. Daí a importância do papel reservado às soluções alternativas de litígios, antes do processo ou em seu curso”<sup>299</sup>. O Art. 331 do Código de Processo Civil ilustra muito bem a preocupação com a conciliação, dispondo inclusive, para ser reduzida a termo e homologada por sentença.

Um dos pontos polêmicos da arbitragem, por exemplo, é a questão da submissão da Administração Pública à arbitragem privada. Ada Pellegrini colacionou com destaque o seguinte trecho de José Carlos Magalhães, que vale a pena citar:

A submissão da União à arbitragem privada foi reconhecida como válida decisão do Supremo Tribunal Federal sobre homologação de arbitragem nacional, envolvendo a União e particulares, destinada à fixação do valor de indenização a ser paga a estes pela incorporação de seus bens ao Estado. Essa decisão, frequentemente citada como marco no desenvolvimento da arbitragem no Brasil, afastou definitivamente eventuais dúvidas quanto à capacidade de a União comprometer-se, afirmou o caráter contratual da arbitragem e rejeitou arguições sobre a inconstitucionalidade do juízo arbitral<sup>300</sup> (grifo nosso).

A autora faz referência, ainda, a diversos autores sedimentando à solução dada acima, quanto à submissão da União à arbitragem. Constatações de grande processualista, que conclui o artigo afirmando: “Em suma, não deve pairar qualquer dúvida sobre a admissibilidade da arbitragem envolvendo a Administração e, com maior certeza, órgãos da Administração indireta”<sup>301</sup>. Conclusão que não resta dúvidas no entendimento da autora sobre a questão mais melindrosa com relação às soluções alternativas.

<sup>297</sup>FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação de tradução Carlos Alberto Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Medina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 123.

<sup>298</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. **Estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005. p. 79.

<sup>299</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. **Estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005. p. 86.

<sup>300</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. *op. cit.* p. 86.

<sup>301</sup>*Ibidem*. p. 87.

O desvio do foco, celeridade *versus* segurança, para as soluções alternativas decorre da análise que se faz de toda a renovação legislativa, com vistas a encontrar solução para o congestionamento do Poder Judiciário com a imensa demanda de jurisdicionados. A adoção de soluções alternativas, com as devidas restrições feitas por Owen Fiss, merece apreciação neste trabalho, por encontrar respaldo na sociedade, na busca dos demandantes pelos órgãos administrativos a exemplo dos PROCONS - Proteção do Consumidor -, que através de transações resolvem problemas que poderiam abarrotar o Judiciário, principalmente os Juizados de Pequenas Causas.

Retomando o estudo empreendido, vale o esforço para conceituar a razoável duração do processo, vindo ao encontro de soluções endoprocessuais, que precisam ser valorizadas á luz do direito constitucional, no momento em que se busca contemplar os dispositivos processuais inseridos na constituição. No momento existe um problema de legitimação do processo como instrumento capaz tecnicamente de corresponder a efetivação pretendida. Segundo Bedaque:

A legitimidade do processo reside na eliminação da crise de direito material com segurança e celeridade, não na forma adotada para que tal efeito se produza. [...] Às vezes, todavia, atento à ideia de celeridade do processo, o próprio legislador confere ao juiz o poder de influir na condução do devido processo legal, adaptando-o à situação de direito material posta em juízo. É o que se denomina ‘princípio da adequação formal’, destinado a possibilitar ao juiz determinar a realização de atos diversos daqueles previstos na lei, mas úteis aos objetivos do processo no caso concreto<sup>302</sup>.

Há que se buscar nas técnicas de efetividade do processo os mecanismos para tornar o instrumento adequado, levando em consideração a proposta da EC nº 45/2004, segundo Bedaque “o próprio legislador conferiu ao juiz o poder de influir na condução do devido processo legal”<sup>303</sup>. A preclusão nas três categorias institucionalizadas por Chiovenda: temporal, lógica e consumativa<sup>304</sup>, são técnicas postas ao aplicador do direito processual, que se bem manejadas, com a eficiente condução do juiz, irá contribuir para solucionar muitos problemas da morosidade processual.

<sup>302</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 62.

<sup>303</sup>*Ibidem*. p. 62.

<sup>304</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado. v. III, 1940. p. 278. [...] *entiendo por preclusión la perdida, o extinción o caducidad de una facultad porcesal, que se produce por el hecho: a) o de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actuaciones o de las excepciones; [preclusão temporal] b) o por haberse realizado um acto incompatible com el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible com outra, o la realización de um acto incompatible com la intención de impugnar una sentencia; [preclusão lógica] c) o de haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad (consumación propriamente dicha); [preclusão consumativa].*

#### 4.4 Preclusão como técnica na prestação jurisdicional

Está consagrada na doutrina, na jurisprudência e na prática forense, a preclusão como instituto. Ao observar atentamente a preclusão como fenômeno inserido no ordenamento jurídico, e este regulando os atos processuais capazes de assegurar, “precisão ao processo e garantir sua rápida execução”, vale ressaltá-las nos atos praticados pelas partes e nas decisões judiciais, através dos limites onde além dos mesmos já não pode as partes exercitar faculdades ou o juiz redicidir questões preclusas. Neste diapasão, se posiciona Joaquín Silguero Estagnan, em sua compreensão: “Na preclusão se contrapõe a liberdade e rigidez do procedimento, o livre exercício das faculdades processuais e seu submetimento as regras de ordem”,<sup>305</sup>.

Trata-se de examinar aspectos técnicos do fenômeno da preclusão considerando três objetivos: 1º) demonstrar que o instituto da preclusão, como técnica, assegura a precisão no desenvolvimento dos atos processuais; 2º) que a técnica da preclusão proporciona a celeridade do processo e, 3º) relaciona-se com o princípio da economia processual, contribuindo para a prestação da tutela jurisdicional de forma tempestiva.

O que revela o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos pode ilustrar, segundo Gajardoni, ao indicar “que o direito humano mais violado, conseqüentemente o mais tutelado, é o constante do artigo 6.1 da Convenção de Roma, ou seja, o direito a uma tempestiva tutela jurisdicional”<sup>306</sup>. E, entre o campeão em reclamações por violação à garantia humana de tempestividade da tutela jurisdicional é o Estado Italiano. Isto, porque, segundo Gajardoni, ele mantinha um sistema legal (constitucional) que não tutelava o tempo no processo, com prazos abertos, admissão de retorno a fases já superadas, **com um regime de preclusões bastante tênue**<sup>307</sup> (destaque nosso).

Com esse sistema, segundo Tucci, a Corte Européia dos Direitos do Homem, condenou o Estado italiano a indenizar uma litigante nos tribunais daquele país pelo dano moral ‘derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda’, assim se expressa o acórdão:

Excede os termos razoáveis de duração, prescritos pelo art. 6º, I, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades

<sup>305</sup> ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 18.

<sup>306</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 51.

<sup>307</sup> *Ibidem*. p. 52.

Fundamentais, o processo não particularmente complexo, tanto em matéria de direito, e que ainda não foi concluído depois de 10 anos e 4 meses de seu início<sup>308</sup>.

Seguramente, em resposta a essas seguidas condenações por ofensa ao disposto no artigo 6.1 da Convenção de Roma, a última reforma do Código de Processo Civil italiano **introduziu um sistema rígido de preclusões**, tudo com vistas a abreviar o tempo do processo<sup>309</sup> (destaque nosso). Ao fixar um lapso de tempo razoável na prática dos atos processuais, o Estado juiz estará observando atentamente o que todos almejam - um processo célere e seguro.

Há demonstrações de atualidade da técnica processual proporcionada pelas preclusões, na discussão empreendida na doutrina, com a publicação de vários trabalhos acadêmicos e teses ampliando o campo de atuação da preclusão. Mas, segundo Bedaque: “é preciso compatibilizar determinadas conclusões sobre a preclusão com o objetivo principal deste instituto, a fim de que a técnica processual seja empregada corretamente e não se transforme em exigências destituídas de significado prático”<sup>310</sup>. Isto porque Bedaque faz restrições ao emprego abusivo de preclusão em matéria de prova, “o sistema das preclusões, especialmente no que se refere à produção da prova, também acaba por favorecer a forma em detrimento da substância”<sup>311</sup>.

Procurando sintetizar, José Carlos Barbosa Moreira, aponta que:

O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos; esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis; imprescindível assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes; assegurar a parte vitoriosa o gozo pleno do seu direito; e, que se atinja este resultado no menor espaço de tempo possível<sup>312</sup>.

Esta postura instrumentalista do processo nas palavras de Dinamarco tem o condão da constitucionalização do processo, ao afirmar:

É lícito concluir, ainda, que todo o *direito processual constitucional* constitui uma postura instrumentalista -, seja nessa instituição de remédios destinados ao zelo pela ordem constitucional, seja na oferta de garantias aos princípios do processo, para que ele possa cumprir adequadamente a sua função e conduzir a resultados jurídico

<sup>308</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>309</sup>\_\_\_\_\_. Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro: contrastes e confrontos. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). **Reforma do código civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 841-868.

<sup>310</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 126.

<sup>311</sup>*Ibidem*. p. 101.

<sup>312</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 6. p.17-18.

substanciais desejados pela própria Constituição e pela lei ordinária (tutela constitucional do processo)<sup>313</sup>.

Os resultados desejados têm, por óbvio, a efetividade que se busca através das técnicas processuais. Barbosa Moreira leciona que: “Renegar a técnica decididamente não é o melhor caminho para fazer avançar a nossa ciência, nem para converter o avanço científico em fermento da Justiça”<sup>314</sup>. Como técnica, a preclusão é fundamental na efetividade do processo, porque assegura o desenvolvimento dos atos processuais. Na medida em que a preclusão proporciona celeridade ao processo, torna-se componente fundamental para o princípio da economia processual, contribuindo para a prestação da tutela jurisdicional de forma tempestiva e segura.

#### 4.4.1 Preclusão temporal

Entre as preclusões, situa-se a preclusão temporal como a de mais fácil manejo, visto que, o próprio Código de Processo Civil, deixa claro no Art. 183, o advento da preclusão, exclusivamente ao fato da decorrência do prazo, sem a intervenção do juiz, dispondo: “Decorrido o prazo, extingue-se, **independentemente de declaração judicial**, o direito de praticar o ato, [...]”<sup>315</sup>. Trata-se, portanto, de uma consequência jurídica estabelecido pela lei, em face de acontecimento natural no decurso do tempo<sup>316</sup>.

O tempo no processo pode ser medido em horas, dias ou fases do processo, razão pela qual quando se fala em preclusão temporal, refere-se ao fenômeno, que extingue a faculdade da parte, de praticar o ato pelo descumprimento de um prazo legal ou judicial.

Por estar diretamente ligada ao fator tempo, considera-se os dois aspectos da preclusão temporal, isto é, aquele derivado do decurso *in albis* de um prazo e o outro idêntico ao da superação de uma fase processual. Nas duas situações, existe uma perda para a parte que detinha a faculdade da prática do ato, com os consequentes resultados, isto é, os ônus processuais advindos da falta de interesse da parte.

O professor José de Moura Rocha esclarece os fundamentos dos interesses das partes e do órgão julgador através do processo, com os dispositivos interpostos pelo Direito objetivo: “Encabeçando o poder jurisdicional do Estado encontramos o julgador. O juiz estará sujeito,

<sup>313</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32.

<sup>314</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 6. p. 23.

<sup>315</sup> BRASIL. **Vade mecum**. Código de Processo Civil. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 274.

<sup>316</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Revista de Derecho Privado, 1940. v. III. p. 278.

da mesma maneira que as partes, ao dever jurídico de lealdade processual”<sup>317</sup>. E adiante, “Quando consideramos o problema da preclusão verificamos que ela atinge a todos os integrantes da relação processual, ou seja, as partes e os órgãos da jurisdição”<sup>318</sup> e complementa, “da mesma maneira que a preclusão atinge as partes, atingirá ao juiz. Não importa que, devido ao poder mesmo do juiz, seja a preclusão mais limitada e restrinja-se, praticamente à hipótese de modificação ou revogação do ato jurisdicional”<sup>319</sup>.

A esta regulamentação dos meios postos a disposição das partes o Direito objetivo teria que criar instrumentos, como bem se expressa Carnelutti, “no delicado mecanismo das preclusões”<sup>320</sup>. É, portanto a preclusão que imprime ordem, disciplina e dinâmica a atividade das partes, facultando-lhes oportunidades de acelerar a marcha processual, através do exercício dos atos que se lhes impõem, na forma e no tempo previsto pelo ordenamento jurídico processual.

Com base nos princípios da ordem legal e da eventualidade considera-se a preclusão como algo inerente ao processo, segundo Cristina Ferraz, ao fazer referência a preclusão e, relacionando-a com a faculdade das partes e o poder do juiz, afirma: “[...] a preclusão *torna factível a aplicação dos princípios da ordenação legal e da eventualidade*, garantindo com isso a delimitação do litígio”<sup>321</sup> (destaque nosso). Através dos meios de ataque e defesa, impulsiona a marcha processual rumo à composição da lide.

Por óbvio, é importante lembrar que os atos são concatenados entre si, impondo nesta sequência a ordenação temporal, com prazos preestabelecidos, adequando-os aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Gajardoni adverte que ao se falar “em prefixação de prazos, deve-se lembrar que talvez a maior garantia de que um processo seja solucionado em tempo razoável é exatamente *o cumprimento desses prazos*”<sup>322</sup> (destaque nosso).

Adiante, Gajardoni lamenta que o nosso sistema seja extremamente rigoroso em relação aos prazos processuais das partes e “soberbamente permissivo em relação aos prazos que se referem ao órgão judicial, como se o culpado pelas delongas do processo, no mais das

<sup>317</sup>ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959. p. 14-15.

<sup>318</sup>*Ibidem*. p. 14-15.

<sup>319</sup>*Ibidem*. p. 14-15.

<sup>320</sup>CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. I. p. 445; 484.

<sup>321</sup>FERRAZ, Cristina. **Prazos no processo de conhecimento**: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

<sup>322</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 58.

vezes, fossem as partes sujeitas a rigoroso regime de preclusões – e não o órgão judicial”<sup>323</sup>. E, Alessandra Mendes, ressalta: “Assim, mesmo que o litígio envolva dois particulares, o direito à utilização do procedimento mais adequado e célere, ou seja, a prestação da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva será sempre em face do Estado”<sup>324</sup>.

Portanto, a preclusão temporal, sob a auspiciosa condução do processo pelo juiz, é de eficácia e eficiência para o andamento do processo. Como já se referiu, é uma técnica de manejo fácil, sem que seja descurada a vigilância necessária ao cumprimento dos prazos. É prática reiterada nos despachos judiciais a expressão: “sob pena de preclusão”, como ameaça ao descumprimento de um prazo judicial. A ameaça soa como um equívoco da compreensão que se tem da preclusão temporal, no entanto não deixa de ser um mecanismo para, forçosamente, induzir a parte a cumprir com a determinação judicial.

#### 4.4.2 Preclusão consumativa

Dentre as categorias estudadas por Chiovenda, encontra-se a preclusão consumativa, que pelo fato de já se ter exercitado a faculdade validamente, causa a consumação, constituída na perda de novamente executar o ato. Alguns autores consideram que a expressão validamente não corresponde à noção exata da consumação. Fernando Rubin, não importa se o ato foi válido ou não “descabendo a possibilidade de, em momento ulterior, tornar a realizá-lo, emendá-lo ou reduzi-lo”<sup>325</sup>.

Contrariamente ao que entende Fernando Rubin, é considerado por Bedaque, inclusive que: “O abuso na adoção da preclusão consumativa vem impedindo a regularização tempestiva de atos processuais eventualmente defeituosos”<sup>326</sup>. Como se constata, é preciso sopesar o emprego dessa modalidade de preclusão, conforme o autor, para inclusive, não produzir o efeito contrário a finalidade do instituto. Com base nesta premissa, Bedaque discorre:

<sup>323</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 59.

<sup>324</sup>SPALDING, Alessandra Mendes. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do Inciso LXXVIII do Art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004 In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *et al.* **Reforma do judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 34.

<sup>325</sup>RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 117- 118.

<sup>326</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146.

Em síntese, tratando-se de atos viciados ou incompletos, a preclusão consumativa – como a temporal – só deve ser reconhecida se houver regra expressa impedindo a correção ou se o processo já tiver ultrapassado a etapa da série procedimental a que pertence o ato defeituoso. Há dispositivos legais admitindo a regularização do ato (CPC. arts. 284 e 511, § 2º). Nesses casos não pode haver dúvida quanto a não ocorrência de preclusão consumativa. O problema existe nas hipóteses do legislador. Nessas, entre o uso indevido da preclusão consumativa e a emenda dos atos processuais defeituosos, opta-se pela segunda alternativa, desde que a regularização se dê no prazo previsto para a prática do ato. Esta solução não contraria o fundamento da preclusão, pois não prejudica a celeridade e a segurança do processo<sup>327</sup>.

O andamento do processo tem como lógico a marcha para frente, não se admite que haja retornos como regra. Segundo Marinoni e Arenhart:

Para que o processo possa seguir adiante, é preciso que se criem mecanismos destinados a impedir a repetição da prática de atos processuais ou o retorno a fases e atos já praticados, evitando-se, com isso, contradições (entre atos praticados e outros a serem praticados) e círculos viciosos na tramitação processual. [...] a impossibilidade de se retornar a fases e atos já praticados (como regra) tem também o escopo de impedir a má-fé processual, pois impede que as partes venham a surpreender uma a outra, justapondo argumentos, fatos e pedidos anteriormente não formulados, prejudicando, com isso, a prova dos fatos, a concatenação das razões e das defesas. [...] Daí a importância da *preclusão*<sup>328</sup>.

A exposição dos autores acima, apesar de não mencionarem a importância por eles apontada, refere-se à preclusão consumativa. Consoante a doutrina, a jurisprudência e a prática forense, fica patente que esta categoria é distinta e necessária ao princípio da economia processual. Não obstante isto, as divergências têm presença marcante noutros entendimentos. Por não ser totalmente pacífico este posicionamento na doutrina, existem vozes autorizadas a negá-lo, seja confundindo a preclusão consumativa com a preclusão temporal, ou para outros, seja incluindo-a como preclusão lógica.

Na primeira hipótese tem-se a posição de Heitor Vitor de Mendonça Sica, com referência aos arts. 300 e 303 do CPC, “que obrigam o réu a desfilar todos os meios de defesa na contestação, sob pena de não mais poder fazê-lo (Princípio da eventualidade)”<sup>329</sup> ele considera estes dispositivos insuficientes para justificar a existência da preclusão consumativa e acrescenta o autor:

<sup>327</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 147-148.

<sup>328</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 6. ed. rev. atual e ampl. da obra manual do conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. p. 628.

<sup>329</sup>Art. 300. 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. Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito superveniente; II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.

Voltando a enfrentar a questão sob o prisma da possibilidade de emenda de atos já praticados válida ou invalidamente, desde que dentro do prazo que a lei lhes destinou, não há como ver preclusão consumativa, pelos argumentos já expendidos. Apenas o decurso do prazo ou a prática de ato logicamente incompatível em momento anterior extingue o direito da parte em praticar o ato ou emendá-lo. [...] A existência de um instituto para explicar esse fenômeno é absolutamente dispensável, com o devido respeito àqueles que entendem de modo diverso<sup>330</sup> (grifo nosso).

O autor é bastante claro na sua compreensão de que é absolutamente dispensável a preclusão consumativa, desde que o ato possa ser emendado, alterado ou modificado, ou até praticar outro ato, contanto que, compatível no decurso do prazo assinado pela lei. Na realidade ele só admite como preclusão, a categoria temporal e lógica e, quanto a consumativa, esta se equipararia a preclusão temporal.

Considera-se uma simplificação que não contribui de forma efetiva para a solução das questões do ordenamento processual, já que o objetivo da preclusão é evitar que o processo procrastine-se indefinidamente, a proposta do autor de conceder à parte essa flexibilização dentro do prazo, não elimina a existência da preclusão consumativa como modalidade. Guilherme Freire assinala que: “A necessidade da apresentação concentrada e simultânea das alegações e meios de prova em cada uma das fases processuais não decorre do princípio da eventualidade, mas da existência de regras preclusivas”<sup>331</sup>. Nisto, ele consolida a preclusão temporal e consumativa.

Na dicção de Guilherme Freire, “dessa forma, verifica-se que a preclusão é mais ampla que o princípio da eventualidade, que tem a sua abrangência limitada à fase introdutória da demanda”<sup>332</sup>. Contrapõe-se a proposição levantada por Heitor Vitor Mendonça, quando a fez com base nos art. 300 e 303 do Código de Processo Civil, justamente onde está fincado o princípio da eventualidade na lei processual.

É assente na doutrina que não pode haver preclusão temporal para o juiz, visto que, esta é consequência de descumprimento pela parte de um prazo peremptório, o qual não poderia atingir os poderes do juiz. No entanto, a preclusão para o juiz vem expressa no art. 471 do Código de Processo Civil: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide [...]”<sup>333</sup>. Portanto, existe a consumação inclusive para o juiz, ou com maior precisão, a preclusão consumativa. Concordando, Marinoni e Arenhart, lecionam: “Em

<sup>330</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo. Atlas, 2006. p. 177

<sup>331</sup>TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil**. Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, José dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 46.

<sup>332</sup>*Ibidem*. p. 46.

<sup>333</sup>BRASIL. **Vade mecum**. Código de Processo Civil. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 289.

geral, admite a doutrina que o magistrado também está, em determinadas circunstâncias, sujeito à preclusão, mas apenas à consumativa”<sup>334</sup>.

Existem doutrinadores que defendem a preclusão lógica na esfera de abrangência da preclusão consumativa, segundo Rubin, “há quem sustente, com razoável fundamentação, que a preclusão lógica sob certo prisma seria também consumativa, embora produza efeitos que transcendam o ato”<sup>335</sup>. E, adiante citando, Tereza Arruda Alvim Wambier, esclarece: “há preclusão para pretensa nova prática do mesmo ato e também de outro incompatível com o que foi praticado”<sup>336</sup>.

São citados por Rubin, os doutrinadores Arruda Alvim, aduzindo que: “a preclusão lógica, rigorosamente, é também consumativa”; Celso Barbi, segundo o autor, não se refere à categoria de preclusão lógica na sua explanação. E expõe ainda:

Também se pode inferir, da definição de Chiovenda a respeito das espécies possíveis de preclusão, que foi identificado pelo mestre peninsular a possibilidade de compreensão da preclusão lógica na esfera de abrangência da preclusão consumativa, já que expressamente utiliza Chiovenda a expressão ‘consumação propriamente dita’ ao tratar da última, como se admitisse então a aproximação das espécies (lógica e consumativa) sob a mais ampla nomenclatura ‘consumação’ (gênero)<sup>337</sup>.

Apesar dos exemplos citados, Rubin, não contesta os doutrinadores, no entanto expõe que: “A preclusão lógica propriamente dita, no nosso sistema processual, vem contemplada no art. 503, o qual se refere à parte que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer”<sup>338</sup>. Por oportuno colaciona-se o presente raciocínio de Marinoni e Arenhart:

[...] admitindo-se que todas as decisões interlocutórias são recorríveis pela via de agravo, e considerando que esse recurso, como visto, autoriza o juízo de retratação, sempre seria possível que, ao menos mediante provocação, a autoridade jurisdicional reconsiderasse decisão anteriormente tomada, não se podendo então falar em preclusão lógica<sup>339</sup>.

Neste raciocínio os autores ratificam a existência da preclusão consumativa independente da preclusão lógica, visto que mesmo provocado a autoridade jurisdicional fica

<sup>334</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 6. ed. rev. atual e ampl. da obra manual do conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. p. 629.

<sup>335</sup>RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 118.

<sup>336</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O novo regime de agravo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 304.

<sup>337</sup>RUBIN, Fernando. *op. cit.* p.118.

<sup>338</sup>*Ibidem*. p. 110.

<sup>339</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.* p. 629.

impedida de reconsiderar a decisão por força da preclusão consumativa.

#### 4.4.3 Preclusão lógica

Apesar da adoção da maioria da doutrina e da jurisprudência, da formulação de Chiovenda, ao classificar as três modalidades de preclusão em temporal, lógica e consumativa, como se vê, existe vozes discordantes como a defendida por Fernando Rubim, da inclusão de: “preclusão de instância”, “preclusão hierárquica” e “preclusões de questões”<sup>340</sup>. No entanto, como se afirmou está consignado a sistematização feita por CHIOVENDA, na compreensão de Bedaque não restando dúvida e, com relação à preclusão lógica, assim se expressa:

Ao praticar determinado ato, a parte abre mão de outro, presente ou futuro. A renúncia ao recurso e a aceitação da sentença são logicamente incompatíveis com a interposição dele. O mesmo ocorre com o reconhecimento jurídico do pedido e com a renúncia ao direito. A diferença está na existência ou não do direito de recorrer, no momento em que a parte pratica o ato que dá origem a preclusão lógica. Se atual, dá-se a renúncia; se futuro, fato impeditivo. Em ambos, todavia, verifica-se a preclusão lógica<sup>341</sup>.

A finalidade básica da Jurisdição é fazer com que as normas sejam atuadas corretamente. Bedaque assinala: “Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto estará da verdadeira paz social”<sup>342</sup>. São os poderes conferidos ao juiz na condução do processo, à sua eficiência técnica e à autoridade que o mesmo recebe do Estado para a prestação da tutela judicial de forma justa, célere e tempestiva.

Relacionando-se a preclusão com a atividade das partes e o poder recebido pelo juiz, a parte que não produziu a prova no momento assinalado pela lei ou pelo juiz, incorre em preclusão, no entanto Bedaque assinala que mesmo assim: “[...] não afasta o poder conferido

---

<sup>340</sup>RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 248: “Quanto à incidência do fenômeno entre as instâncias julgadoras, a sistematização fixada envolve a possibilidade de ‘preclusão de instância’ em que só o Tribunal pode modificar a decisão, em face da interposição de recurso com efeito devolutivo), de ‘preclusão hierárquica’ (em que a instância inferior, prosseguindo no comando do feito, não pode contrariar decisão incidental já tomada pelo Tribunal, desde que não alterada situação fática e/ou probatória), e de ‘preclusão de questões atingindo o juízo superior’ (em que o Tribunal, ao apreciar o recurso, não pode tratar de matérias outras já solucionadas na origem, e que se tornaram irrecorríveis)”.

<sup>341</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146.

<sup>342</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b. p. 13.

ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido”<sup>343</sup>.

Aponta para a flexibilização da preclusão, mas deverá ser feita diligentemente pelo juiz, para que se possa alcançar o objetivo final, de uma tutela segura e tempestiva. Sabe-se que, na lição de Marinoni e Arenhart, “a cada ato praticado no processo, abre-se o ensejo à realização de outros atos, vinculados ao anterior. Eis a razão pela qual a preclusão é tão importante para a marcha processual”<sup>344</sup>. E a importância depende, no caso da preclusão lógica, da acuidade do condutor do processo, por se tratar daquela modalidade onde o juiz deverá estar atento à preclusão lógica, por ter sido praticado um ato incompatível com outro praticado pela parte.

Reportando-se a Chiovenda, ele entende como preclusão lógica, o ato incompatível com o exercício da faculdade, não se trata de ato consumativo, mas ilógico. Não se pode permitir que no processo atos ilógicos sejam praticados, um na sequência de outro, dando oportunidade à parte contrária de alegar no momento que lhe for conveniente, fazendo retroceder a marcha do processo, tornando-o mais lento.

Na regra estabelecida no Código de Processo Civil, há preclusão lógica nos artigos 117, *caput* “Não pode suscitar conflito a parte que, no processo, ofereceu exceção de incompetência”<sup>345</sup>; e o artigo 503: “A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer”<sup>346</sup>.

Por disposição legal esses seriam atos logicamente incompatíveis, no entanto, há que se lembrar independentemente de previsão legal, a existência de preclusão lógica, como no caso da confissão judicial, vedando-se à parte confitente de fazer declarações em sentido contrário<sup>347</sup>. Heitor Vitor diz que: “É comum ouvir também que, em uma ação de despejo por falta de pagamento, implementa-se a preclusão lógica do direito de o réu locatário contestar, se purgou a mora”<sup>348</sup>.

Faz-se necessário deter-se com insistência, sobre o aspecto da atuação do juiz. O Estado tem interesse na integridade do ordenamento jurídico, segundo Bedaque e “da dialética

<sup>343</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b. p. 19.

<sup>344</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 6. ed. rev. atual e ampl. da obra manual do conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 629.

<sup>345</sup>BRASIL. **Vade mecum**. Código de Processo Civil. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 263.

<sup>346</sup>*Ibidem*. p. 322.

<sup>347</sup>BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 102.

<sup>348</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 149.

desenvolvida pelas partes e coordenada pelo juiz, surge o instrumento que possibilitará a formulação e atuação da regra jurídica para o caso concreto (**Processo**)<sup>349</sup> (destaque nosso).

A preclusão lógica precisa da atuação do juiz, no respeito às formas, não ao formalismo. A norma estabelecida no código, a depender da diligente condução do processo, evitará o uso da má fé processual, constituindo obrigação do julgador. Antônio do Passo Cabral adverte: “O respeito às formas é exigência própria do devido processo legal, uma enorme garantia do cidadão de que, quando em jogo potenciais privações de sua liberdade ou propriedade, o *iter* a ser percorrido será aquele previamente estabelecido em lei [...]”<sup>350</sup>.

Portanto, a ilação que se percebe é da importância técnica da preclusão lógica, como instrumento processual, durante todo o *iter* do andamento do processo, como acentua Moura Rocha: “determinando, por exemplo, a lealdade como princípio processual para se contrapor (como obrigação) à deslealdade”<sup>351</sup>. A premissa da coerência entre os sujeitos processuais e a atuação firme e criteriosa do juiz, impedirá que o processo tenha retorno a situações já decididas contribuindo para o princípio da economia processual, com o mínimo de sacrifício (tempo e dinheiro), na linguagem de Rui Portanova<sup>352</sup>, prevalecendo o dispositivo constitucional de razoável duração do processo.

A afirmação dos valores constitucionais, encabeçando todo o ordenamento jurídico, norteando as ações e atividades do direito substancial, determina um novo horizonte na condução da Jurisdição e da instrumentalização do Direito Processual, como meio próprio das decisões judiciais, para que seja eficiente, eficaz e efetivo, na prestação da tutela jurisdicional.

---

<sup>349</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b. p. 70.

<sup>350</sup>CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 18.

<sup>351</sup>ROCHA, José de Moura. *op. cit.* p. 17

<sup>352</sup>PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 24.

## CAPÍTULO V A EFETIVIDADE DA PRECLUSÃO NOS JULGADOS DAS INSTÂNCIAS SUPERIORES

### 5.1 Preclusão como técnica de efetividade na prestação jurisdicional

Constituiria numa lacuna irreparável, se antes de tratar do tema proposto, não se detivesse, de forma introdutória, numa análise terminológica de conceitos utilizados na doutrina, às vezes ambivalentes e muitas vezes com sentidos opostos. Mesmo consciente das limitações de intelecção dos termos em estudo, não se pode deixar de manter o cuidado que se deve ter na doutrina, para não se tornar em fonte criadora de desvios terminológicos. Razão pela qual a linguagem processual deve ser aprimorada, não se permitindo “que se descuidasse desse importantíssimo aspecto técnico da ciência processual justamente aquelas pessoas que assumem a tarefa de transmitir tal ciência”<sup>353</sup>.

O título do presente capítulo: “A efetividade da preclusão nos julgados das instâncias superiores”, gerou dúvidas quanto à correta aceção do termo efetividade e efetivo, se não expressaria melhor a substituição pela frase “**a efetiva utilização**”. Não se sabe, de antemão, se a troca do substantivo **efetividade** pelo adjetivo **efetivo** proporcionaria ao estudo ora empreendido, a clareza desejada, para expressar, a importância que tem sido dada a preclusão nos julgados dos tribunais superiores. Sem mudança no foco principal de análise, da incidência da preclusão compondo precedentes judiciais nos tribunais superiores, vai-se cruzar o termo efetividade processual, de forma introdutória, para não se configurar em omissão temerosa.

É com muita razão que vários doutrinadores tratam **o princípio da efetividade** com cautela. Barbosa Moreira alerta que: “Efetividade, noção abrangente, comporta dose inevitável de fluidez”<sup>354</sup>. Claro que esta fluidez está presente nas expressões: “efetividade da tutela jurisdicional”; efetividade da sentença; efetividade do princípio. Seriam inúmeras as noções que adviriam da interpretação literal do dito. Seria satisfação na prestação da tutela jurisdicional? Ou que a sentença se efetivou? Houve execução? O princípio cumpre seu desiderato de orientar a condução do procedimento processual? Com base em Muniz de Aragão, João Batista Lopes, ressalta que **efetividade** enraíza no verbo latino *efficere* (produzir, realizar), mostrando que: “relacionado ao processo, o vocábulo traduz a

<sup>353</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz; preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Método, 2004. p. 14.

<sup>354</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Efetividade do processo e técnica processual**. Temas de direito processual: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17.

preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar”<sup>355</sup>.

É importante a advertência feita por Barbosa Moreira, quanto aos riscos a que se expõem quando se pensa na efetividade do processo. Consistindo o primeiro na “tentação de arvorar a efetividade em valor absoluto”. Isto é, “nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta”<sup>356</sup>. A observação é importante para não tornar pleno e acabado aquilo que se sabe como dialético, contendo solicitações contraditórias, “inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total do outro”<sup>357</sup>.

Um segundo risco é apontado por Barbosa Moreira, quanto à duração razoável do feito, “pelo afã obsessivo de esgotar todas as possibilidades, mínimas que seja de apuração dos fatos”<sup>358</sup>. Constituindo um dos fatores da morosidade visto que: “Nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias”<sup>359</sup>. Trata-se de encontrar o ponto de equilíbrio para que haja efetividade.

A efetividade neste caso deve harmoniza-se com os valores constitucionais, segundo João Batista Lopes, a tutela jurisdicional para garantir os direitos consagrados na Constituição e legislação infraconstitucional, só será efetiva se o juiz proceder à avaliação dos interesses em jogo para dar prevalência aos valores que mais se harmonizam com a ordem jurídica. Assim agindo, estará entre outras tendências assegurando a efetividade da tutela jurisdicional<sup>360</sup>.

A ideia na doutrina é a de que, pacificar com celeridade, tornando o processo efetivo, deve se constituir numa busca constante do **princípio da efetividade**. Fernando da Fonseca Gajardoni é contundente ao dizer: “A celeridade da pacificação, entre outras, é uma condicionante (hoje a principal) da efetividade do processo”<sup>361</sup>. Percebe-se então, que o valor celeridade passa a compor a efetividade como condição, segundo o autor para a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Ele chega a afirmar que ao se buscar a efetividade e sendo a celeridade uma condicionante para esta, “melhor que se obtenha uma justiça de menor

<sup>355</sup> LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 135.

<sup>356</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Efetividade do processo e técnica processual**. Temas de direito processual: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 21.

<sup>357</sup> *Ibidem*. p. 21.

<sup>358</sup> *Ibidem*. p. 22.

<sup>359</sup> *Ibidem*. p. 22.

<sup>360</sup> LOPES, João Batista. *op. cit.* p. 135.

<sup>361</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 62.

qualidade intrínseca (sumarização da cognição e do procedimento, reformulação dos modelos de *due process*), mas com maior eficácia social”<sup>362</sup>.

Parece que se cai numa das advertências feitas por Barbosa Moreira, qual seja a “tentação de arvorar a efetividade em valor absoluto”<sup>363</sup>, visto que, os princípios, valores e regras da ordem jurídica devem se harmonizar e segundo João Batista Lopes, “a efetividade da tutela jurisdicional não deve ser vista exclusivamente sob a perspectiva do autor, mas também da do réu, uma vez que a ação - garantia constitucional, tem caráter bilateral”. E, adiante o autor (na letra b;) de suas conclusões alerta: “a efetividade não se exaure na celeridade, ainda que esta constitua aspecto importante daquela”<sup>364</sup>.

Noutro ensaio, João Batista Lopes assinala que quando se fala em efetiva realização material dos direitos vem à tona a lição de Chiovenda no sentido de que “o processo deve dar por quanto é possível praticamente a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito de obter”<sup>365</sup>. É a ideia da satisfação daquilo que é buscado na tutela jurisdicional através do processo. Gajardoni assinala: “É indispensável que se alie um justo aparato jurídico material com um processo efetivo, que tutele tempestivamente as situações da vida contempladas pelo direito material”<sup>366</sup>.

O Direito Processual constitucionalizado foi alvo da investigação feita no capítulo anterior, ressaltando-se os aspectos técnicos capazes de dar efetividade ao instrumento processo. Lembrando como assevera Bedaque que: “A técnica processual deve ser observada não como um fim em si mesmo, mas para possibilitar que os objetivos, em função dos quais ela se justifica, sejam alcançados”<sup>367</sup>. E, complementando seu pensamento, aduz: “É preciso encontrar a técnica mais adequada a que o instrumento produza o resultado desejado”<sup>368</sup>.

Analisando o fenômeno da preclusão com vistas a distinguir cada aspecto que assume, seja como instituto com demarcação própria diferenciado de outros institutos, na principiologia do fenômeno “organizado em sistema dentro da estrutura processual”<sup>369</sup>, pela

<sup>362</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 64.

<sup>363</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Efetividade do processo e técnica processual**. In: Temas de direito processual: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 21.

<sup>364</sup>LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 137;140.

<sup>365</sup>LOPES, João Batista. Efetividade do processo civil. In. *op. cit.* p. 329. *Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e próprio quello chegli ha diritto di conseguire.*

<sup>366</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *op. cit.* p. 64.

<sup>367</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 18.

<sup>368</sup>*Ibidem.* p. 18.

<sup>369</sup>Cf. RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 50.

sua importância no desenvolvimento célere e programado do procedimento, põe-se em destaque a preclusão como técnica na efetivação da prestação da tutela jurisdicional<sup>370</sup>. Importante aspecto que se salienta, na linguagem de Bedaque:

A técnica constitui fator essencial à ideia de processo. Concebido este como instrumento de que a função jurisdicional do Estado se serve para colocar fim às crises existentes no plano do direito material, [...] É fundamental que o instrumento atue segundo técnica adequada e apta a possibilitar que os fins sejam atingidos. [...] A técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional<sup>371</sup>.

Já se fez menção neste trabalho das ondas renovatórias ocorridas no Processo Civil brasileiro. No aspecto legislativo foram exemplificadas as leis substanciais e processuais, de caráter infraconstitucional, que se completa com a “Reforma Constitucional do Judiciário”, inserida na EC nº 45/2004. Pode-se afirmar, a partir dos idos de 1990, houve verdadeira reforma onde se destaca no primeiro momento a questão de acesso à Justiça; em um segundo a instrumentalidade do processo e por último a preocupação com a efetivação do instrumento. E, Bedaque destaca ainda que: “a efetividade do processo compreende a plenitude das garantias processuais e uma resposta mais pronta, mais próxima no tempo de pedido de tutela e com maior capacidade de transformação real das coisas”<sup>372</sup>.

Resposta aos anseios da sociedade, entrega da tutela em tempo razoável e ao mesmo tempo garantir a plenitude dos valores constitucionais assegurados nos direitos fundamentais, considera-se a base sólida que legitimou as reformas empreendidas. A efetividade do processo, no entanto, não parece ter solução fácil, para resposta mais rápida, na satisfatividade de ambas as partes que demandam no Judiciário. Sabe-se que “O fundamento lógico do contraditório reside na bilateralidade da ação, da pretensão e do processo; e essa contradição recíproca o caracteriza como um dos princípios fundamentais do processo civil”<sup>373</sup>. Não se pode deixar de lembrar que a angústia pela demora do resultado do processo, torna-se ansiedade tanto para o autor quanto para o réu.

<sup>370</sup>Cf. RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 50.

<sup>371</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 26.

<sup>372</sup>*Ibidem*. p. 49.

<sup>373</sup>SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O Prazo Razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 45.

A angústia e ansiedade precisam de um processo célere, com segurança para que se obtenha a efetividade. Fredie Didier Jr., faz uma síntese do que foi exposto até o presente em relação ao fenômeno preclusivo, assim se pronunciando:

Frise-se: a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à celeridade do processo. Não se resume à condição de mera mola impulsionadora do processo. A preclusão tem, igualmente, fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa fé e a lealdade no itinerário processual. A preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsionadora do processo) e da proteção à boa-fé. É importante essa observação: como técnica que é, **a preclusão deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger**<sup>374</sup> (destaque nosso).

As imposições de restrições temporais e lógicas à prática de atos do procedimento constituem a finalidade precípua da preclusão, por ser técnica voltada ao rápido desenvolvimento da relação processual e, Bedaque expõe: “A razão de ser e a finalidade dos mecanismos preclusivos estão ligados ao interesse público, consistente em assegurar a simplificação, a rapidez e a eficiência do instrumento”<sup>375</sup>. Sendo utilizado o instituto da preclusão a partir da inicial, em sede de primeira instância, até o pronunciamento em grau superior pelo Supremo Tribunal Federal. É nesta direção que se analisa a preclusão nos Tribunais Superiores de acordo com a pesquisa feita com análise qualitativa de algumas decisões.

## 5.2 Preclusão nas ações de competência originária dos tribunais

Considerando a pesquisa realizada através da *internet* que de forma exemplificativa poder-se-ia citar que no dia 7 de dezembro de 2010 colheram-se no site do Jus Brasil, <http://www.jusbrasil.com.br>, o número de 315.907 julgados, contendo a preclusão nas modalidades definidas em temporal, consumativa e lógica, aceitas na doutrina predominante e na jurisprudência de todos os tribunais<sup>376</sup>.

Se a quantidade fosse o elemento essencial, os dados por si só bastariam para ilustrar a incidência com que o instituto da preclusão é manejado nas decisões desses tribunais. No

<sup>374</sup>DIDIER JÚNIOR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1. p. 280

<sup>375</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128.

<sup>376</sup>JUSBRASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 07 dez. 2010 = **315.907** julgados. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL; TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO; SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR; TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO; TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS; TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO; TRIBUNAIS REGIONAIS ELEITORAIS e TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS.

entanto, na busca de uma análise qualitativa, onde a preclusão é incluída, compondo o precedente para vários julgados, restringe-se o campo de abrangência aos tribunais superiores, principalmente: Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça; Tribunal Superior do Trabalho, no campo do processo civil e trabalhista.

Inicia-se a análise dos julgados nos tribunais superiores com o lembrete de Arruda Alvim: “As sociedades contemporâneas, e o Brasil muito acentuadamente, sofrem uma crise de gigantismo, tendo em vista o aumento descomunal de jurisdicionados, que procuram a Justiça para as soluções dos seus conflitos”<sup>377</sup>. É uma constatação emitida por grande jurista, conhecedor dos problemas do Poder Judiciário, principalmente as cortes superiores que em sua compreensão, “representam a culminância e o fim da atividade judicante em relação à inteligência de todo o direito”<sup>378</sup>.

Garantia constitucional, no inciso LV do art. 5º, - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, todavia, como asseguram Fredie Didier e Leonardo Cunha, a Constituição, “expressamente, não aludiu ao duplo grau de jurisdição, mas sim aos instrumentos inerentes ao exercício da ampla defesa. Por esse motivo, autorizada doutrina pátria repele que o duplo grau de jurisdição esteja alçado à categoria de princípio constitucional”<sup>379</sup>.

Afirmção é incontestável dos autores, principalmente porque independentemente do duplo grau de jurisdição não ter sido alçado à categoria de princípio constitucional, a prática dos jurisdicionados que litigam em processo judicial, tem se constituído em verdadeira regra de conduta, em que todos apelam, utilizando-se desta garantia recursal, sempre na expectativa de solução definitiva de suas demandas nos tribunais *ad quem*.

Foi dentro desta realidade que Arruda Alvim com propriedade falou em crise de gigantismo e sobre o aumento descomunal de jurisdicionados, o que se acrescenta de recursos aos tribunais de segundo e terceiro grau, até a instância maior em nosso país que é o Supremo Tribunal Federal. É neste contexto, que se analisa a incidência das preclusões nos julgados das instâncias superiores. Os números fornecidos através da *Internet* de 315.907 julgados em todos os tribunais no Brasil, onde constam as preclusões em suas três modalidades,

---

<sup>377</sup> ALVIM, Arruda. **Alta função jurisdicional do STJ**. Publicado na REPRO 96/37 Material cedido em sala de aula da disciplina Federalismo e Unificação da Jurisprudência.

<sup>378</sup> *Ibidem*.

<sup>379</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, José Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 3. p. 21.

demonstram as proporções gigantescas que assumem os feitos na atividade judicante desses tribunais.

Numa tentativa de examinar minuciosamente a ocorrência das preclusões dentro deste universo, fez-se a opção de restringir-se aos tribunais superiores, procurando investigar somente alguns aspectos qualitativos dos julgados, sem se socorrer da quantidade, o que tornaria impossível pelo os números apresentados.

A preclusão temporal constitui o fenômeno preclusivo mais evidente por sua conexão direta com o fator tempo. Em relação a esta modalidade de preclusão Joaquín Silguero Estagnan ensina que: “[...] pode derivar-se tanto das sentenças como das decisões interlocutórias, posto que o determinante não é a decisão do juiz senão a falta de exercício em tempo e forma da faculdade dentro do próprio processo”<sup>380</sup>. No entanto, como se verá as modalidades de preclusão consumativa e lógica, suplantam em número de ocorrências, nos julgados das instâncias superiores as da preclusão temporal.

A preclusão nas palavras do Prof. Moura Rocha, serve: “Como meio de disciplinar as atividades das partes no procedimento, através de um controle e de uma determinação dos seus efeitos, encontra o processo, em geral, e o processo civil, em particular, na preclusão, a melhor maneira de realização”<sup>381</sup>. E este procedimento “deve ser temporalmente regulado”<sup>382</sup>, com a aplicação dos prazos peremptórios de forma a refrear a tentativa de postergação dos feitos pelas partes.

Como já referenciado, o processo civil brasileiro vem passando por reformas importantes no sentido de abreviar o sofrimento dos jurisdicionados que demandam e esperam pela tutela jurisdicional, inclusive com a implantação atualmente do processo eletrônico regulado pela Lei nº 9.800/1999, imprimindo uma nova lógica ao procedimento recursal que nas palavras de Alexandre Freire Pimentel:

A lógica do processo telemático exige indispensavelmente uma transmutação da linguagem jurídica em linguagem computacional, algoritmizada. Assim, requererá o uso de proposições aléticas (mas não binárias, pois têm de ser compostas por mais de dois valores) tradutoras da realidade jurídico-deontológica, a fim de permitir o processamento eletrônico de informações processuais<sup>383</sup>.

<sup>380</sup>ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, SA, 2009. p. 92-93.

<sup>381</sup>ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959. p. 27.

<sup>382</sup>CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 255-256.

<sup>383</sup>PIMENTEL, Alexandre Freire. O Caráter formal da lógica do processo telemático: Incursões sobre a complexidade do dado-de-fato processual – Cognição e ideologia. *In*: SEVERO NETO, Manoel (Org.). **Direito, cidadania & processo**. Recife:Fundação Antônio dos Santos Abranches (FASA) 2006. v. III. p. 177.

Apesar do receio e temor quanto à prática de atos processuais eletrônicos, no ensinamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha: “o recurso pode ser interposto por fac-símile ou por e-mail, desde que apresentado o original em até cinco dias após o fim do prazo recursal”<sup>384</sup>. O receio não se deve unicamente à lógica do novo procedimento eletrônico, mas o prazo de cinco dias é preclusivo, para que mesmo com a inovação do processo com uma “transmutação da linguagem jurídica em linguagem computacional”, não possa a parte atentar contra a razoável duração do processo o que aconteceria, se não existisse a preclusão temporal na prática desses atos.

Na regra da taxatividade contida no art. 496, são previstos: I - apelação; II - agravo; III - embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. Todos com prazos preclusivos, sendo a preclusão temporal a mais comum quando se trata da interposição desses recursos de forma intempestiva, mas sendo importante a preclusão consumativa por falta de preparo ou outras formalidades e a preclusão lógica ocorrente em interposição de recurso incompatível com a resignação ou aceitação explícita da sentença do juízo *a quo*, e ainda na simultaneidade de dois recursos com o mesmo objetivo, ferindo o princípio da **unirrecorribilidade** ou da **singularidade dos recursos**.

No entanto, além deste elenco de recursos, são da competência dos tribunais as ações impugnativas. Na compreensão de Nelson Nery Junior:

Se a impugnabilidade da decisão judicial se verifica no mesmo processo, em continuação do procedimento onde foi ela proferida, estaremos diante de um recurso; ao revés, se a impugnabilidade se verifica em processo distinto, nada tendo a ver com a continuação do procedimento de onde adveio a decisão impugnada, estaremos diante de uma ação de impugnação<sup>385</sup>.

Na realidade o autor quer expressar que existem ações de impugnações autônomas, independentemente de se lançar mão do elenco de recursos.

A Constituição Federal estabelece no art. 102, I, a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Ambas as ações de competência direta do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de ação cujo processo tem sua petição inicial com os requisitos estabelecidos pela Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999 (LADIN), que regula

<sup>384</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, José Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 3. p. 21.

<sup>385</sup>NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. atual. ampl. reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 227.

todo o procedimento destas ações. O art. 103 da CF/88 nomina os legitimados para o ajuizamento e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), que juntos com os arts. 282 e 283 do CPC constituirão o regime jurídico nos processos das ações diretas ao STF.

Segundo entendimento de Nelson Nery Junior:

Essa petição inicial deve conter menção expressa ao dispositivo legal ou normativo que se impugna, com a transcrição da norma apontada de constitucional ou inconstitucional. O autor deve, ainda, apontar clara e expressamente as expressões tidas como constitucionais ou inconstitucionais, ou, se for o caso, qual o sentido em que pretende ver interpretada a norma para que não seja inconstitucional<sup>386</sup>.

Por não existir prazos para a demanda, não se poderia inicialmente falar em preclusão, no entanto, após a exordial que tratará matéria essencialmente de direito, pois podem acontecer algumas situações de fato<sup>387</sup>, os requisitos processuais estão presentes, inclusive com a postulação através de advogado, do Ministério Público ou do Procurador Geral da União.

Lembrando que a petição inicial deverá estar em conformidade com os arts. 282 e 283 do CPC, além de cumprir os requisitos da LADIN e do RISTF deverão ser instruídas com os documentos indispensáveis à propositura da ação, que gerará exigências com cumprimento em prazo preclusivo. Assim como, outras situações de legitimidade, como exemplificado na questão de ordem do STF transcrita abaixo:

### 5.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn)

Passando-se a análise de uma ADIn, verifica-se como é manejado o instituto da preclusão na modalidade lógica. Versa a matéria de uma questão de ordem em ação direta de inconstitucionalidade de nº 807-2 Rio Grande do Sul. d.j. 13.02.2004 – ementário nº 2139-1. Tribunal pleno, cuja ementa tem o seguinte teor:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: identidade do objeto. A preclusão da negativa de ingresso do Governador do Estado no processo da ADIn proposta por outrem contra lei do seu Estado não elide a sua legitimidade para propor nova ação direta com o mesmo objeto, distribuída por prevenção ao relator da anteriormente ajuizada<sup>388</sup>.

---

<sup>386</sup>NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. atual. ampl. reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60.

<sup>387</sup>*Ibidem*. p. 60.

<sup>388</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementário nº 2139-1. Ação Direta de Inconstitucionalidade 807-2. d.j. 13.02.2004. Tribunal pleno.

Trata-se de acórdão que resolve a questão de ordem, por ter sido alegada a preclusão da legitimidade do Governador, por ele já figurar em outra ação, o que configura preclusão lógica. O pleno decide sob a presidência do Min. Sepúlveda Pertence, no sentido de desentranhar a petição anterior, permitindo legitimidade ao Governador “para propor nova ação direta com o mesmo objeto”.

Na realidade, a ação direta de inconstitucionalidade em análise não contém preclusão de decisões interlocutórias proferidas pelo relator. No entendimento expressado por Nelson Nery Junior:

As questões resolvidas pelo relator no curso do processo não precluem e podem ser novamente agitadas pelas partes e intervenientes até as razões finais, a fim de que delas conheça o Pleno quando do julgamento do mérito da ação direta. [...] O sistema parece coadunar-se melhor com a *irrecorribilidade das interlocutórias* e com o regime da não preclusão das matérias decididas no curso do processo, para que possam ser redecididas, se for o caso, pelo Pleno quando do julgamento da ação direta<sup>389</sup>.

No entanto, o autor concebe o agravo interno:

Entendemos cabível, com fundamento na LADIn 4º par. Ún. E 15 par. Ún., o recurso de agravo interno, para o Pleno do STF, sempre que houver indeferimento da petição inicial, seja por ato do relator da Turma ou do próprio Pleno do Pretório Excelso<sup>390</sup>.

Ademais, uma liminar não sendo julgada até 180 dias, a ADIn perde os seus efeitos e em face da irrecorribilidade dessa decisão só resta a parte interpor os EDcl que podem ser utilizados para a correção de erros de fato, materiais, e, como consequências, ter até função infringente e rescidente<sup>391</sup>. Logo, sujeitos a preclusões.

### 5.2.2 Ação rescisória

A ação rescisória segundo o ensinamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha: “[...] ostenta a natureza de *ação autônoma de impugnação*, voltando-se contra decisão de mérito transitada em julgado”<sup>392</sup>. Apesar do CPC ser omissivo quanto à competência para julgar essa ação, tem-se na Constituição Federal no art. 102, I, j, que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente, “a ação rescisória de seus julgados”. De igual maneira o art.

<sup>389</sup>NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. atual. ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70.

<sup>390</sup>*Ibidem*. p. 67.

<sup>391</sup>*Ibidem*. p. 72.

<sup>392</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. III. p. 359.

105, I, e, da CF/88 afirma que é da competência originária do Superior Tribunal de Justiça julgar “as ações rescisórias de seus julgados”.<sup>393</sup> E, assegura Alexandre Freitas: “[...] é de se afirmar que ação rescisória só pode ser apreciada por Tribunais, não se admitindo seu ajuizamento perante órgãos hierarquicamente inferiores, de primeira instância”<sup>394</sup>.

No magistério de Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha: A coisa julgada, no direito brasileiro, pode ser desconstituída, basicamente, por três meios:

A ação rescisória (o comum), a *querela nullitatis* e a impugnação de sentença fundada no § 1º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741 do CPC. [...] as ações autônomas de impugnação assim se caracterizam por gerarem a formação de nova relação jurídica processual, instaurando-se um processo novo<sup>395</sup>.

Vale analisar o Processo no TST-ROAR-10272/2004-000-02-00.0, com o acórdão Ac. SDI-2 EMP/Gm. Que tem o seguinte teor:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO PROFERIDA EM AGRAVO DE PETIÇÃO. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. O fundamento do Regional, na decisão rescindenda, para o provimento do Agravo de Petição do ora Réu foi a preclusão da oportunidade da ora Autora apresentar novos cálculos após ter concordado com a conta de liquidação trazida pelo perito judicial. Conclui-se, portanto, que a decisão objeto do juízo rescindente revestiu-se de conteúdo meramente processual, insuscetível de produzir a coisa julgada material, cuja desconstituição é o fim colimado na ação rescisória. Ação Rescisória extinta sem resolução do mérito<sup>396</sup> (grifo nosso).

A parte autora utilizou-se da Ação Rescisória como sucedâneo de recurso, após ter sido negado o provimento nos embargos de declaração, resolveu interpor recurso ordinário, que de igual maneira não foi provido, pois as razões eram as mesmas trazidas na petição inicial. Anteriormente, após os embargos à execução opostos pelo requerido, julgados improcedentes, gerou a interposição de agravo de petição, ao qual a “C. 8ª Turma houve por bem dar provimento, reconhecendo a existência de preclusão consumativa”. No fundamento da decisão vale considerar o exposto:

Vige no sistema processual brasileiro o princípio da preclusão consumativa: uma vez já praticado o ato processual, não é possível tornar a realizá-lo. No caso em tela, após a concordância vem a exequente apresentar cálculos de ‘verba ainda em aberto’. Precluso o direito<sup>397</sup>.

<sup>393</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação rescisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 41.

<sup>394</sup> *Ibidem*. p. 41.

<sup>395</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. III. p. 359.

<sup>396</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo no TST-ROAR-10272/2004-000-02-00.0, Acórdão Ac. SDI-2 EMP/Gm.

<sup>397</sup> *Ibidem*.

A técnica da preclusão manejada pelo Tribunal *ad quem*, uma vez decretada e sendo o fundamento da decisão, impediu que se protelar-se a solução do feito, após a utilização de vários recursos, inclusive, com a tentativa de lançar mão da Ação Rescisória como sucedâneo de recurso. O princípio preclusivo faz-se presente na ordenação do processo nas demais ações originárias dos tribunais, como se ver na Reclamação Constitucional a seguir.

### 5.2.3 Reclamação constitucional

A Reclamação Constitucional, segundo ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha, “é uma ação de competência originária de tribunal, prevista na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, que tem o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais”<sup>398</sup>. Ao Supremo Tribunal Federal a Constituição Federal prevê sua competência no Art. 102, inciso I, alínea i, no sentido de que esta possa preservar sua competência e garantir a autoridade de suas decisões. Dentro da mesma ótica dispõe o Art. 105: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Portanto, tem natureza de ação constitucional e segundo Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha:

A reclamação constitucional provoca, não a anulação ou reforma da decisão exorbitante, mas sua cassação, ou avocação dos autos, para a observância da competência do tribunal. [...] a decisão proferida na reclamação produz coisa julgada; de sua decisão cabe a interposição de recursos, a exemplo do agravo interno e dos embargos de declaração<sup>399</sup>.

Ver-se, pois, a força processual que tem a referida ação. Mas, como qualquer ação, contém os elementos inerentes à mesma, isto é, partes, causa de pedir e pedido, reclamante e reclamado e adiantam os autores citados: “contendo a formulação de um pedido e a demonstração de uma causa de pedir, consistente na invasão da competência ou na desobediência à decisão da corte”<sup>400</sup>.

Em sendo ação, com todos os requisitos apontados, com a previsão de interposição de recurso, existem prazos preclusivos, onde se opera a preclusão. Haja vista, a Reclamação no STF: Rcl 9796 PI, onde o Relator Ministro Dias Toffoli, decidiu nos seguintes termos:

<sup>398</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. III. p. 457.

<sup>399</sup>*Ibidem*. p. 459-460.

<sup>400</sup>*Ibidem*. p. 462.

Vistos. Cuida-se de reclamação constitucional do MUNICÍPIO DE BRASILEIRA em face de ato do MM. JUIZ DO TRABALHO DE PIRIPIRI-PIAUI, na qual se discute a competência da justiça especializada do trabalho. Em de folha 92, determinei a juntada do instrumento original de procuração, assinando prazo de dez dias para esse fim. É o relatório. A seção competente do STF, na folha 96, certificou que o reclamante não se manifestou sobre o despacho da folha 92. É nítida a preclusão ocorrida, dada a omissão da parte em regularizar sua representação processual o que implica a extinção do incidente sem resolução do mérito. Ante o exposto, julgo extinta a reclamação sem resolução do mérito. Publique-se. Brasília, 6 de abril de 2010<sup>401</sup>.

Consignado está no feito, a presença da preclusão temporal, inclusive, de despacho do Juiz Relator. Embora desponte sempre e necessariamente como efeito, nas palavras de Maurício Giannico: “a verificação desse fato processual origina consequências, das quais, portanto, é causa o que é natural em vista de os atos e fatos do processo se encadearem numa sequência preordenada a um fim”<sup>402</sup>.

A análise empreendida quanto às ações originárias dos tribunais superiores, não teve a intenção de exaurir todas as possibilidades e ações. Mas, de forma exemplificativa, socorrendo-se dos julgados publicados via *internet*, pode-se comprovar a efetividade da preclusão nas Ações de Competência Originária dos Tribunais.

### 5.3 Preclusão nos recursos de agravo

Mudando a abordagem na verificação dos recursos de agravo que se operam no *iter* processual dos tribunais superiores, optou-se por uma metodologia de aprofundar os efeitos da preclusão consumativa, por ser a mais evidente nas decisões, inclusive em casos que servem de precedentes para outros julgados. Resolve-se escolher “a preclusão em agravo regimental no recurso extraordinário”, como representativo deste item sobre os recursos de agravo. Pelas lições que se pode tirar dos vários pronunciamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, neste caso, pode-se compreender o instituto em análise, de forma cadenciada, comprovando a sua importância na efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

A preclusão em agravo regimental no recurso extraordinário<sup>403</sup>, selecionada para iniciar o aprofundamento desta pesquisa apresenta características que sobreleva aspectos importantes do estudo. Trata-se de analisar os efeitos da preclusão consumativa no Agravo

<sup>401</sup>BRASIL. Superior Tribunal Federal. Rcl 9796 PI, Relator: Dias Toffoli. DJe-067 Divulg 15/04/2010 Public 16/04/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8830253/reclamacao-rcl-9796-pi-stf>>. Acesso em: 22 maio 2011.

<sup>402</sup>GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 78.

<sup>403</sup>Ag. reg. no Recurso Extraordinário 593.594-9 Distrito Federal em 09/06/2009.

Regimental em Recurso Extraordinário, onde a Min. Relatora Carmen Lúcia, nega provimento, por haver preclusão de questões constitucionais surgidas na decisão de segundo grau, que não foram objeto de recurso extraordinário.

Ressaltando-se a importância da preclusão consumativa como fato anterior, servindo para balizar a decisão da Ministra, pode-se com a fundamentação da relatora, aquilatar a importância da preclusão como precedente nos julgados das instâncias superiores. A relatora invocando julgado de RE, com a interposição de REsp no STJ, colacionou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conduzindo o seguinte destaque:

Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e recurso especial contra o mesmo acórdão de tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária<sup>404</sup>.

Neste sentido, a abordagem sobre preclusão de questões será feita realçando-se este tipo de preclusão, que começa a ser estudada pela doutrina e que tem fundamental importância no andamento do processo, seja na fase inicial de primeira instância, seja nas últimas decisões dos tribunais superiores, a qual é articulada de forma correta pelo Ministro Sepúlveda Pertence, oportunamente invocado pela Relatora no acórdão em análise, vaticinando:

[...] o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa<sup>405</sup>.

Posicionamento reforçando o conceito da consumação da decisão, não podendo mais ser revista, por ter se operado a preclusão consumativa.

A coisa julgada, ou a eficácia preclusiva da coisa julgada, é argumento de fundamental importância para a presente análise, visto que para formar o seu convencimento e posicionamento, a Ministra Relatora ressaltou no julgado já referenciado, o seguinte raciocínio:

Ademais, na hipótese que é a do caso – em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, constitui fundamento bastante da decisão da causa e não foi impugnada mediante recurso extraordinário, antes que a preclusão da matéria é a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial<sup>406</sup> [grifo nosso].

<sup>404</sup>BRASIL. Tribunal Superior Federal. RE 593.594 – AgR/DF. Relatora: Cármen Lúcia. Relatório, p. 2349-2350. STF: 2009. [AI 145.589- AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 24.6.1994].

<sup>405</sup>Ag. reg. no Recurso Extraordinário 593.594-9 Distrito Federal em 09/06/2009.

<sup>406</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 593.594 – AgR / DF. Relatora: Cármen Lúcia. Relatório, p. 2350. STF: 2009. AI 145.589- AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 24.6.1994.

Analisando-se este aspecto do acórdão em discussão, a inserção, que se faz no segundo item, na difícil questão da coisa julgada material, se faz necessário, visto que, a devida compreensão doutrinária, será o elemento substancial, definidor da posição do juiz *a quo*, na fundamentação da sentença prolatada nos julgados de segunda instância e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Conforme a definição do Dicionário de Real Academia da Língua na Espanha entende-se por preclusão a qualidade peculiar, segunda a qual o juízo se divide em etapas, cada uma das quais encerra a anterior sem possibilidade de reformular aquilo que já foi decidido nela<sup>407</sup>. A presente definição tem uma concepção bastante clara do que se entende por preclusão consumativa para o juízo, diferentemente do entendimento mais acentuado na doutrina onde a preclusão só se opera com relação às partes.

O acórdão em análise de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, o qual foi negado seguimento nos termos do voto da relatora, trás em uma síntese das questões discutidas, na seguinte explanação:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da preclusão das questões constitucionais surgidas na decisão de segundo grau que não foram objeto de recurso extraordinário. Assim, somente é possível a interposição de recurso extraordinário de decisão do Superior Tribunal de Justiça quando o tema em questão for novo, surgido na instância superior<sup>408</sup>.

Fica evidente a posição do Supremo Tribunal Federal, quando firmou o entendimento quanto às preclusões das questões constitucionais. Isto porque, mais uma vez trás a tona a preclusão consumativa, em relação a etapas do processo já encerradas. Ora, a parte “suscita questão constitucional já decidida pela instância ordinária e que também foi objeto do extraordinário”<sup>409</sup>. Opera, neste particular, a preclusão para o juízo, visto que, não pode mais deliberar sobre matérias anteriormente decididas<sup>410</sup>.

No argumento da relatora, “Como assentado na decisão agravada, a matéria constitucional sobre a capitalização mensal dos juros está preclusa. [...] Assim, somente é possível a interposição de recurso extraordinário de decisão do Superior Tribunal de Justiça

<sup>407</sup> ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 14: “Conforme la definición del Dicionario de la Real Academia de la Lengua, que incluye esta voz a partir de la 21ª edición (ano 1992), se entiende por preclusión el “*carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido por ella*”.

<sup>408</sup> RE 593.594 – AgR / DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Relatório, p. 2349. STF: 2009.

<sup>409</sup> *Ibidem*.

<sup>410</sup> GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

quando o tema em questão for novo, surgido na instância superior”<sup>411</sup>.

Numa perspectiva mais ampla, segundo Joaquín Silguero Estagnan:

A preclusão apresenta uma utilidade indubitável na ordem e melhora da eficiência do processo e, em especial, conduz a necessidade de analisar se as questões de fato e ainda os fundamentos de direito utilizados pelas partes, devem significar ou não alguma limitação para o exercício posterior e reiterativo de suas faculdades processuais, nisto constituem o principal desafio que se enfrenta este gênero de preclusão<sup>412</sup>.

Portanto, as preclusões de questões suscitadas no *iter* processual, seja nas instâncias inferiores ou superiores, merecem atenção redobrada do condutor do processo o juiz, visto que legalmente está impedido de voltar atrás em matéria já decidida ou julgada, com a ocorrência da preclusão para o juízo. O aspecto mais importante das preclusões de questões, constitucionais ou legais, é que as mesmas não têm uma previsão legal determinada, sendo um fenômeno processual que poderá surgir tanto de direito processual como substancial. Na realidade, segundo Joaquín Silguero Estagnan, “a existência da preclusão se discute desde o momento em que afeta a própria concepção do processo civil”<sup>413</sup>.

O acórdão em análise tem como fundamento para o voto da relatora, os precedentes nos itens 2 e 3 do julgado, tendo a preclusão consumativa citada: “[...] ressuscita matéria preclusa” e “[...] antes que a preclusão da matéria”, tornado-se base sólida no pronunciamento do voto. Na dicção de Didier Jr. e outros, “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”<sup>414</sup>.

A preclusão nesse caso funciona como princípio jurídico que, aplicado ao caso concreto, permite que seja articulado em outros casos análogos, tornando efetivo nos tribunais superiores, o instituto da preclusão como técnica também apta a solucionar as questões de ordem constitucional. Sendo que, ao funcionar como princípio, pode-se considerar como a *ratio decidendi* do julgado, segundo entendimento da doutrina neste aspecto.

<sup>411</sup> RE 593.594 – AgR / DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Relatório, p. 2352. STF: 2009.

<sup>412</sup> ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 15: “Desde una perspectiva más amplia, la preclusión presenta una utilidad indudable en orden a la mejora de la eficiencia del proceso y, em especial, conlleva la necesidad de analizar si las cuestiones de hecho y aun los fundamentos de derecho utilizados por las partes, deben suponer o no alguna limitación para el ejercicio posterior y reiterativo de sus facultades procesales, constituye el principal reto al que se enfrenta este género de preclusión”.

<sup>413</sup> *Ibidem*. p. 93.

<sup>414</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2. p. 381.

No magistério de Didier Jr. e outros, pode-se captar a *ratio decidendi*, como o princípio legal estabelecido sobre os fatos da causa que o juiz considera necessário para o seu julgamento, ou ainda, “a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*”<sup>415</sup>. Razão de decidir são os fundamentos da decisão judicial, tido como os argumentos de direito invocados pelo julgador em sua decisão. “[...] a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto”<sup>416</sup>. É na realidade a essência da tese jurídica que decide o caso concreto.

A aplicação da tese jurídica da preclusão pode-se exemplificar nos seguintes julgados:

1) RELATOR: Hamilton Carvalhido – ‘É defeso, também, em sede de agravo de instrumento, suprir a deficiência do recurso especial, sobre o qual já se operou a preclusão consumativa’<sup>417</sup>.

2) RELATOR: MINISTRO Sidnei Beneti - ‘No sistema recursal brasileiro, vigora o cânone da unirecorribilidade. Desta forma, manejados dois recursos pela mesma parte contra uma única decisão, a preclusão consumativa impede o exame do que tenha sido protocolizado por último’<sup>418</sup>.

3) MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator): ‘O Tribunal de origem não conheceu do primeiro recurso de apelação, sob o argumento de que é inadmissível a interposição da petição de recurso de apelação apartado de suas razões, e não conheceu do segundo, ao fundamento de que houve preclusão consumativa, a considerar a interposição do primeiro recurso de apelação’<sup>419</sup>.

Os exemplos colacionados são suficientes, para considerar a preclusão consumativa como tese jurídica, ou seja, princípio norteador que pressupõe a *ratio decidendi* e tido como os argumentos de direito invocados pelo julgador em sua decisão.

Com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a relatora foi buscar como precedente o julgado que fundamentaria sua tese, ao negar seguimento ao recurso. Fica patente a posição da relatora de não admitir questões constitucionais surgidas em decisão de segundo grau, por ter se operado a preclusão consumativa.

<sup>415</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2. p. 381.

<sup>416</sup>*Ibidem*. p. 381.

<sup>417</sup>AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.159.876 - DF (2009/0035482-4).

<sup>418</sup>EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.127.348 - DF (2009/0119610-2) Em: (AgRg na SLS 799/SP, Corte Especial, Min. Humberto Gomes de Barros, DJe de 7/8/2008).

<sup>419</sup>AgRg nos EDcl no Agravo de Instrumento nº 968.384 – RJ (2007/0247836-4).

#### 5.4 Preclusão em recurso especial e extraordinário

Comprovando a incidência da preclusão consumativa nas instâncias superiores, analisam-se, embargos infringentes e recurso especial, com interposição simultânea, tendo como relatora a Min. Eliana Calmon:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES E RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA, ARTS. 498 E 530 DO CPC. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. NOVO ESPECIAL CONTRA ACÓRDÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO DE RECORRER EXERCIDO. PRECLUSÃO CONSUMANTIVA<sup>420</sup>.

Consoante o voto da Ministra Eliana Calmon (Relatora), ela deixa de conhecer o primeiro recurso por ter sido interposto prematuramente, isto é, “antes do esgotamento da instância ordinária”, com fundamento na Súmula 281 do STF, que prevê; “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”<sup>421</sup>.

Em relação ao segundo recurso especial interposto contra o acórdão proferido nos embargos infringentes, ela afirma: “observo que ocorreu a preclusão consumativa, na medida em que, a recorrente exerceu o seu direito de recorrer quando, embora prematuramente, interpôs o primeiro recurso especial”. Na fundamentação de sua decisão ela destaca o precedente em AgRg no Ag 306.851/DF, Relator: Franciulli Neto, no qual ressalta-se o seguinte argumento: “Em face da similitude dos fundamentos recursais, **o direito de recorrer da agravante se exauriu com a interposição do primeiro recurso. Dessarte, o advento do segundo demonstra a ocorrência da denominada preclusão consumativa**”<sup>422</sup> (destaque da relatora).

Prosseguindo, a relatora assiná-la: “De igual forma, mais recentemente a 2ª Turma assim se posicionou ao julgar situação semelhante a destes autos, conforme voto condutor da lavra do Senhor Ministro Castro Meira”, em seguida colaciona o julgado REsp 969.086/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 22/04/2008, Dje 08/05/2008, no qual se destaca o item 3. “**Ocorrência de preclusão consumativa no que tange ao segundo recurso especial, apresentado pela mesma parte após o julgamento dos infringentes**”<sup>423</sup> (destaque da relatora).

<sup>420</sup>Recurso Especial nº 1.122.766 – PR (2009/0123042-2).

<sup>421</sup>Recurso Especial nº 1.122.766 – PR (2009/0123042-2).

<sup>422</sup>AgRg no Ag 306.851/DF.

<sup>423</sup>REsp 969.086/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma.

O resumo do Recurso Especial julgado nos termos do voto da relatora Ministra Eliana Calmon, demonstra de forma cabal a incidência nos julgados dos tribunais superiores, do fenômeno da preclusão consumativa como a de maior ocorrência, não só pelos números já apresentados, mas também pela qualidade dos argumentos deduzidos pelos senhores ministros.

Em um agravo regimental no recurso extraordinário 379.215-6 de São Paulo, é interposto em face de decisão monocrática de Relator em âmbito dos próprios tribunais. Não é recurso previsto no art. 496 do CPC, na regra da taxatividade recursal, no entanto, é previsto nos regimentos internos dos tribunais estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. No caso em análise o Relator Ministro Eros Grau, negou o provimento ao agravo dentro das atribuições do Relator previstas no inciso IX, do Art. 21 do RISTF, que tem a seguinte redação: “julgar prejudicado pedido ou recurso que haja perdido o objeto”<sup>424</sup>.

Na Ementa há que se destacar: Prejudicialidade do RE. Preclusão Lógica. No voto do Ministro Relator ele é enfático quanto à prejudicialidade, visto que, foram interpostos simultaneamente os embargos infringentes e o recurso extraordinário e no item 2 do seu voto *in fine*, aduz: “Em outras palavras, com o provimento dos embargos infringentes houve preclusão lógica, inviabilizando o exame do recurso extraordinário”.

Assiste razões ao Ministro Relator ao constatar a incidência da preclusão lógica, o que afasta de imediato a pretensão do requerente confirmada pelo acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator<sup>425</sup>.

Em embargo de declaração no agravo regimental de um recurso especial nº 888.998 – ES (2006/0208682-3) verifica-se a incidência da preclusão temporal. Aliás, ocorre, com bastante frequência, a preclusão temporal por intempestividade que no sistema recursal é regra no juízo de admissibilidade e segundo ensina Nelson Nery Junior:

O recurso, para ser admissível, deve ser interposto dentro de prazo fixado em lei. Não sendo exercido o poder de recorrer dentro daquele prazo, se operará a preclusão e, via de consequência, formar-se-á a coisa julgada. Trata-se, no caso, de preclusão temporal<sup>426</sup>.

<sup>424</sup> Preclusão lógica Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 379.215-6. São Paulo.

<sup>425</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Eros Grau. Brasília, 26 de abril de 2005.

<sup>426</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. atual. ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 339.

No Acórdão em análise cujo Relator foi o Ministro Humberto Martins, verifica-se a eficácia da preclusão temporal, visto que, não existem delongas e possibilidades de rediscutir a questão preclusa. Uma vez constatada a intempestividade a decisão será conseqüentemente o de não acolhimento do recurso, mesmo que outras questões possam ser levadas em consideração no Acórdão, no embasamento do *decisum*. No item 3, do Acórdão em análise o Ministro Relator assim se expressou:

Fica patente a pretensão infringente almejada pela embargante, com a oposição destes embargos declaratórios, uma vez que se evidencia in casu, preclusão temporal, pois o ora embargante perdeu a faculdade processual de indicar, em contra-razões na origem, a suposta intempestividade do recurso da parte ex adversa<sup>427</sup>.

Da exposição dos casos estudados e analisados, dentro da pesquisa realizada como já dito, deteve-se exclusivamente em alguns exemplos na análise qualitativa dos julgados, com o fito de demonstrar a importância que tem a preclusão nas suas três modalidades. Este destaque feito do instituto da preclusão, sem almejar nenhuma comparação com os demais institutos processuais, funciona como princípio norteador e como técnica, utilizada nas decisões dos Tribunais Superiores, com a implicação de fazer coisa julgada. Deste último aspecto, extrai-se toda a discussão do item posterior pela importância que tem a coisa julgada na prestação da tutela jurisdicional.

### **5.5 Preclusão e coisa julgada no âmbito dos tribunais**

Retoma-se a exposição do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 593.594-9 Distrito Federal, para se discutir a “preclusão e a coisa julgada no âmbito dos tribunais”, aproveitando os fundamentos expendidos pela Ministra Relatora. No item 3, do julgado cotejado pela Ministra, tem-se a seguinte narrativa:

Ademais, na hipótese que é a do caso – em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, constitui fundamento bastante da decisão da causa e não foi impugnada mediante recurso extraordinário, antes que a preclusão da matéria, é a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial<sup>428</sup> (grifo nosso).

O Ministro Sepúlveda Pertence, ao articular: “antes que a preclusão da matéria, é a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial”, coloca o desafio de se entender

<sup>427</sup>Edcl no AgRg no recurso especial nº 888.998 – ES (2006/0208682-3).

<sup>428</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 593.594 – AgR / DF. Relatora: Cármen Lúcia. Relatório. p. 2350, 2009.

o que vem antes e o depois da decisão. Isto porque, não é pacífica na doutrina, a posição esboçada quanto à eficácia da coisa julgada sem a preclusão da matéria. Ou seja, que uma anteceda a outra, sendo questionável se os dois efeitos não se operam no mesmo momento.

No entendimento de Tereza Wambier e José Medina, a coisa julgada:

É instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isto, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente (grifo nosso)<sup>429</sup>.

O conceito esposado pelos autores coloca o instituto da Coisa Julgada como complemento do instituto da preclusão. Pois a imutabilidade da sentença está configurada na preclusão, cujos efeitos dão substância a coisa julgada material. Sendo o entendimento de Ada Pellegrini Grinover de que: “a coisa julgada traz consigo, inclusive como forma de assegurar o resultado prático e concreto do processo, o impedimento à rediscussão do que foi discutido na fase cognitiva”<sup>430</sup>, isto é, a preclusão consumativa.

É importante acompanhar o movimento de renovação do Código de Processo Civil, com relação à sentença, que segundo o Prof. Sergio Torres: “Para compreender a extensão de tais alterações, entretanto, torna-se necessário proceder ao estudo da morfologia da sentença judicial e, em seguida, examinar as diretrizes da chamada classificação quinaria”<sup>431</sup>. E, em seguida o autor destaca a importância desta compreensão, aduzindo:

A sentença proferida ao final da etapa processual de cognição revela uma função jurídica básica: compor a lide, ou seja, solucionar a contenda através da definição da norma abstrata aplicável ao caso *sub iudice*, traduzindo a vontade do ordenamento jurídico mediante um enunciado dirigido aos litigantes, estipulando uma norma jurídica individualizada através de um provimento destinado a proporcionar a solução da situação litigiosa<sup>432</sup>.

Sabe-se que, Pontes de Miranda foi um dos defensores da classificação quinaria, por discordar da tradicional classificação meramente declaratória. Mas, no tocante a eficácia da coisa julgada ele preleciona: “A eficácia da coisa julgada é a eficácia da sentença de que não

<sup>429</sup>WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2003. p. 21.

<sup>430</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada**. O Processo: Estudos & Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005. p. 114.

<sup>431</sup>TEIXEIRA, Sérgio Tores. **Evolução do modelo processual brasileiro: o novo perfil da sentença mandamental diante das últimas etapas da reforma processual**. Texto de sala de aula da disciplina: Teoria do Processo do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica, 2010. p. 2.

<sup>432</sup>*Ibidem*. p. 7.

mais se pode recorrer, seja qual for o recurso, ordinário ou extraordinário”<sup>433</sup>. No seu entendimento, a eficácia de coisa julgada material é *plus* em relação às sentenças que não mais estão sujeitas a recurso. Afirmando que “qualquer sentença de eficácia de coisa julgada material, é, necessariamente, sentença de eficácia julgada formal”<sup>434</sup>.

Barbosa Moreira, ao discutir a coisa julgada material como situação dotada de eficácia preclusiva, aponta três situações jurídicas que pressupõem: 1) *desconformidade* com a situação anterior, que ele considera como de eficácia *constitutiva*; 2) *conformidade*, com a situação anterior, cuja eficácia é meramente *declaratória* 3) “Mas há uma terceira categoria, em que a nova situação jurídica *independe da conformidade ou desconformidade* com a anterior; e aí se tem a eficácia *preclusiva*”<sup>435</sup>. Nesta terceira categoria não há que se falar da situação anterior, não importando o que foi decidido, ela ficou para trás e os efeitos produzidos advirão da nova situação. Afirmo o autor: “Opera-se, por assim dizer, uma cisão entre o que passou e o que agora existe, de modo que já não é possível remontar à fonte senão na estrita medida em que o direito positivo, a título excepcional, o permita”<sup>436</sup>.

Com relação à autoridade da coisa julgada, Enrico Tullio Liebman, afirma que se pode considerar os efeitos da sentença em sentido puramente hipotético, “produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso se lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças”<sup>437</sup>. E com esta compreensão ele consolida nos seguintes termos:

O termo tradicional de “coisa julgada” (*Rechtskraft*) poderia e deveria então substituir-se pelo mais preciso de “eficácia da declaração” (*Feststellungswirkung*), que indicaria, pois, o efeito constante de todas as sentenças com o qual podem apresentar-se juntos eventualmente também o efeito constitutivo ou o executório, conforme o tipo de sentença que se considere.

Existem discordâncias do entendimento de Liebman, segundo Pontes de Miranda, a imodificabilidade da sentença é conjugada nos dois aspectos da coisa julgada formal e material. Mas ele aponta: “Casos há de mutabilidade de pressupostos da pretensão, no plano do direito material. [...] A coisa julgada material supõe essa mutabilidade, porque é dentro da

<sup>433</sup> MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo V (Arts. 444 a 475). 3. ed atual. Legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 104.

<sup>434</sup> *Ibidem*. p. 104.

<sup>435</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 242.

<sup>436</sup> *Ibidem*. p. 242.

<sup>437</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença. E outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução posterior à edição de 1945 como novas notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23.

natureza da regra de direito material que ela se deve conter”<sup>438</sup>, mas, “o que é importante é que se ponha por princípio a preclusividade das resoluções judiciais, de modo que só haja exceções a ele, se expressas, ou se ocorre o que a regra jurídica exceptiva prevê”<sup>439</sup>.

A discordância acentua-se no tocante a coisa julgada formal e coisa julgada material. Nisto, a posição de Pontes de Miranda é divergente do afirmado por Liebman, visto que, para ele a força declarativa da sentença ou “indiscutibilidade (preclusão, força formal de coisa julgada) é igual à força ou efeito da coisa julgada material. (Inadmissível a força material de coisa julgada independente da força formal). Sem razão, Enrico Tullio Liebman, na obra citada”<sup>440</sup>.

No mesmo sentido Eduardo Couture afirma: “A coisa julgada formal é um pressuposto da coisa julgada em sentido substancial, já que constitui um antecedente necessário sem o qual não seria possível chegar-se a esta”<sup>441</sup>. E adiante ele complementa: “não pode, por outro lado, existir coisa julgada substancial sem coisa julgada formal, porquanto àquela não se chega sem a preclusão de todos os meios de revisão”<sup>442</sup>.

Afirma ainda, Eduardo Couture, que a coisa julgada é a preclusão máxima e considera que a “eficácia plena da coisa julgada só se obtém quando se haja operado a extinção de todas as possibilidades processuais de revisão da sentença, quer no próprio feito em que foi proferida, quer em qualquer outro feito posterior”. E afirmando sua concepção de coisa julgada formal e material, explicita:

Hoje em dia é possível dizer com relativa precisão que, quando uma sentença já não pode ser objeto de recurso algum, mas admite a possibilidade de modificação em processo posterior, está-se em presença de uma situação de *coisa julgada formal*. E quando à condição de inimpugnabilidade mediante recurso se agrega a de imutabilidade em qualquer outro processo posterior, diz-se que existe coisa julgada material, já que então nada, nem ninguém, poderá modificar, em tempo algum, o decidido<sup>443</sup>.

Numa verificação sucinta da posição dos tribunais, colacionam-se três decisões do STJ, onde se pode extrair o pensamento predominante dos ministros dos tribunais superiores com relação à coisa julgada formal e coisa julgada material. É uma constatação de que se

<sup>438</sup>MIRANDA, Pontes. **Tratado das ações**. Tomo I. Ação, Classificação e eficácia. Atual. Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 318-319.

<sup>439</sup>*Ibidem*. p. 318-319.

<sup>440</sup>MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de Processo civil**. Tomo V (Arts. 444 a 475). 3. ed. atual. Legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 99.

<sup>441</sup>COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 241.

<sup>442</sup>*Ibidem*. p. 241.

<sup>443</sup>*Ibidem*. p. 244.

doutrinariamente existem dúvidas e posições divergentes, no âmbito dos tribunais a coisa julgada tem aqueles atributos da teoria Chiovendiana, com relação à sentença e a coisa julgada. Revisando Chiovenda leciona:

A sentença é unicamente a afirmação ou a negação de uma vontade do Estado de garantia a algum bem da vida no caso concreto; e a isto unicamente pode estender-se a autoridade da coisa julgada; com a sentença se consegue somente a certeza da existência de uma tal vontade, e, portanto, a inatacabilidade do bem reconhecido ou negado<sup>444</sup> (grifo nosso).

Veja-se a afirmação da teoria no presente julgado: AgRg no Agravo de Instrumento Nº 748.864 - RJ (2006/0036677-5) Relator: Paulo de Tarso Sanseverino.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DECISÃO ANTERIOR. IMUTABILIDADE. COISA JULGADA FORMAL.

Extraiu-se da decisão no item 2, o seguinte:

Uma vez decidida a questão, seja ela tema de ordem pública ou não, com o trânsito em julgado da decisão, torna-se ela imutável, com autoridade de **res judicata**. (AgRg no Ag 208556/GO, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 27/04/1999, DJ 14/06/1999 p. 189). 3 - Agravo Regimental Desprovido<sup>445</sup>.

Concordância semelhante encontra-se no EDcl no Recurso Especial Nº 254.236- SP (2000/0032633-0) Relator: Luis Felipe Salomão.

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. MATÉRIA EFETIVAMENTE DECIDIDA NO SANEADOR. PRECLUSÃO. PREQUESTIONAMENTO DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO<sup>446</sup>.

E, o Ministro Luis Felipe Salomão fundamenta no item 1:

Muito embora tratar-se de questão de ordem pública a impenhorabilidade do bem de família, 'existindo decisão anterior, afastando a incidência da Lei nº 8009/90, que transitou em julgado, não é dado ao Judiciário, sob pena de vulneração da coisa julgada formal, proferir novo pronunciamento sobre a mesma matéria<sup>447</sup>.

<sup>444</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. v. I. p. 385.

<sup>445</sup>AgRg no Ag 208556/GO, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 27/04/1999, DJ 14/06/1999 p. 189), 3, p. 1.

<sup>446</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no Recurso Especial nº 254.236- SP (2000/0032633-0), Relator: Luis Felipe Salomão. DJe 08/06/2010 Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14331770/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-254236-sp-2000-0032633-0-stj>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

<sup>447</sup>EDcl no Recurso Especial nº 254.236 - SP (2000/0032633-0). p. 1.

Importante conferir o seguinte julgado pela importância que a Ministra Relatora Eliana Calmon atribui a posição doutrinária como fundamento de sua decisão. No Recurso Especial Nº 1.147.685 - RN (2009/0129055-2) Relatora: Eliana Calmon:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA MATERIAL - ART. 468 DO CPC - MATÉRIA SOBRE A QUAL NÃO HOUE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL - POSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DO TEMA EM PROCESSO DIVERSO. 1. Pedido que, embora deduzido pela parte, não tenha sido decidido pelo órgão julgador fica submetido aos efeitos da coisa julgada formal, nada obstando a rediscussão da matéria em processo diverso. Precedentes. 2. Coisa julgada material supõe que tenha havido decisão de mérito sobre a questão suscitada pela parte. 3. Recurso especial provido<sup>448</sup>.

No seu voto a Ministra Eliana Calmon argumentou: “[...] Antes de adentrar no exame da *quaestio*, convém tecer breves considerações sobre os institutos da coisa julgada formal e da coisa julgada material”<sup>449</sup>. Do escólio de Fredie Didier Jr., colhe-se que:

A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso - seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível. [...] A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual (Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 479)<sup>450</sup>.

A Ministra ressaltando o instituto da coisa julgada material aduz: “Coisa julgada material supõe que tenha havido decisão de mérito sobre a questão suscitada pela parte.

Nesse sentido, confira-se a lição de Humberto Theodoro Junior:

Não se deve contudo, confundir questões implicitamente resolvidas com pedidos não formulados pela parte ou não apreciados pelo juiz, no processo já encerrado. [...] Quando o juiz, por exemplo, num caso de cumulação de pedidos (reintegração de posse e perdas e danos, v.g), deixa de apreciar na sentença a questão da indenização e apenas defere interdito possessório, não é possível falar em julgamento implícito sobre o pedido não examinado. Cada pedido, na verdade, revela uma lide, de sorte que, quando o autor cumula vários deles numa só ação, o que ocorre é ‘o processo com pluralidade de lides’. Se o juiz, por descuido, não resolveu um dos pedidos, a coisa julgada só se estabelecerá sobre a questão decidida. Quanto àquele que não foi apreciado na sentença, ficará livre à parte o direito de renová-lo em outra ação, posto que nosso direito desconhece julgamentos presumidos ou implícitos. Só as premissas da conclusão do julgado é que se têm por decididas, nos termos do art. 474 do CPC (grifei)<sup>451</sup>.

<sup>448</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.147.685 - RN (2009/0129055-2) Relatora: Eliana Calmon, p. 1. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 618.

<sup>449</sup>*Ibidem*.

<sup>450</sup>*Ibidem*.

<sup>451</sup>*Ibidem*.

Com base na posição doutrinária esboçada e após a colação de julgados precedentes na mesma direção, a Ministra Eliana Calmon pronuncia o seu voto: “Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Juízo de 1º Grau para exame em torno da incidência da taxa SELIC. É o voto”<sup>452</sup>. Fica evidente que nas Instâncias Superiores, o instituto da coisa julgada está sedimentado na teoria de Chiovenda que se põe de acordo com parcela significativa da doutrina brasileira.

Apesar do posicionamento acima exposto, a posição doutrinária como se verifica não é pacífica quanto ao instituto da coisa julgada formal e material. Fernando Rubin apoiado doutrinariamente em vozes como Moniz de Aragão, Humberto Theodoro Jr., Celso Barbi, assegura que na realidade a coisa julgada formal é o fenômeno da preclusão, com a peculiaridade de estar relacionado somente ao ato que extingue o processo. E adiante, “afigura-se, pois, impreciso que haja possibilidade de, em uma decisão final que não seja de mérito (“sentença terminativa”), restar corporificada uma espécie de ‘coisa julgada’ (a formal); sendo melhor, tecnicamente, falar-se em aplicação, *in casu*, tão somente da figura da preclusão”<sup>453</sup>.

A polêmica discussão levantada, afigura-se bastante difícil para uma tomada de posição entre negar a autoridade da coisa julgada, como Liebman, reduzindo-a em simples elemento que se aditiva a imutabilidade da sentença e, de outra, a posição acima exposta por Fernando Rubin, equiparando a coisa julgada formal, à preclusão máxima no dizer de Eduardo Couture. No entanto, no Acórdão analisado do RE 593.594 –AgR / DF, p. 2350, da afirmação do Ministro Sepúlveda Pertence, da coisa julgada material anteceder ao fenômeno preclusivo, *data vênia*, considera-se equivocado este posicionamento, visto que, se houve sentença, há preclusão consumativa anterior a coisa julgada da matéria.

É de suma importância considerar algumas definições de processualistas atuais, que firmam posição conceitual, acentuando a posição clássica do instituto da coisa julgada. Fredie Didier Jr. e outros expõem uma conceituação mais política do que jurídica, assim expressando:

A coisa julgada é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito, encontrando consagração expressa, em nosso ordenamento, no art. 5º, XXXVI, CF. Garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo

<sup>452</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.147.685 - RN (2009/0129055-2) Relatora: Eliana Calmon, p. 8. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9272205/recurso-especial-resp-1147685-rn-2009-0129055-2-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 07. dez. 2010.

<sup>453</sup>RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 72-73.

ser rediscutida, alterada ou desrespeitada – seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário<sup>454</sup>.

Segundo o ensinamento de Couture os pontos principais a serem abordados pela questão da coisa julgada, estão fundamentalmente em sua natureza e o dos seus limites. No entanto, “Quando se diz que a coisa julgada é uma presunção de verdade, dá-se uma razão de caráter social, político ou, pelo menos, técnico que explica o argumento de que teve de se valer o sistema de direito para tornar indiscutíveis as sentenças executórias”<sup>455</sup>. Manifestando uma quase preocupação com tormentosa questão, Pontes de Miranda afirma o reconhecimento da coisa julgada formal e o da coisa julgada material como “acertadíssimos”. E adianta o doutrinador: “Seria fonte de perturbações lamentáveis que se pudesse, sem prazo preclusivo, volver a discutir o que foi julgado sem mais haver recurso, mesmo em outro processo”<sup>456</sup>.

Encaminha-se, como se pode notar, a discussão para as questões decididas por sentença e as incidentais atingidas pela preclusão as quais teriam repercussão em processos futuros, com a extensão *panprocessual*. Fernando Rubin assegura que existe incongruência na expressão *coisa julgada formal*, no seu entendimento, “se o ato do juiz não encaminha a fazer cessar a incerteza sobre a norma aplicável ao caso concreto, teríamos uma providência que não substancialmente uma sentença”<sup>457</sup>. Com fundamento em Egas Moniz de Aragão,<sup>458</sup> ele afirma que: “A denominação ‘coisa julgada formal’ chega a ser contraditória; se a coisa – res – está julgada e por isso se fala em ‘*res judicata*’ (coisa julgada), é inadmissível empregar essa locução para designar fenômeno de outra natureza, correspondente a pronunciamento que não contém o julgamento da ‘res’”<sup>459</sup>.

Esquece o autor Fernando Rubin de que a sentença, que não seja mandamental ou executiva, ao ser prolatada tem um conteúdo declarativo, a qual estará submetida a todo o sistema recursal estudado nesta monografia, além das ações impugnativas todas direcionadas aos tribunais. Discute-se não o conteúdo declarativo, mas os efeitos, visto que, como vaticina Pontes de Miranda: “Em estado praticamente puro, a sentença declarativa, antes de passar em

<sup>454</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2. p. 407-408.

<sup>455</sup>COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 228.

<sup>456</sup>MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo V (Arts. 444 a 475). 3. ed. atual. Legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 100.

<sup>457</sup>RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73.

<sup>458</sup>ARAGÃO, E. D. Moniz. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. p. 219.

<sup>459</sup>RUBIN, Fernando. *op. cit.* p. 73.

julgado, não tem nenhuma força”<sup>460</sup>. E afirmando seu ponto de vista com relação à coisa julgada e a sentença, Pontes de Miranda ensina:

A eficácia de coisa julgada é a eficácia da sentença de que não mais se pode recorrer. Seja qual for o recurso, ordinário ou extraordinário. Se noutra ação não mais se pode discutir e mudar a eficácia de coisa julgada, salvo em ação rescisória, a eficácia de coisa julgada é eficácia de coisa julgada *material*, que é *plus* em relação às sentenças que não mais são sujeitas a recurso, ordinário ou extraordinário, ou nunca o foram. Tal eficácia de sentença é de coisa julgada *formal*. Mas qualquer sentença, com eficácia de coisa julgada material, é, necessariamente, sentença de eficácia de coisa julgada formal. Porque a materialidade eficaz é *plus*<sup>461</sup>.

Examinadas assim as dificuldades apontadas, constata-se que o entendimento é variável entre os autores. Ovídio Batista, afirma que “um dos resultados mais fecundos e promissores para a ciência processual, na obra de Pontes de Miranda, é o que diz respeito a seu sistema de classificação de ações e sentenças”. Ele destaca “os inúmeros efeitos que a sentença pode produzir em relação às partes”<sup>462</sup> e, a partir deste ponto de vista, não considera o aspecto ressaltado por Pontes de Miranda quanto à coisa julgada Formal, expondo uma posição que gera ambiguidades ao aproximar sua concepção de Liebman e Carnelutti<sup>463</sup>. Mesmo não se convencendo inicialmente, faz-se necessário examinar o que questiona Enrico Tullio Liebman sobre a **eficácia e autoridade da sentença**. Afirma ele:

Não se pode, pois, duvidar de que a eficácia jurídica da sentença se possa e deva distinguir da autoridade da coisa julgada; e nesse sentido é certamente de acolher a distinção formulada por CARNELUTTI entre imperatividade e imutabilidade da sentença, porque é esta imperativa e produz todos os seus efeitos ainda antes e independentemente do fato da sua passagem em julgado<sup>464</sup>.

E, Liebman questiona a doutrina unânime, afirmando que: “a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença”<sup>465</sup>, para ele a coisa julgada serve para evitar “em processo novo uma segunda sentença eventualmente contraditória”<sup>466</sup>. Também que a obrigatoriedade da sentença tenha o efeito de direito adquirido, irrevogável, sendo que: “A autoridade da coisa julgada não impede somente a reprodução da ação, mas ainda qualquer juízo diferente sobre a

<sup>460</sup>MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo V (Arts. 444 a 475). 3. ed. atual. Legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 101.

<sup>461</sup>*Ibidem*. p. 101.

<sup>462</sup>*Ibidem*. p. 101.

<sup>463</sup>SILVA, Ovídio A. Baptista. **Sentença e coisa julgada**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 201-220.

<sup>464</sup>LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. De Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 40.

<sup>465</sup>*Ibidem*. p. 42; 48.

<sup>466</sup>*Ibidem*. p. 48.

mesma relação, embora simplesmente deduzida em processo novo por via meramente prejudicial”<sup>467</sup>.

Referendando o pensamento de Liebman, Ovídio Batista afirma: “que a coisa julgada não é uma eficácia da sentença, mas uma qualidade que aos efeitos se ajunta para torná-los imutáveis”<sup>468</sup>. Para o autor: “O fenômeno jurídico-processual que nunca atinge os terceiros é a imutabilidade do que foi declarado pelo juiz”<sup>469</sup>, as partes podem até transacionar sobre a declaração contida na sentença, no entanto: “nem os juízes dos futuros processos poderão modificar ou sequer, reapreciar essa declaração. A isso se dá o nome de **coisa julgada material**”<sup>470</sup> (destaque nosso).

Ver-se, portanto, que existem divergências quanto à formulação feita por Chiovenda acerca da coisa julgada formal e material. Liebman leciona que sendo pacífica a natureza jurisdicional do processo de execução, o pronunciamento da sentença adquire imutabilidade característica da sentença, no entanto, não se distingue como, no processo de conhecimento, a coisa julgada para o processo (formal), da coisa julgada sobre o mérito (coisa julgada material)<sup>471</sup>.

A proposta de Fernando Rubin é no sentido de definir níveis de eficácia do julgado, onde se teria a preclusão de instância, com imperatividade para a execução provisória; a preclusão em sentido próprio – a cobrir a decisão judicial não mais passível de qualquer recurso e um terceiro nível da “coisa julgada material – definitividade, que justifica a execução definitiva, quando, à preclusão em sentido próprio, se acrescenta o fato de se tratar da decisão judicial final e de mérito (sentença definitiva)”<sup>472</sup>.

Existe na posição do autor pontos de convergência com a esboçada por Chiovenda, tornando necessário citar o processualista peninsular pela clareza quase didática que no seu ensinamento, expõe:

Esta preclusão opera em dois momentos. Com anterioridade à sentença do juiz, opera mediante a fixação de um ponto até o que é possível, e mais além do qual não o é, introduzir novos elementos de conhecimento, propor novas petições e exceções. Este é o ponto em que o juiz declara encerrada a discussão do juízo com a fórmula <concluso para sentença>; a sentença do juiz, ainda acordada e publicada muito depois deste momento, se refere normalmente ao estado do juízo naquele momento

<sup>467</sup>LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. De Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 48.

<sup>468</sup>SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Sentença e coisa julgada; ensaios**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 98.

<sup>469</sup>*Ibidem*. p. 98.

<sup>470</sup>*Ibidem*. p. 114-115.

<sup>471</sup>LIEBMAN, Enrico Tullio. *op. cit.* p. 56.

<sup>472</sup>RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 75-76.

mesmo. Depois da sentença a preclusão opera mediante a fixação de um termo para as impugnações admitidas contra a sentença. E de igual maneira, sucessivamente, no juízo posterior de impugnação e depois de pronunciada a sentença deste. De maneira que a preclusão definitiva das questões alegadas ( ou que possam alegar) se produz quando no processo se haja obtido uma sentença que não está submetida a nenhuma impugnação. Esta se chama sentença passada em autoridade de coisa julgada. (coisa julgada em sentido formal)<sup>473</sup>.

Após a declaração do juiz “concluso para sentença”, precluem todas as possibilidades de introdução de novos elementos. Depois da sentença, a preclusão fixa os prazos para impugnações admitidas contra a sentença e isto se reproduz nos juízos superiores até se obter uma sentença não mais sujeita a nenhuma impugnação. E a coisa julgada formal na teoria chiovendiana, dá-se justamente, quando a sentença adquire a autoridade de coisa julgada.

É esta autoridade de coisa julgada com a eficácia preclusiva que adquire a imutabilidade e indiscutibilidade. Pontes de Miranda assinala: “A coisa julgada torna imutável a sentença, no seu conteúdo, que pode ser limitado no tempo e no espaço”<sup>474</sup>, isto é, se a declaração será a cada mês ou ano, contém maior ou menor extensão ou o direito que se irá produzir em determinado lugar, portanto, são os limites do fenômeno preclusivo de tempo e de espaço. Quanto ao segundo elemento Pontes de Miranda assevera:

Não pode mais haver controvérsia a respeito do que consta da sentença, de modo que nenhuma ação pode ser proposta para outra solução, ou para outras soluções. Contra a *res iudicata* somente pode ocorrer que haja algum pressuposto para a propositura da ação rescisória (art. 485), dentro do prazo preclusivo (art. 495)<sup>475</sup>.

Fica patente na discussão travada na doutrina, quanto à posição de CHIOVENDA, com influência decisiva nos julgados das instâncias superiores. A doutrina a partir de Liebman com fundamento em Carnelutti, não admite a autoridade da coisa julgada atribuindo a imutabilidade e indiscutibilidade à sentença como característica desta e não do instituto da coisa julgada, que segundo Fredie Didier Jr. e outros, no conceito de coisa julgada material aduzem:

A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual<sup>476</sup>.

<sup>473</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. v. I. p. 385-386.

<sup>474</sup>MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 116.

<sup>475</sup>*Ibidem*. p. 116.

<sup>476</sup>DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2. p. 409.

A eficácia preclusiva da coisa julgada ultrapassa os limites estabelecidos neste estudo, por ser de abrangência superior à proposta em análise. Fica assente que apesar das divergências doutrinárias, as decisões dos tribunais superiores são pacíficas em relação aos dois aspectos da coisa julgada: forma e material. Não se pode deixar de considerar que o próprio Código de Processo Civil, sob a influência de Liebman, faz constar no art. 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”<sup>477</sup>. Mas, fica demonstrado que se alarga o âmbito da coisa julgada nos tribunais superiores, justamente por ser pronunciamento em última instância caracterizando a sentença transitada em julgado, ou contendo a coisa julgada material e formal.

---

<sup>477</sup>DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2. p. 409.

## CONCLUSÕES

O estudo empreendido nesta dissertação teve como finalidade chamar atenção dos estudiosos do Direito Processual Civil, para a importância do fenômeno da preclusão, como princípio e técnica utilizada com profusão nos julgados a partir do momento inicial da demanda pela parte autora, indo até as instâncias superiores. Demonstrou-se pela pesquisa bibliográfica a atualização do tema, inclusive nos dois sistemas processuais considerado, isto é, do *common law* e do *civil law*, utilizando-se as expressões em uso pelos processualistas, e, pela pesquisa jurisprudencial via internet a incidência do fenômeno preclusivo nos julgados, especialmente do: Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

A caracterização da preclusão como fenômeno processual, apresentada com fundamentação em alguns pensadores de referência no estudo fenomenológico, ficou consignado o fenômeno preclusivo como existente na realidade do processo, mas com uma qualidade distintiva fundamental, de não se permitir uma apropriação a não ser pela categorização limitativa própria do ser humano, ao trabalhar com os aspectos temporais, seja no momento dado, seja no decorrer de um tempo cronológico mensurado em eras, milênios, séculos, anos, meses, semanas, dias, horas e no processo às vezes minuto a minuto.

Compreendida a preclusão como fenômeno processual, passou-se ao entendimento de categorizá-la como princípio norma, acompanhando a marcha processual, respeitado o contraditório e a ampla defesa, o princípio se impõe como norma, onde as partes e o juiz ficarão submetidos ao procedimento estabelecido sempre normatizados pela preclusão, que impõe a celeridade e segurança ao processo.

Pela exposição doutrinária dos diversos autores estudados, adotou-se a noção de princípio como norma, por considerar que para o Direito, de caráter essencialmente normativo, o princípio é cogente, de ordem pública sem, no entanto, ser exclusivo. Sua extensão se permite a convivência com opostos sem ser contraditório, mas complementar, de uma completude ideal na integração de normas e regras do sistema processual e do Direito.

Na questão da morfologia da preclusão, seguindo orientação panorâmica da doutrina, constatou-se que nos últimos anos foram publicados no Brasil cerca de dez trabalhos monográficos todos referentes à preclusão. São dissertações arrojadas com ideias novas, confrontações interessantes que certamente foram aproveitadas como referência naqueles aspectos diretamente pertinente ao tema da presente dissertação. Não se pode deixar de

reconhecer que o esforço desses processualistas vem contribuir para o desenvolvimento e modernização do processo com os estudos empreendidos sobre o fenômeno da preclusão.

Nesta perspectiva revisitou-se a teoria de CHIOVENDA, esboçando no que toca ao fenômeno da preclusão: quanto à faculdades das atividades das partes no processo, nas modalidades das preclusões temporais, lógicas e consumativas; as preclusões de questões decididas no processo, com a conseqüente preclusão para o juiz e a preclusão e a coisa julgada. Opta-se pela a teoria chiovendiana e pelas constatações feitas a conclusão é de que permanece ainda inalterada a sistematização elaborada pelo processualista peninsular, sendo que algumas teorias mais recentes apontam para nova concepção de preclusão extrapolando o âmbito do processo, isto é, deixando de ser considerada só no aspecto endoprocessual.

O panorama doutrinário da preclusão como faculdade das partes e preclusão de questões confirmaram a importância do fenômeno preclusivo como fator de efetividade processual, seja como instituto, seja como princípio ou técnica disciplinando a participação das partes no processo, reforçando os princípios da economia processual, da eventualidade, do contraditório e da ampla defesa. Fortaleceu-se neste *iter* processual, a posição do juiz condutor do processo, assim como, sua responsabilidade na atividade judicante podendo a preclusão atingir os seus poderes de decidir questões já decididas no âmbito do mesmo processo.

Ficou consignado a utilização da preclusão em situações previstas legalmente e outras que surgem no decorrer do processo em sua marcha para frente até a entrega definitiva da tutela jurisdicional demandada em juízo. Constatou-se que a preclusão busca otimizar os recursos processuais exigindo que os atos do processo se executem conforme determinadas regras de forma e de tempo. Sendo este aspecto que proporciona ao processo maior segurança jurídica não somente a parte que exercita suas faculdades processuais, assim como, a parte contrária de não ser surpreendida por uma alegação tardia ou um exercício reiterado da mesma faculdade processual.<sup>478</sup>

De forma explanativa, apresentou-se a teoria hoje aceita por diversos processualistas dos efeitos do fenômeno preclusivo para fora do processo, que alguns denominam de panprocessual, outros, extraprocessual e o espanhol Estagnan a intitula de preclusão excluyente. A ideia como se verificou foi lembrada por CHIOVENDA ao tratar da eficácia preclusiva da coisa julgada, assim como, a preclusividade de questões para fora do processo.

---

<sup>478</sup>Cf. ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 18.

Nos exemplos fornecidos do *common law*, nos Estados Unidos da tanto a “*claim preclusion*” como a “*issue preclusion*”, tem seus efeitos preclusivos para fora, em outros processos.

A constitucionalização do processo, hoje consensualmente aceita pela maioria da doutrina, tem nos direitos fundamentais processuais, preenchidos pelas normas constitucionais, notadamente, pelos direitos fundamentais. É a força da Constituição Federal impondo princípios e regras para tornar o processo mais efetivo, assegurando aos jurisdicionados o direito garantido constitucionalmente. De forma exemplificativa foram fornecidas as normas processuais que informam o processo dando uma conotação antes não existente antes das reformas absorvidas pelo texto constitucional.

Ao clamor da sociedade por uma tutela jurisdicional com razoável duração, acabando de vez com a morosidade perniciosa, foi visto a EC nº 45/2004, com as diversas modificações no aparelho do judiciário, assim como, no instrumento processo. A tutela jurisdicional agora terá que ser efetiva, correspondendo a este desiderato da processualística constitucional.

Para não avançar de forma desenfreada sem medir os passos da devida aceleração que deve ter o processo, se antepôs a expressão “*celeridade versus segurança*” e com isto alçando o instituto da preclusão através da técnica efetiva, como elemento fundamental para prestação da tutela jurisdicional com celeridade e segurança que ao invés de se contraporem formam valores conexos proporcionando a efetividade jurisdicional desejada.

Ficou patente a ocorrência da preclusão nos julgados das instâncias superiores como princípio e técnica de efetividade na prestação da tutela jurisdicional. Pela pesquisa feita, os dados fornecidos quantitativos e qualitativamente analisados em diversas ações de competência originária dos tribunais superiores, assim como recursos de agravo, especial e extraordinário, onde a preclusão acontece de forma constante, sendo utilizada compondo precedentes para diversos julgados.

Portanto, fica o desafio para os processualistas, o aprofundamento das questões abordadas nesta dissertação, no sentido de contribuir para que o processo possa se tornar efetivo, e a prestação da tutela jurisdicional possam atingir a meta constitucional de razoável duração do processo, hoje um compromisso de todos com a efetivação do instrumento processual que conta com esta excelente ferramenta técnica e de princípio processual no fenômeno da preclusão.

Propõe-se como necessário a quebra de paradigmas, para se alcançar o movimento transformador da sociedade contemporânea. Demandas de natureza crítica, individual ou coletiva, colocadas de forma mais radical na defesa dos direitos humanos. Os direitos

fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988 passam de substanciais a processuais e vice versa, não se diferenciam. E no processo as normas são constitucionalizadas ganhando força de direito a ser exercido pela sociedade.

É na garantia dos direitos fundamentais que se funda a lei processual. Ela está ancorada na Constituição mais do que nunca e precisa ter respostas á altura deste Direito. A prestação jurisdicional justa, célere e tempestiva, faz parte do instrumental do processo para cumprir os ditames constitucionais. A positivação da razoável duração do processo, como estudada, aponta para a busca constante de soluções endoprocessuais, de princípios, institutos e técnicas adequadas à efetivação do Direito Processual.

Considera-se, como questionado por doutrinadores neste estudo, que as soluções alternativas de controvérsias, não representam o desejo do jurisdicionado que procura o Poder Judiciário, sejam àquelas extraprocessuais, a exemplo da arbitragem, mediação e acordo, seja nas judiciais disciplinadas no Código de Processo Civil, proporcionadas pelo próprio juiz ao colocar como solução a conciliação.

Normalmente o que acontece nessas soluções alternativas ou na conciliação judicial, é a disparidade de recursos entre as partes, influenciando a parte mais pobre a fazer o acordo por não reunir elementos que pudessem litigar até conseguir o direito buscado no processo. Além da necessidade imediata da indenização pleiteada e sabendo que não tem recursos para honorários e outras despesas processuais, tudo isto, leva a parte mais sacrificada a conciliar, aceitando o acordo que só aparentemente a beneficia, evitando os custos do processo<sup>479</sup>.

Nesta perspectiva, o que se defende é que o processo seja realmente efetivo e possa se munir de técnicas capazes de instrumentalizá-lo para cumprir a sua função social. A Jurisdição não pode continuar a evitar os litígios, buscando soluções alternativas, ao contrário,

---

<sup>479</sup>FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade: coordenação de tradução Carlos Alberto Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Medina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 125. *In verbis*: “A disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardando o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito. Terceiro, a parte mais pobre pode ser necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória. Aparentemente, o acordo beneficia o autor da ação, permitindo-lhe evitar os custos do processo judicial, mas isso não é verdade. O réu pode calcular as despesas que o autor teria se o caso tivesse ido a julgamento e diminuir sua proposta no valor dessa quantia. O autor muito pobre é uma vítima dos custos do processo, mesmo quando aceita fazer o acordo”.

por determinação constitucional deverá responder pelos poderes e competências dadas, utilizando a Ciência do Direito Processual, como meio para prestação da tutela jurisdicional, com justiça no tempo razoável.

Dentre os vários princípios, institutos e técnicas do processo, a preclusão, nas três modalidades estudadas, contribui para a prestação da tutela jurisdicional de forma segura, concorrendo para que a norma constitucional de razoável duração do processo, possa se efetivar, mudando o cenário atual da ineficiência do Estado juiz.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ALVES, Pedro M. S. **Razão prática, reflexões husserlianas sobre o conceito de norma**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-176, abr./set.2011.
- ALVIM, Arruda. **Alta função jurisdicional do STJ**. Publicado na REPRO 96/37.
- ARAGÃO, E. D. Moniz. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros Ltda, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Direito e processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a.
- \_\_\_\_\_. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b.
- BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. e Notas, Ricardo Rodrigues Gama. Capinas/SP: LZN, 2005.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação rescisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. I.
- CARVALHO, Fabiano. EC N. 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Tereza Arruda, *et al.* (Coord.). **Reforma do judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. v. I.

\_\_\_\_\_. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. v. III.

COLARES, Virgínia. **Direito, produção de sentidos e o “Regime de Liberdade Condicional”**. Texto de sala de aula da disciplina Metodologia da Pesquisa. Recife: Curso de Mestrado em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, 2009.

COLTRO, Alex. **A fenomenologia: um enfoque metodológico para além da modernidade**. São Paulo: Caderno de Pesquisas em Administração, v. 1, n° 11, 1° Trim./2000.

CONDILLAC, Etienne Bonnot de. **Tratado dos sistemas**. Texto original – condillac; “Traité des Systèmes”. trad. Luiz Roberto Monzani. São Paulo: Abril S. A. Cultural e Industrial. Copyriht desta edição, 1973.

COSSIO, Carlos. **La teoria egologica del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DEMO, P. Pesquisa qualitativa. Busca de equilíbrio entre forma e conteúdo. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. Ribeirão Preto, v. 6, n. 2, p. 89-104, abril 1998.

DEPRAZ, Natalie. **Compreender Husserl**. Trad. Fábio dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, José Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronaldo. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Livraria Martins, 2002.

ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2009.

FERRAZ, Cristina. **Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade: Coordenação de tradução Carlos Alberto Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Medina de Medeiros Rós**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONTES, André R. C. **Rudimentos de uma fenomenologia das regras de experiência no Direito**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v. 4, n.1, p. 1-176, abr./set. 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer; rev. da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GARCIA, Jaci Rene Costa. **Fenomenologia do direito**: Investigação sobre a aplicação da matriz fenomenológica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://sites.unifra.br/Portals/35/Artigos/2003/39/fenomenologia.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2010.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada**. O Processo: Estudos & Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005.

GUIMARÃES, Aquilino Côrtes. **Para uma teoria fenomenológica do Direito - III**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v. 4, n.1, p. 1-176, abr./set.2011.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEIDELBERG, Berlin. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1997.

HEIDGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. rev. Márcia Sá Calvacante Schuback. 2. ed. Bragança Paulista: Vozes, 2007.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HOUAISS, Antônio e outros. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Trad. Márcio Suzuki. São Paulo: Ideias & Letras, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad.: Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger, São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEÃO, Emmanuel Carneiro. A perplexidade da presença. *In*: HEIDGGER, Martin. **Ser e tempo**. 2. ed. Trad. Rev. Márcia Sá Calvacante Schuback. Bragança Paulista: Vozes, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. E outros escritos sobre a coisa julgada. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvido Aires. Tradução posterior à edição de 1945 como novas notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. v. 2. 6. ed. rev. atual e ampl. da obra manual do conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTIN, Heidegger. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback, Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Pontes. **Tratado das ações**. Tomo I. Ação, Classificação e eficácia. Atual. Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo V. rev. e atual. Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. atual. ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

NOTARIANO JÚNIOR, Antonio de Padua. Garantia da razoável duração do processo. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *et al.* **Reforma do judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PATTO, Belmiro Jorge. Aspectos da dimensão temporal do Processo Civil nas alterações advindas da EC N.45, de 8 de dezembro de 2004. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *et al.* **Reforma do judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *et al.* **Reforma do judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIMENTEL, Alexandre Freire. O Caráter formal da lógica do processo telemático: Incursões sobre a complexidade do dado-de-fato processual – Cognição e ideologia. *In*: SEVERO NETO, Manoel. **Direito, cidadania & processo**. v. III. Recife Fundação Antônio dos Santos Abranches - FASA. 2006.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RENE, Jaci. **Hermenêutica em seis lições**. Disponível em: <[http://www.unifra.br/.../Aula%20\(completa-texto%20para%20internet\).doc](http://www.unifra.br/.../Aula%20(completa-texto%20para%20internet).doc)>. Acesso em: 22 abr. 2011.

ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Crise cognitiva do processo judicial**. Processualística Sistemática I. Recife: Nossa Livraria, 2008.

ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Recife. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Gilgio. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. **Diritto processuale civile**. 13. ed. Milani, Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 2000.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O Prazo Razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *et al.* **Reforma do judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo. Atlas, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Sentença e coisa julgada**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. São Paulo, 2003.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do Inciso LXXVIII do Art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *et al.* **Reforma do judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. v. 2.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. O princípio da eventualidade no processo civil. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José dos Santos. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sergio Torres. **Evolução do modelo processual brasileiro**: o novo perfil da sentença mandamental diante das últimas etapas da reforma processual. Texto de sala de aula da disciplina: Teoria do Processo do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro: contrastes e confrontos. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). **Reforma do código civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Tempo e processo**. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VALDÉS, Ernesto Garzón Valdés. **Derecho y filosofía**. Tercera Edición. Barcelona, Espanha: Alfa, 1999.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. Recife: Universitária, 1985.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.