

Preclusão elástica¹ no Novo CPC

Zulmar Duarte de Oliveira Junior

Sumário

1. Apresentação. 2. A dimensão temporal do processo. 3. Preclusão. 4. Preclusão elástica no Novo CPC. 5. Virtualidades da elasticidade da preclusão no Novo CPC. 6. Considerações finais.

1. Apresentação

O instituto da preclusão é sem sombra de dúvida um dos temas mais intrincados² e, não por isso, menos estudados no processo civil³, conquanto aparente o consenso doutrinário sobre sua conformação.

Por certo, a dificuldade na perfeita compreensão do fenômeno da preclusão decorre da própria fluidez do seu baldrame, qual seja, o conceito de processo. A nosso ver, conceber o processo como relação jurídica⁴,

¹ Tomamos de empréstimo a expressão empregada por CALAMANDREI, bem que utilizada para outra dimensão do instituto, isto é, para a flexibilização da preclusão das ditas deduções de mérito, na forma dos artigos 183 e 184 do Código de Processo Civil italiano de 1940 (CALAMANDREI, 1999, p. 310-311).

² Sem a pretensão de ser exauriente, podemos lembrar a discussão sobre sua abrangência subjetiva (partes e/ou juiz), sua tríplice configuração, a extensão objetiva (questões processuais, prejudiciais e etc.).

³ Penso que a falta de exame mais profundo sobre a matéria é ligada a suposta e pressuposta concordância sobre seus delineamentos fundamentais.

⁴ "Nunca se há dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal.

situação processual⁵ ou procedimento em

Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica. Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública. La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión” (BÜLOW, 1964, p. 1-2).

⁵ “Puede concebirse el Derecho como un conjunto de imperativos que han de seguir los sometidos a las reglas jurídicas, pero también como una serie de normas que han de ser aplicadas por el juez. Esta última concepción es la adecuada para el Derecho justiciero, y, por consiguiente, para el Derecho procesal civil. Desde este punto de vista, las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente <relaciones jurídicas> (consideración <estática> del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino <situaciones jurídicas> (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra; expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquéllas son derechos en sentido procesal – el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada –, y las últimas – las cargas –, <imperativos del propio interés>, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones. La situación jurídica se diferencia de la relación jurídica no sólo por su contenido, sino también porque depende, no de la <existencia>, sino de la <evidencia> y muy especialmente de la prueba de sus presupuestos. El concepto de la <situación

contraditório⁶, por exemplo, implica em alteração sobre o sentido e alcance do instituto (MAXIMILIANO, 1997, p. 104-105).

Todavía, como o tema, em si, exige incursão, mergulho, de maior fôlego, não permitidos nesta exposição, limitar-nos-emos a trabalhar com as alterações do instituto decorrentes do projeto de Novo Código de Processo Civil (Novo CPC)⁷, sem nos furtar a apresentar proposta de alteração deste.

E aqui indispensável uma advertência, não placitamos a perspectiva de que um instituto possa ser alterado pela pena do legislador, mas sim que esta acaba por desvelar virtualidades daquele até então mascaradas, desconhecidas, mas não preclusas (perdoem o trocadilho).

Efetivamente, o Novo CPC nasce timbrado pela ideologia de aceleração da prestação jurisdicional, norte para o leme de sua Comissão elaboradora.

Nessa perspectiva, a Comissão, limitando o uso do recurso de agravo a situações cirúrgicas, extraiu do corpo procedimental, na mesma incisão, a preclusão das questões decididas no curso do processo em primeiro grau de jurisdição.

jurídica> se debe a Kohler, el cual ve en ella una relación jurídica imperfecta. Pero en todo caso, es un concepto específicamente de derecho procesal, y hasta quizá su concepto fundamental” (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 8-9).

⁶ “Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os ‘interessados’, em contraditório, colhe-mos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato” (FAZZALARI, 2006, p. 33).

⁷ Designaremos o projeto de Novo Código de Processo Civil, tramitando atualmente na Câmara de Deputados tombado pelo número 8046/2010 (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/831805.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2011), com a expressão “Novo CPC”, sendo que, em contrapartida, o atual Código de Processo Civil – lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 –, pelo rótulo “Velho CPC”.

Verdade seja, a opção legislativa redundante no revolvimento da base do instituto, mormente na sua compreensão atual, trazendo consequências sobre sua projeção no ordenamento processual.

2. A dimensão temporal do processo

A rigor, o processo nasce para terminar, vive numa dimensão temporal (Cf. ALVIM, 1997), avançando continuamente em busca do seu produto final, qual seja, a prestação jurisdicional.

Como sói de ser, o processo não é infenso ao tempo – que a tudo e a todos alcança indistintamente –, razão por que aquele se estratifica pelo calendário⁸, comprimido ainda pela necessidade de uma duração razoável (CRFB/88, artigo 5º, inciso LXXVIII) (TUCCI, 1997).

Tome-se, de antemão, se o processo tencionasse durar mais do que o ser humano, passando de geração em geração, o problema da (in)justiça seria agudizado. O sistema busca alternativas de acomodação, entre a necessidade de tempo e a justiça, que há de ser tempestiva.

O próprio conceito empírico de processo, no que não acrescentamos nada de novo, deriva do verbo “proceder”, indicando continuidade, dinâmica, uma série de operações, ainda que díspares, concatenadas temporalmente pela unidade de fim.

Demais disso, a ordem processual no tempo pode ser legal ou discricional, na medida em que se estabeleça ou não encadeamento dos atos processuais legalmente (princípio da ordenação legal *versus* princí-

⁸ “O tempo, como aspecto da natureza ou do mundo, conforme se preferir, não é mais do que expressão de sua contínua mudança, ou seja, da história; exatamente porque a realidade não existe mais do que em mutação, história e realidade se confundem com frequência. A posição de um ato em tal mutação é o que se chama o tempo do ato; a inserção de cada ato na história acontece em um ponto do tempo, ao qual nossa pobre linguagem ainda dá o nome de tempo;” (CARNELUTTI, 2000b, v. 3, p. 594).

pio da ordenação discricional) (MIRANDA, 1996, v. 3, p. 117; COUTURE, 1942, p. 80). A escolha legislativa traz, por conseguinte, o abrigo da preclusão⁹.

Ainda assim, não concordo que a marcha processual, em si, seja ordenada pela preclusão (MARINONI, 2005, p. 607), mas, sim, que esta representa a causa motriz do andamento processual, figurando como grande responsável pela aceleração processual (DINAMARCO, 2002, p. 455), verdadeiro impulso (COUTURE, 1942, p. 80)¹⁰.

Ponto está, nosso ordenamento processual – filiado ao princípio da ordenação legal – regulou minuciosamente a ordem, a sequência e o tempo de realização dos diversos atos que compõe o processo (atos processuais)¹¹. Estes diversos atos, que formam estádios processuais¹², sucedendo em ordem fixa, cada qual destinado a determinadas atividades, desenvolvem-se quase que automaticamente acordos

⁹ “Quando se adota o princípio da ordenação legal – ou se permitem dentro de certo período atos processuais que também poderiam ser de outro, ou só se permitem em determinado ou determinados períodos (*princípio de preclusão*). Então, a parte que não praticou, ou não provocou a prática de algum ato processual, não pode mais fazê-lo. A preclusão pode ser relativa a um ato, ou alguns atos, ou ser ligada a certos períodos em que os atos têm de ser praticados ou provocados (preclusão por período) (MIRANDA, 1996, v. 3, p. 117).

¹⁰ “El ordenado y coherente desarrollo del proceso se obtiene, además que con lós términos, también con las preclusiones” (LIEBMAN, 1980, p. 176).

¹¹ “Levando em consideração a noção de tempo (supra, nº 522), quando se determina o tempo dos atos jurídicos e, especialmente, dos atos processuais, isso acontece para obter uma certa relação entre o cumprimento de um ato e o cumprimento de um ou mais atos e, portanto, para fazer desse modo com que o ato seja inserido em um ponto da história em preferência de outro” (CARNELUTTI, 2000b, vol. 3, p. 595).

¹² “Poder-se-ia sectionar o processo em momentos, comparando-o como uma representação cinematográfica, permitindo traçar no negativo divisões ideais, no qual resultariam unidades de movimento, os momentos processuais” (CARNELUTTI, 2000b, v. 3, p. 20).

com o esquema pré-estabelecido em abstrato.

Aliás, o procedimento estratificado, dividido em fases e estádios processuais, seccionado pelo próprio tempo de realização dos atos, encontra na preclusão sua costura arrematadora¹³. A ideia da marcha procedimental é dominada pela preclusão.

Dito às claras e às secas, a preclusão colmata o processo, impelindo-o ao objetivo final, isto é, a prestação da tutela jurisdicional, assumindo extremo relevo no sistema brasileiro de procedimento rígido (Cf. DINAMARCO, 2002, p. 454).

A bem da verdade, no atual ordenamento processual, a conjugação do impulso oficial com a preclusão, inseridos numa estrutura procedimental rígida, empurra, dinamiza, catalisa, o andamento do processo ao seu estertor¹⁴.

Nessa ampla moldura, o processo consegue dar sua contribuição à vida social, a segurança no gozo dos bens da vida, mediante a declaração definitiva da vontade da lei no caso concreto (ALVIM, 1997, p. 228), alcançada inclusive pelo automatismo preclusional (LACERDA, 1985, p. 159), no que, eliminando expedientes, facilita seu encerramento¹⁵.

¹³ “Constituem-se os prazos processuais e as preclusões em dois aspectos através dos quais se exterioriza a disciplina do tempo no processo, em função da idéia de que o processo deve marchar em direção à sentença, irreversivelmente” (ALVIM, 1997, p. 442).

¹⁴ “A preclusão pode ser considerada um verdadeiro princípio da teoria dos prazos porque ela interfere em toda a dinâmica do andamento processual. Ela é a espinha dorsal do processo, no que respeita ao seu andamento, pois é o instituto através do qual, no processo, se superam os estágios procedimentais, e não deixa de ser também um instituto propulsor da dinâmica processual, na medida em que for acatada pela legislação processual” (ALVIM, 1997, p. 462).

¹⁵ “A tensão inarredável entre a plena realização do direito material com a maior justiça possível, e o rápido e eficiente alcance desse desiderato, sempre presente na história do direito processual, põe no tablado das discussões a necessidade de serem esta-

3. Preclusão

Oportuno se torna dizer, o vocábulo preclusão – do latim *praecludo*, que significa fechar, tapar, encerrar (*forclusion* em francês: *exclusio a foro*) – apareceu no direito medieval romano-canônico.

Já Oskar Bülow (1879, p. 54-56), detido na análise da preclusão, pontuava com clareza que a circunstância do não agir da parte constitui fundamento decisivo para seu prejuízo jurídico. O *non facere*, por si só, é considerado fato processual.

Nada obstante, o tratamento moderno deste conceito, mormente na extensão e importância aceitos atualmente, deve-se a Chiovenda¹⁶, não obstante a influência neste dos estudos procedidos por Bülow¹⁷.

Precisamente, como percucientemente observou CHIOVENDA, todos os processos, em maior ou menor medida, fazem préstimo da preclusão para alcançar o

belecidos limites à liberdade de agir dos litigantes, circunscrevendo-se de conseguinte seus poderes processuais. (...) O desiderato de restringir a liberdade das partes é obtido principalmente pelo instituto da preclusão” (OLIVEIRA, 1997, p. 169).

¹⁶ A maturação do pensamento de CHIOVENDA (1949, p. 223) sobre a matéria atravessou três décadas, iniciando em 1905, no ensaio sobre coisa julgada, coisa julgada e competência, passando pela obra princípios do direito processual civil e pelo ensaio a ideia romana no processo civil moderno e fincando raízes no ensaio coisa julgada e preclusão.

¹⁷ “Apesar de existir em todos os sistemas processuais – pois sem ela seria impossível o andamento e o término dos feitos –, a preclusão esteve durante largos séculos sem conceituação precisa, confundida com outros institutos, principalmente com o da coisa julgada e o da decadência. (...) CHIOVENDA empreendeu uma série de pesquisas sobre a preclusão, sua natureza, fins e efeitos. Isolou o instituto, despiu-o do caráter penal, distinguiu-o da coisa julgada material, caracterizando precisamente os dois conceitos mostrando a natureza, objeto, finalidade e extensão de cada um; por fim, após a fixação do instituto, deu-lhe o nome de preclusão retirado da *poena praeclusi* do direito intermédio – com o qual já se incorporou definitivamente à doutrina, à jurisprudência e à legislação dos povos cultos” (BARBI, 1955, p. 59).

seu final¹⁸, fato reconhecido pela doutrina pátria¹⁹.

Como registro, vale rememorar o conceito galvanizado por CHIOVENDA sobre o tema:

“La preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluso a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o, en general, actos procesales” (CHIOVENDA, 1977, p. 358).

Essa é a grande premissa e coluna em que se apoiou o Código de Processo Civil em vigor – Velho CPC –, para integrar no seu desenvolvimento a preclusão, ainda que sem tratamento sistêmico²⁰. O Velho CPC não apresenta uma disciplina orgânica e sistêmica da preclusão (DINAMARCO, 2002, p. 455), omissão repetida pelo Novo CPC.

¹⁸ “Todo processo, uns mais, outros menos, e da mesma forma o nosso processo, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além desses limites, não se pode usar delas. Empréstei a essa consequência o nome de “preclusão”, extraído de uma expressão das fontes que se empregava, precisamente com o significado que lhe dou “poena praeclusi” do direito comum, ressaltando-se que, no direito moderno, naturalmente se prescinde da idéia de pena. (...) Minhas observações tiveram o propósito e resultado de simplificação e de diferenciação. Proporcionou-me o motivo e o ponto de partida um dos escritores alemães que mais contribuíram para o progresso da ciência processual moderna com um concurso de idéias, não somente novas, senão também sadias, fecundas e propulsivas, refiro-me a Oskar Bulow (...)” (CHIOVENDA, 1998, p. 184-185).

¹⁹ “Se o excesso de preclusões é condenável, porque desumaniza o processo, porque o transforma em máquina de expelir despachos, não é possível, entretanto, bani-las totalmente do direito processual” (LACERDA, 1985, p. 156).

²⁰ Independentemente dos juízos de oportunidade e conveniência, o fato é que o Velho CPC, no que é repetido pelo Novo CPC, não dedicou conjunto coordenado de normas ao instituto da preclusão, sacando-se sua disciplina de normas espaçadas e remissões específicas (artigos 169, 183, 245, 473, 503).

Regra cardinal, a este respeito, é o artigo 473 do Velho CPC: “É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.

Assome-se, a rigidez do procedimento estatuído no Código de Processo Civil vigente, com fases claramente marcadas, compassadamente desenvolvidas, impõe e justifica um severo sistema de preclusão²¹.

Tangencialmente, na estruturação do instituto, consente-se com sua tríplice configuração²², isto é, preclusão temporal, lógica e consumativa, como amplamente difundido por CHIOVENDA²³.

A sua vez, salvo raríssimas exceções²⁴, a doutrina brasileira segue sem hesitação tal diferenciação, como dá conta ARRUDA

²¹ “Politicamente justifica-se a preclusão em virtude do princípio pelo qual a passagem de um ato processual para outro supõe o encerramento do anterior, de tal forma que os atos já praticados permaneçam firmes e inatacáveis. Quanto mais rígido o procedimento – como o é o brasileiro, por desenvolver-se através de fases claramente determinadas pela lei – maior se torna a importância da preclusão” (CINTRA, 1998, p. 328).

²² LIEBMAN (1980, p. 176) advogada a existência de mais um tipo de preclusão, dita mista: “b) a falta de ejercicio del derecho en el momento oportuno, cuando el orden legalmente establecido en la sucesión de las actividades procesales importe una consecuencia tan grave;” Preclusão mista pela conjugação do transcurso do tempo com o andamento processual, sendo que DINAMARCO (2002, p. 455) exemplifica, como mista, a apresentação da manifestação de que tratam os artigos 326, 327 e 398 até a audiência preliminar (CPC, artigo 331).

²³ “que entendo por preclusão a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades ou das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade (...); c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita)” (CHIOVENDA, 1998, p. 184).

²⁴ Em bela obra sobre a preclusão, SICA nega a existência da preclusão consumativa, aproximando as hipóteses assim tipificadas com a falta de interesse processual ou a impossibilidade lógica ou temporal (SICA, 2006, p. 153).

ALVIM²⁵, DINAMARCO²⁶, FREDERICO MARQUES²⁷ e MONIZ DE ARAGÃO²⁸.

Advirta-se

“Estas tres posibilidades significan que la preclusión no es, en verdade, un instituto único e individualizado, sino más bien una circunstancia atin-

²⁵ “A preclusão comporta diversas classificações. A mais comum é a que divide em: a) temporal, a mais importante (=comum); b) lógica; e c) consumativa. Diz-se temporal a preclusão quando um ato não é praticado no prazo existente para a respectiva prática e, por essa circunstância, não mais pode ser realizado. Diz-se lógica a preclusão quando um ato não mais pode ser praticado, pelo fato de se ter praticado outro ato que, pela lei, é definido como incompatível com o já realizado, ou que esta circunstância deflue inequivocamente do sistema. (...) Fala-se, finalmente, em preclusão consumativa, quando se pratica o ato processual previsto na lei. Não será possível, depois de consumado o ato, praticá-lo novamente” (ALVIM, 1997, p. 465-466).

²⁶ “Segundo as circunstâncias em que ocorre, a preclusão será: a) temporal quando decorre do decurso do prazo sem a prática do ato que a parte tinha o poder ou a faculdade de realizar (p.ex., revelia); b) lógica, que é a consequência prática de um ato incompatível com a vontade de exercer a faculdade ou poder (reconhecimento do direito do autor elimina a faculdade de contestar para resistir a ele: art. 297 c/c art. 268, inc. II); c) consumativa, pelo exercício da própria faculdade ou poder (oferecido recurso contra uma decisão, não será admissível outro - princípio da unirão recorribilidade)” (DINAMARCO, 2002, p. 455).

²⁷ “A preclusão é um fato processual impeditivo, que, conforme, o acontecimento em que se configure, pode assim ser classificado: a) preclusão temporal, quando o decurso do tempo é que constitui ou forma o fato impeditivo; b) preclusão lógica, quando a incompatibilidade entre um ato processual já praticado e outro que se pretenda praticar se torna fato impeditivo a não permitir que se realize o ato posterior; c) preclusão consumativa, quando o pronunciamento decisório sobre uma questão toma as características de fato impeditivo, não possibilitando reexame posterior da referida questão (*ne bis in idem*)” (MARQUES, 1997, p. 201).

²⁸ “A preclusão é um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual. Mas nem só da inação poderá resultar. Além da temporal, que se forma pelo decurso do tempo, há a lógica, que decorre da incompatibilidade entre o ato praticado e outro, que se quereria praticar também, e a consumativa, que se origina de já ter sido realizado um ato, não importa se com mau ou bom êxito, não sendo possível tornar a realizá-lo” (ARAGÃO, 1998, p. 97).

gente a la misma estructura del juicio (...)” (COUTURE, 1942, p. 96).

Também concorde à doutrina brasileira, porém com mais vozes discordantes, que a preclusão opera em desfavor das partes e do juiz (preclusão pro *iudicato* ou judicial), pelo que, decidida determinada questão²⁹ (não interpostos recursos ou improvidos estes), a mesma não pode ser revista pelo órgão jurisdicional³⁰.

A ilação encontra estofa na previsão pelo Velho CPC do recurso de agravo (re-tido ou instrumento), contra as decisões interlocutórias (artigo 522), razão por que a não interposição daqueles implica na preclusão destas^{31,32}.

²⁹ “Quando uma afirmação compreendida na razão (da pretensão ou da discussão) possa engendrar dúvidas e, portanto, tenha de ser verificada, converte-se numa questão. A questão, pode-se definir, pois, como um ponto duvidoso, de fato ou de direito, e sua noção é correlativa da afirmação” (CARNELUTTI, 2000, vol. 2, p. 39). Obviamente, pelos limites impostos, não se adentra nas divergências sobre o conceito de questão, o qual é utilizado, em linhas gerais, como referência a todas as matérias analisadas pelo magistrado no transcurso do processo.

³⁰ Excepcionam-se as questões de ordem pública, que podem a qualquer tempo ser revistas, conforme entendimento dominante, fundado nos artigos 245, 267 e 301 do Velho CPC, ressalvadas algumas opiniões em contrário baseadas no âmbito de cognição empreendido (WATANABE, 2000).

³¹ Vigee verdadeiro ônus para parte: “Falo do ônus, quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter uma 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” (CARNELUTTI, 2000a, v. 1, p. 119). “A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse” (MIRANDA, 1996, v. 4, p. 253).

³² “Para tanto, partimos da idéia corrente de que, quando determinada decisão incidental resta irrecor-

4. Preclusão elástica no Novo CPC

Necessário principiar pela lembrança de que, via de regra, a dedução de questões processuais ou de mérito devem ser realizadas oportunamente, existindo termos processuais para regular sua oportunidade, sob pena da ocorrência da preclusão.

Como já intuído, o instituto da preclusão normalmente opera em fases, seccionando abstratamente o procedimento, estabelecendo limites para a formulação de deduções. Mesmo quando, por vezes, permite-se a persistência de tais questões, estas observam novos limites e certos condicionantes, sempre mais rigorosos pelo perpassar das etapas processuais.

Assim, no regime vigente, as partes não têm liberdade incondicionada para suscitar questões, já que estas estão sujeitas a uma série de preclusões, sempre mais rigorosas quanto mais se aproxima o final do processo. Existe uma gradual e progressiva sucessão de freios à subsistência de questões, principalmente processuais, um efetivo sistema de obstáculos ordenados pelo tempo e estádios processuais.

Adequada a alegoria de COUTURE:

“Transcurrida la oportunidad, la etapa del juicio se clausura y se pasa a la subsiguiente, tal como si una especie de compuerta se cerrara tras los actos impidiendo su regreso” (COUTURE, 1942, p. 97).

Em linhas gerais, a justificativa para a consumição gradual das questões pelo transcurso processual é permitir a últimação deste, bem como fechar a porta para comportamentos cavilosos, que escalonem alegações, guardando melhores argumentos para o fim, num verdadeiro conta gotas processual.

rida, sobre ela recai uma *preclusão*, que nada mais é do que um fenômeno de *caráter limitativo*, tanto para as partes quanto para o juiz: as primeiras ficam impedidas de suscitar de novo a questão decidida e o segundo fica obstado de rededici-la. Esse enunciado é irremediavelmente impregnado do senso comum” (SICA, 2006, p. 179).

A par disso, cumpre-nos ressaltar, o Novo CPC repetiu o Velho CPC ao reeditar no seu artigo 494³³ o contido no artigo 473 do último, *in verbis*:

“Art. 494. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão, observado o disposto no parágrafo único do art. 963”.

Contudo, a ressalva inscrita na parte final do citado preceptivo, aliada a ausência, via de regra, de recurso contra as decisões interlocutórias, opera uma mudança radical no sistema de preclusões observado *hic et hunc*.

A intenção meditada da Comissão, elaboradora do anteprojeto, foi externada na seguinte súmula propositiva, resultado de sua segunda reunião:

“c) Determinar a ausência de preclusão no 1º grau de jurisdição, extinguindo-se a figura do agravo, ressalvado o agravo de instrumento para as decisões de urgência satisfativas ou cautelares.”³⁴

A ideia foi emagrecer o recurso de agravo de instrumento³⁵, retornando ao trato dado pelo Código de Processo Civil de 1939, que estabelecia taxativamente as hipóteses suscetíveis de serem devolvidas ao Tribunal pelo agravo³⁶.

³³ Em debate realizado na décima-primeira reunião da Comissão, especificamente sobre a reedição do sobredito dispositivo, observou acertadamente o Ministro Luiz Fux: “Uma regra geral tem que constar” (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/11a%20Reunião%202010%2004%2023%20ata.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2011).

³⁴ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ata%20da%202%20reuniao.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

³⁵ Como observou o professor ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, na terceira reunião da Comissão (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/3a%20reuniao%20-%202010%2002%2023%20ata.pdf>>. Acesso em: 4 abr. de 2011).

³⁶ É a redação do artigo 842 do Código de Processo Civil de 1939: “Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões; I – que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; II – que julgarem

Na verdade, as preclusões não foram expungidas do ordenamento processual, mas, sim, sua ocorrência, em determinadas hipóteses, protraída para a fase do recurso de apelação, razão por que se sustenta que o projeto de Código adotou um *sistema elástico de preclusão*.

Seria escusado dizer, não é correto afirmar que o Novo CPC teria extinguido com a preclusão no processo ou, ainda, com a preclusão das questões surgidas em primeiro grau de jurisdição.

Persiste integralmente no Novo CPC a preclusão temporal das nulidades não apontadas no transcorrer do arco procedimental, como previsto na cabeça do artigo 253 do Velho CPC³⁷:

“Art. 253. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”.

Assim, necessário o apontamento, na primeira oportunidade, de descompasso

a exceção de incompetência; III - que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; IV - que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem; V - que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade; VI - que ordenarem a prisão; VII - que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante; VIII - que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros; IX - que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; X - que decidirem a respeito de erro de conta; XI - que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens; XII - que anularem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; XIII - que admitirem, ou não, o concurso de credores. ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; XIV - que julgarem, ou não, prestadas as contas; XV - que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; XVI - que negarem alimentos provisionais; XVII - que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens”.

³⁷ Repetiu-se a disciplina do Velho CPC (artigo 245). A sua vez, o vetusto CPC, Código de 1939, não estabelecia preclusão, mas sim penalidade (artigo 277).

ocorrido nos autos, sob pena de a matéria restar coberta pela preclusão.

Agora, entretanto, o desacordo quanto a determinada solução imposta por decisão interlocutória, como afastada a possibilidade de interposição do recurso de agravo de instrumento (artigo 969 do Novo CPC³⁸), fica devolvida ao âmbito de cognoscibilidade do recurso de apelação (artigo 963 do Novo CPC³⁹).

Por isso, a preclusão no Novo CPC opera de duas maneiras, *imediatamente* para aquelas matérias não suscitadas em momento oportuno (artigo 253) e *elasticamente* para as suscitadas.

Tanto é assim que, em pelo menos duas oportunidades, o Novo CPC estatui como consequência do não agir da parte a preclusão imediata, embaçando posterior atuação, notadamente quanto às divergências das atas e sobre o valor da causa.

Colhem-se respectivamente:

“Art. 176. Os atos e os termos do processo serão digitados, datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervieram ou, quando estas não puderem ou não quiserem firmá-los, certificando o escrivão a ocorrência nos autos.

³⁸ “Art. 969. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas de urgência ou da evidência; II - o mérito da causa; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - o incidente de resolução de desconsideração da personalidade jurídica; V - a gratuidade de justiça; VI - a exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte por ilegitimidade; VIII - a limitação de litisconsórcio; IX - a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.

³⁹ “Art. 963. Da sentença cabe apelação. Parágrafo único. As questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

§ 1º Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo, que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão, bem como pelos advogados das partes.

§ 2º No caso do § 1º, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano, e mandar registrar a alegação e a decisão no termo.

Art. 268. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão; o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas.”

O tema foi bem apreendido nas discussões travadas pela Comissão do Novo CPC, em sua décima-terceira reunião, senão vejamos:

“SR. BRUNO DANTAS: Outra coisa, Presidente, o 252 diz que a nulidade dos atos devem ser alegadas na primeira oportunidade que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Me parece que isso está incompatível com o regime de fim do agravo retido e ausência de preclusão que nós criamos.

(...)

SR. BRUNO DANTAS: Mas o meu ponto é o seguinte, Prof. Humberto, é que se precisa ser alegada, isso vai levar a uma decisão, se levar a uma decisão, precisa ter uma forma de impugnar a decisão, porque a preclusão – SR. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: Depois que o Juiz resolver, aí sim não há preclusão para recorrer disso aí no final, mas para alegar não pode ficar aberto; é como o prazo de

contestação, o prazo de revelia, são todos prazos –

(...)

SRA. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: Porque uma coisa é a preclusão no nível recursal desse... e outra coisa é tem que falar para o Juiz...

SR. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: O processo está sanando a ele mesmo.

SRA. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: É, claro.

SR. BRUNO DANTAS: Tudo bem”⁴⁰.

Noutro giro, mas ao redor do mesmo epicentro, a matéria também não sofreu alterações no relativo às questões de ordem públicas, as quais no presente (CPC, artigos 245, 267 e 301) e quiçá no futuro poderão ser apreciadas livremente (Novo CPC, 253, 327 e 472), sem que se possa cogitar de preclusão.

O *punctum saliens*, objeto central deste estudo, se dá no relativo às questões decididas pelo magistrado em primeiro grau, quanto às quais a *preclusão é elástica* para o momento de interposição do recurso de apelação.

Ao que se apreende, o Novo CPC trabalha com, por assim dizer, uma *preclusão elástica*, já que todas as matérias decididas podem ser suscitadas – ressuscitadas, com mais propriedade –, na fase do recurso de apelação, sob pena, aí sim, de precluírem.

Mais uma vez, é a dicção do artigo 963 do Novo CPC:

“Art. 963. Da sentença cabe apelação. Parágrafo único. As questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/13a%20Reunião%202010%2005%2010%20ata.pdf>>. Acesso: em 4 abr. 2011.

Eis o ponto, decidida determinada questão pelo magistrado⁴¹, a mesma não finda, não se encerra, persistindo potencialmente no processo até a fase de apelação, podendo então ser repristinada. A preclusão da questão decidida somente ocorrerá acaso não figure na fase de apelação nas razões ou contrarrazões recursais.

Daí por que a preclusão da questão decidida fica, por hipótese, em estado letárgico até o não agir futuro da parte, ou seja, pela não reedição do ponto no segundo grau de jurisdição.

Posta assim a questão, o Novo CPC não extirpou a preclusão das decisões prolatadas no curso do processo, bem ao revés, elasteceu, esticou a fase preclusiva, a fim de que esta opere na fase recursal.

Deste modo, inegavelmente, o Novo CPC agasalhou a *preclusão elástica* no concernente às questões decididas no curso do arco procedimental e não suscetíveis do imediato ataque pelo recurso de agravo, as quais devem ser suscitadas na fase de apelação, sob pena de autêntica preclusão temporal⁴².

5. Virtualidades da elasticidade da preclusão no Novo CPC

Na espécie, a novel feição da preclusão esculpida no Novo CPC implica em, pelo menos, um reflexo na matéria, notadamente na preclusão *pro iudicato*.

Estava por dizer, a ausência de preclusão das questões decididas em primeiro grau esmaece o argumento da existência de uma preclusão para o magistrado condutor do feito.

No regime atual, a preclusão para o magistrado quanto às suas decisões in-

terlocutórias parte da proposição de que a não interposição de recurso de agravo redunde na preclusão da questão decidida, finalizando a possibilidade de sua discussão, haja vista a norma de encerramento do artigo 473 do Velho CPC.

Conquanto presente a mesmíssima disposição no Novo CPC (artigo 494), a preclusão não mais opera pelo transcurso do prazo para interposição do recurso de agravo contra a decisão interlocutória, somente ocorrendo na hipótese de não repristinação do argumento na fase do recurso de apelação – preclusão elástica (artigo 963 do Novo CPC).

Ora bem, como a questão não precluiu ainda, nada impede que a parte suscite e ressuscite a discussão sobre eventual questão já decidida e o magistrado se detenha ao seu exame, haja vista a ausência da preclusão imediata, posto que elástica⁴³.

A obviedade, com isso não pretendo dizer que o magistrado ficará perenemente jungido ao rebate das questões já decididas, tendo em linha de conta que pode dar cabo a tentativa de sobrevida pela manutenção da decisão por seus próprios e respectivos fundamentos.

Agora, inelutavelmente, poderá o magistrado rever a questão sem que se possa erigir como obstáculo a existência da preclusão, em virtude da elasticidade assumida por esta.

Preclusão elástica porque, observando adequadamente o fenômeno jurídico, não se produz exclusivamente – nem é inteiramente confinada – no segundo grau de jurisdição. Principia com a decisão interlocutória, mas elastece seu desdobramento até o segundo grau, quando então se realiza.

⁴¹ Sempre tendo presente que as assertivas não se referem àquelas questões passíveis de serem resolvidas a qualquer tempo (supra).

⁴² “na perda duma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo” (CHIOVENDA, 1998, p. 450).

⁴³ Anote-se, LACERDA (1985, p. 160) sustentava a inexistência de preclusão para o magistrado sobre as questões decididas no curso do processo, já que o magistrado conserva a função jurisdicional, continuando preso ao processo. Mais ainda, dizia que era sofisticado o argumento da preclusão pela simples existência de recurso contra a decisão, conforme sustentado por LIEBMAN (1980).

Noutras palavras, quiçá menos embargadas, a decisão exarada, enquanto ato processual, produz imediatamente todos os seus efeitos, mas a consumição da possibilidade de sua alteração somente ocorrerá em segundo grau, com sua efetiva modificação (provimento do recurso) ou pela preclusão.

Outrossim, consequência disso será o reforço aos já conhecidos pedidos de reconsideração⁴⁴, os quais atualmente encontram limites na preclusão, mas que no Novo CPC poderão grassar, pela inaplicabilidade, em primeiro grau, quanto às decisões, do artigo 494 do Novo CPC.

Quando muito, poder-se-ão rejeitar os pedidos de reconsideração pela ausência de sua previsão legal, mas o que, sinceramente, num processo dominado pela instrumentalidade (artigos 163, 252, 258), que permite a flexibilidade procedimental (artigo 118, inciso V), é argumento pueril.

Penso que uma forma de manter hígida a opção da Comissão Elaboradora do anteprojeto, evitando, na mesma toada, os problemas apresentados, seria adotar procedimento afeito ao processo do trabalho, especificamente o protesto antipreclusivo.

As partes teriam que protestar, evitando a preclusão, contra as decisões que eventualmente discordassem, a fim de posteriormente lhes submeter ao juízo *ad quem*. Omitindo-se no protesto, a questão resolvida queda preclusa, impedindo sua revisão posterior, aplicando-se a elas o disposto no artigo 494 do Novo CPC.

Assim, proponho uma alteração no parágrafo único do artigo 963 do Novo CPC, que passaria a ter a seguinte grafia: "As questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar

⁴⁴ "Trata-se de figura criada pela praxe forense, de que poucos autores se ocupam. Está-se, na verdade, diante de um expediente informal de impugnação às decisões do juiz, que, todavia, segundo pensamos, não pode ser pura e simplesmente ignorado pelo estudioso do processo, nem que seja para que, afinal, se chegue à conclusão de que se trata de prática absolutamente incompatível com o sistema processual vigente" (WAMBIER, 1996, p. 296).

agravo de instrumento, desde que realizado protesto antipreclusivo, devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões."

6. Considerações finais

Ao propósito, o Novo CPC, apesar de reproduzir as normas do Velho CPC, alterou a disciplina da preclusão, esticando o momento de sua ocorrência nas hipóteses em que determinada questão seja decidida no curso do processo em primeiro grau de jurisdição.

Como se depreende, enquanto as questões não articuladas⁴⁵ precluem pela não suscitação, as enfrentadas pelo magistrado ficam em estado letárgico até a fase da apelação, quando então, olvidadas, recebem a tarja da preclusão.

Circunscrito o plano desta maneira, o centro de gravidade do processo se desloca para o estertor procedimental, momento em que, potencialmente, todas as questões decididas serão revistas.

Daí por que o processo, ao invés de funcionar com um funil, afastando no seu interseco uma miríade de questões, para se concentrar na pretensão meritória, abre seu espectro em segundo grau ao debate de toda e qualquer questão enfrentada no juízo a *quo*.

Nesta linha de inteligência, o Novo CPC erigiu verdadeira preclusão elástica no relativo às questões decididas em primeiro grau, autorizando sua renovação em sede de razões de apelação e/ou contrarrazões, elastecendo, pois, a ocorrência da preclusão daquelas.

Pois bem, no Novo CPC os pedidos de reconsideração encontrarão solo fértil, ao que não se poderá mais simplesmente aventar a ocorrência de preclusão para ceifar o expediente, eis que esta é elástica e somente opera na fase de recurso.

⁴⁵ Exceto as de ordem pública (*supra*) e a comprovação de justa causa.

Ao arremate, curial, obstando os danos marginais da proposta elaborada pela Comissão, a inserção do protesto antipreclusivo no Novo CPC, conforme a proposição ora sugerida (item nº 5), ao que se evitará a sobrevivência de temas sobre os quais as partes no momento da decisão não apresentaram qualquer contrariedade.

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*: lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 158, mar./abr. 1955.

BÜLOW, Oskar Von. Civilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten. *Archiv für die Civilistische Praxis*, Göttingen, v. 62, p.1-96, 1879.

_____. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*: estudos sobre o Processo Civil. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*: introdução e função do processo civil. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000a. v. 1.

_____. *Sistema de direito processual civil*: composição do processo. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000b. v. 2.-3.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. In: Cosa juzgada y preclusión. *Ensayos de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1949. v. 3.

_____. *Instituições de direito processual civil*: as relações processuais; a relação ordinária de cognição. Anota-

ções de Enrico Tullio Liebman. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.

_____. *Principios de derecho procesal civil*. Traducción de Jose Casais Y Santalo. Madrid: Reus, 1977. v. 2.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopez, 1942.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo do conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 607.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. Atualizador Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*: Arts. 154-281. 3. ed. rev. e aument. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 3-4.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*: atualizado de acordo com a nova reforma processual - leis nos 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006.

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.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.