

NATUREZA JURÍDICA DA PRECLUSÃO

Resumo: A finalidade deste trabalho é a de estabelecer a natureza jurídica do conhecido instituto preclusão. Nesse sentido, irá se perquirir acerca das qualidades ínsitas a este instituto, permitindo se identificar as notas que distinguem os fenômenos jurídicos reputados de preclusão dos demais.

Palavras-chave: Processo Civil. Preclusão. Natureza Jurídica.

In this sense, will search on the qualities inherent in this institute, allowing the notes to identify the phenomena that distinguish legal from other reputable debarment.

Keywords: Civil Procedure. Estoppel. Legal Nature.

TADEU VILASBOAS MAGALHÃES

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA; Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia; Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.
E-mail: tadeuvr@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Antes de abordar o núcleo do tema, é necessária a sua apresentação, e indicação das premissas sobre as quais irá se desenvolver a hipótese, com a qual será o mesmo analisado. É necessário se promover, também, o recorte epistemológico relativo ao estudo proposto. Nesse sentido, serão objeto de abordagem, nesse primeiro momento, a finalidade deste trabalho, os seus objetivos, o assunto analisado, assim como a metodologia proposta, a fim de que o leitor tenha uma visão geral acerca do objeto de estudo.

O escopo deste trabalho é a de estabelecer a natureza jurídica do conhecido instituto preclusão. Nesse sentido, serão analisadas as qualidades ínsitas a este instituto, permitindo se identificar as notas que distinguem os fenômenos jurídicos reputados de preclusão dos demais.

Serão criadas condições de igualar os eventos que empiricamente se tem alcunhado de preclusão, catalogando as nuances necessárias e suficientes a estes fenômenos isolados. Isso para que se possam indicar as recorrências e a partir dessas recorrências acumular tais características perceptíveis, tentando enquadrá-las em determinada categoria jurídica predeterminada.

Não sendo possível a rotulação previamente estabelecida, se recorrerá a arbitrariamente classificar tais fenômenos como preclusão, imputando-lhes autonomia ontológica, separando-os dos demais. Assim, as preclusões se diferirão daqueles outros justamente em razão das características que as reúnem entre si, justificando, assim, o isolamento classificatório.

Caso se conclua que os eventos costumeiramente chamados de preclusão não possuem especificidade que os distinga dos demais assim não chamados, o referido isolamento classificatório se pautará pelo exame das vantagens didáticas e utilidade de tal estratificação, em face das demais possíveis, justificando tal opção com esse fundamento.

Os eventos jurídicos aprioristicamente classificados a partir de conhecimento doutrinário de preclusão, serão objeto de experimentação fenomenológica, pois somente a partir das constatações desta natureza que se poderá identificá-los, certo de que, conforme, EDMUND HUSSERL o conhecimento do observador estará sempre condicionado à sua capacidade de perceber os fenômenos, *litteris*:

O conhecimento natural começa pela experiência e permanece na experiência. Na orientação teórica que chamamos “natural”, o horizonte total de investigações possíveis é, pois, designado com uma só palavra: o mundo. As ciências dessa orientação originária são, portanto, em sua totalidade, ciências do mundo, e enquanto elas predominam com

exclusividade, há coincidência dos conceitos “ser verdadeiro”, “ser efetivo”, isto é, ser real e – como todo real se congrega na unidade do mundo – “ser no mundo”¹.

Os trabalhos anteriores que abordam o mesmo tema serão objeto de pesquisa, pois as conclusões já cristalizadas na doutrina dirigida têm permitido que se reúna uma enormidade de informações a partir da experiência de demais pesquisadores. Estes doutrinadores já se propuseram a expor às suas percepções entre si dedutivamente combinadas, permitindo o acréscimo do trabalho de observação formulado somente pelo autor singular.

O tema escolhido se justifica, dentre outras coisas, pelo fato de que não há disciplina devida e explicitamente positivada acerca do assunto. A dogmática processual se limitou a enunciar proposições que dirigem os eventos jurídicos com fundamento na ideia da preclusão, mas não tratou de expressamente lhe atribuir qualidades próprias, sem que lhe estruturasse e esmiuçasse as suas características básicas. O legislador não enunciou os dados necessários e suficientes ao conhecimento da matriz do fenômeno, qual seja o instituto do qual se origina.

Embora e à primeira vista possa ser objeto afeito única e limitadamente à técnica processual, havendo de se remeter às instituições jurídicas meramente formais e sem correspondência direta com os elementos materiais dos direitos, o estudo se justifica em razão do fato de que o direito nem sempre se presta a coordenar comportamentos de forma direta.

O direito pode ser considerado em si mesmo uma técnica criada para a solução de conflitos, ainda que o faça de modo preventivo e, portanto, carece de alternativas metodológicas para a sua implementação, que até o séc. XIX não eram casuísticas, mas dotadas de particularizações típicas de cada comunidade em que o direito era aplicado com este desiderato. Não se pode afirmar, portanto, que as comunidades ou sociedades anteriores ao séc. XIX aplicaram o direito de forma aleatória, formulando procedimentos dirigidos somente aos casos concretos e estabelecendo cada uma das etapas de produção e conhecimento da norma aplicável em todos os momentos que fosse demandada tal interferência.

Os procedimentos e as formalidades processuais também servem à expectativa jurídica dos indivíduos, na medida que são a verdadeira metodologia jurídica do desvendamento do próprio direito. Tratam-se de arcabouço normativo, formal e abstrato por natureza, que se direciona a disciplinar a tarefa também formal e abstrata de se dizer o direito.

Somente as particularidades dos procedimentos adotados que qualificam e dão substância ao processo podem garantir a efetividade das condições abstratamente criadas pelo chamado direito material. O processo não se trata somente de uma chancela de comportamentos, mas, sim, de fazê-lo também criando concretamente a norma. É impossível ao ordenamento jurídico e, por consequência, ao direito material a criação um modelo absolutamente exaustivo e preciso.

Esta tarefa jurídico-metodológica de conhecimento do próprio direito implica, necessariamente, atividade voltada para a concretização das normas abstratamente concebidas, num desempenho eminentemente criativo destas normas para os casos submetidos. Assim, a qualidade da disciplina processual, a sofisticação dos seus institutos e o pleno conhecimento da sua dinâmica influenciam diretamente na materialização dos programas normativos abstratos, sendo o processo um co-responsável imediato pela qualidade da materialização do direito.

LUHMANN atesta que o sistema jurídico se orientaria para o mundo externo a ele circundante, considerando-o sempre como contingente e fazendo todas as suas formulações partir deste princípio. A esta altura, o sistema confirmaria a ideia de que não é possível abarcar solução para todos os casos concretos a serem submetidos a apreciação, razão pela qual garantiria a sua autopoiesis por meio da proibição da recusa de jurisdição.

A proibição de prestação jurisdicional seria, portanto, a força motriz da criatividade judiciária, mantendo o contato com os fatores externos ao sistema e ao mesmo tempo a própria fundamentação desta atividade inovadora. A situação contingencial real, decorrente da própria natureza dos fatores externos

1 HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. 2. ed. São Paulo: Idéias & Letras, 2006, p. 33.

ao sistema seria o critério de validação das inovações judiciário, decorrente do fato de que:

[...] essa contingência adquire relevância para o sistema, apenas segundo o próprio Código, isto é, apenas com vistas à possibilidade de classificar os fatos (Tatebestand) como Direito ou não-Direito.²

Insertas no próprio código do sistema estariam as sua programações de reformulação, permitindo um ajuste das condições de decidibilidade criadas a priori para o ajustamento dos provimentos à solução desejadas, de acordo com as contingências do universo a partir do qual são extraídos os casos apreciados. Por isso, “Não existem, por conseguinte, ‘lacunas no Direito’, mas – quando muito – problemas de decisão não regulamentados por leis.”³

Mais uma vez se evidencia a importância do processo, pois é a metodologia dirigida ao “ajustamento dos provimentos à solução desejadas, de acordo com as contingências do universo a partir do qual são extraídos os casos apreciados.”⁴

Como forma de ilustrar a posição do referido autor acerca da sua constatação de que a implementação da proibição da recusa de jurisdição é a engrenagem planetária na necessária e dela decorrente criatividade judicial, é válida a transcrição do seguinte excerto, *litteris*:

O caráter abstrato da proibição da recusa da Justiça corresponde a esse arranjo interno de contingências: ao esquematismo binário da possibilidade de valoração positiva e negativa e à contingência de todas as condições para a valoração correta, isto é, à contingência de todos os programas de decisão vigentes no âmbito do Direito Positivo. E essa contingência corresponde, por sua vez, ao fato de que o sistema deve implementar a sua própria autopoiesis num mundo circundante, cuja complexidade ele não pode abarcar. (LUHMANN, 1990, p. 161)⁵

Aos Tribunais seria impossível trabalhar somente com a lógica puramente dedutiva, encontrando soluções apenas por meio da subsunção dos elementos relevante no substrato fático às fórmulas predeterminadas. Ressalte-se que o referido autor não dispensa a importância da argumentação dedutiva, afirmando que a mesma:

[...] desempenha um papel considerável em contextos de decisões suficientemente arranjados é mesmo indispensável, nem o fato de que erros cometidos nessa área de fundamentações de sentenças levariam irremediavelmente à suspensão (Aufhebung) através de instâncias superiores [...].⁶

Ao Judiciário caberia a tarefa, querendo ou não, de implementar novas tratativas dos fatos concretos, alterar formulas já constituídas, solucionar de maneiras mais adequada e por especialidade os casos postos diante do mesmo. Dessa forma coloca em prova e experimentação as soluções dispensadas, fazendo com que a suas formulações sejam suficientemente testadas, verificando a consistência frente ao direito vigente, “Assim surge por intermédio da atividade sentenciadora dos Tribunais um direito judicial (*Richterrecht*).”⁷

MAURO CAPELETTI também destaca a importância do processo judicial ao valorizar a atividade jurisdicional, cuja metodologia é ele próprio, pois eminentemente criadora e complementar ao processo legislativo, mas que dele se distingue em virtude de estar eivado de características peculiares e eminentemente processuais, derivadas em maior ou menor medida do conjunto de procedimentos adotados, *litteris*:

2 LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49, p. 161.

3 Ibid., p. 161.

4 Ibid., p. 161.

5 Ibid., p. 161.

6 Ibid., p. 162.

7 Ibid., p. 162.

Aquilo que distingue o processo jurisdicional daquele legislativo, e que faz com que a criação do Direito por obra dos Juízes permaneça bem distinta da legislação, não é, portanto, uma função abusiva de não criatividade, mas, isto sim, uma particular modalidade daquele processo que se traduz na conexão da função judiciária com *cases and controversies*, e na "virtude passiva", a "passividade" do Juiz quanto a iniciar o processo nesses casos, e a imparcialidade processual do próprio Juiz, imparcialidade que há de traduzir-se num "processo justo" ou *fair hearing* de todas as partes.⁸

Os valores referidos pelo autor, "*controversies*" (ampla defesa em contraditório), "virtude passiva", "passividade", imparcialidade processual, "processo justo" ou "*fair hearing*" das partes não são imanentes ao conceito lógico jurídico de processo. Tais são conquistas alcançadas através da posituação de tais valores, o que se manifesta por meio dos procedimentos adotados, garantido, assim, os benefícios almejados e a contínua objetivação de um estado ideal de coisas.

A postura metodológica positivista proposta por HANS KELSEN também milita em favor da proposição de que o desvendamento do direito pelos órgãos jurisdicionais implica-lhes tarefa não somente declaratória, mas também constitutiva, uma vez que a decisão judicial proferida se trata de legítimo ato de conhecimento do direito, *litteris*:

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.⁹

O autor indiretamente também ressalta a importância do estudo dos institutos processuais, ao valorizar ainda mais a tarefa judiciária. Ele revela que a produção do direito por meio da prestação jurisdicional pode ser exercida não somente por meio da concretização vertical da norma no sentido individualizador, mas atribui tarefa de ainda maior gênese criativa, ao constatar que, *In verbis*:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub *judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar.¹⁰

Daí que resulta a equivocada formulação de se imputar ao processo a qualidade de instrumento numa articulação pejorativa. O nível de satisfação das necessidades humanas, muitas vezes, a depender do estágio de sofisticação e complexidade das demandas, tem o sucesso condicionado necessariamente e diretamente à qualidade do ferramental empregado na tarefa de consecução dos recursos pretendidos.

A importância do método ou da metodologia é, portanto, de natureza eminentemente pragmática, pois tal conjunto de procedimentos necessariamente deve conduzir às finalidades a que se propõe a atividade empreendida, seja ela uma técnica ou o que convencionamos chamar de ciência.

A metodologia deverá assumir uma orientação eminentemente teleológica, sendo, assim, as finalidades

8 CAPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Vol. 01, Tradução e notas de Elicio de Cresi Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 17.

9 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*; [tradução João Batista Machado] 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 263.

10 *Ibid.*, p. 277-278.

para que se propõe determinantes da sua extensão e profundidade, devendo abarcar todos os sentidos propostos, sem deixar espaço para incertezas ou insuficiências. A concepção do método revela importância essencialmente funcional, pois a qualidade do que se pretende está diretamente ligada aos procedimentos, técnicas e concatenação dos mesmos.

No direito, em particular, não há exceção a esta regra, pois se trata de uma técnica administrada a determinado fim, que dele não pode se excluir, sob pena de deterioração do seu uso, deixando carentes as demandas das quais se origina e formulando soluções inúteis para problemas alienígenas ou até mesmo inexistentes.

É o que se tem verificado em determinada medida, pois não há um consenso acerca do que consiste a técnica jurídica e, a despeito do fato de que as discussões são necessárias, não só para a formação do convencimento, mas como um bom parâmetro para a descoberta dos objetos, a principal demanda jurídica é a solução dos conflitos de maneira aceitável, tendo como parâmetro os valores e interesses neles envolvidos.

O problema desta pesquisa proposta, por sua vez, se circunscreve na definição de quais os fenômenos jurídicos são dignos de ser normalizados como preclusão. Tal fato isoladamente não faz supor tamanha problemática. Mas se for defrontado com as demandas jurídicas, vê-se a importância de se estabelecer a origem e desiderato da instituição dos eventos que, por convenção, são assim chamados.

Conforme acima destacado, a problemática de se recortarem os fenômenos jurídicos e distingui-los com o rótulo de preclusão vem desde a ausência de normatização geral positivada acerca do tema. Isso porque não há uma conceituação expressa e clara a partir da legislação vigente, denotando as suas estruturas e características principais.

Entretanto, a dogmática não se faz absolutamente ausente quanto ao tema, deixando, entretanto, a formulação dos principais elementos e a mecânica da preclusão à doutrina, pois faz referência ao instituto, pacificando, ao menos, a questão acerca da existência ou não da preclusão no ordenamento jurídico brasileiro.

São dispositivos que atestam a adoção da preclusão no direito positivo referido os artigos 169, § 3º¹¹, 245, caput e parágrafo único¹², 473¹³ do Código de Processo Civil, ficando os contornos do instituto (o seu regime jurídico) ao critério particular e minudente da norma positivada por meio da legislação. Significa que dependerá da dogmática.

2. DA PRECLUSÃO

2.1 Origens

O vocábulo “preclusão” deita raízes no latim e deriva da palavra *praeclusio*, esta oriunda do verbo *praecludere*, que significa tampar, vedar, proibir, obstar, ação de encerrar, denotando um acontecimento apto a ensejar estes referidos efeitos.¹⁴ Nesse sentido, as origens se revelam pela intenção de conceber determinado instituto com desiderato equivalente ao sentido do vocábulo.

Adverte MONIZ DE ARAGÃO que haveria substancial distinção entre a ideia jurídica advinda da palavra preclusão e ao objeto a que se refere na linguagem comum, pois significava em sentido vulgo “contato prévio de dois órgãos, para a produção de fonema explosivo”. Entretanto, continua este autor avisando

11 Art. 169. [...]§ 3º No caso do § 2º deste artigo, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano, registrando-se a alegação e a decisão no termo;

12 Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

13 Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

14 BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 27.

que atualmente já teria sido consagrado nos dicionário o sentido jurídico da palavra.¹⁵

No sentido jurídico atual e novamente salientando a lição de EDUARDO COUTURE, MONIZ DE ARAGÃO afirma que tal referência vocabular se trata de modernismo jurídico e teria se originado a partir da reunião de duas palavras advinda do inglês, formadas a partir do latim *praecludo*.

Couture observa tratar-se de "modernismo jurídico (séc. XX) tomado do inglês preclusion, que, conjuntamente com o verbo to preclude, formou-se do latim *praecludo*, -ere, e o substantivo *preclusio*, -nis. o verbo latino significava 'impedir', propriamente 'fechar na cara' composto de *prae*; 'diante de' e *claudo*, -ere 'fechar'" (Nem todos os dicionários jurídicos anglo-norte-americanos, porém, registram o vocábulo e seu conceito)

Substancialmente, o direito romano-canônico é a matriz jurídica que inspirou a continuidade da adoção de tal instituto no direito positivo, porquanto é de lá que as suas origens jurídicas se revelam. À época, preclusão era uma espécie de providência criada com intuito sancionador, uma ameaça administrada.¹⁶

Entretanto, conforme observa GIUSEPPE CHIOVENDA, embora a preclusão se refira aos limites impostos ao exercício de determinadas faculdades processuais, já na concepção moderna, esta se distanciaria do conceito original, porquanto prescinde da qualidade de pena.

He observado que todo proceso, cual más cual menos, y así también nuestro proceso, para asegurar precisión y rapidez al desarrollo de los actos judiciales, pone límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia de que, más allá de estos límites, estas facultades no se pueden ya ejercitar. He dado a esta consecuencia el nombre de "preclusión", de un verbo de las fuentes que se encuentra usado, precisamente con el significado en que yo lo entiendo, en la poena *praeclusi* del derecho común, salvo que en la preclusión actual se prescinde naturalmente de la idea de la pena.¹⁷

Observa ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA que, embora haja alguns institutos no direito material que se assemelhem à preclusão, a ideia tem ordinariamente se originado a partir de fenômenos processuais e somente razão dos mesmos, e nesse universo jurídico particular, tem existência, levando a crer que, de fato, como antes referido, é fenômeno restrito ao processo, *litteris*:

Não obstante assumir algumas vezes, para certos autores, características de instituto de direito material, a preclusão é especificamente processual, não se confundindo, quer com a decadência, quer com a prescrição, quer com a nulidade, quer com a coisa julgada, conforme oportunamente se mostrará.¹⁸

A delimitação atual do conceito de preclusão, assim como a sistematização do mesmo no moderno direito processual encontra fundamento na obra de GIUSEPPE CHIOVENDA. Este autor, por sua vez, afirma que o seu pensamento acerca do tema se desenvolveu a partir dos trabalhos de OSKAR BÜLOW, atribuindo, também, inspiração alemã ao conceito moderno, conforme atestam FREDIE DIDIER JÚNIOR¹⁹ e ANTÔNIO ALVES BARBOSA²⁰.

Da mesma forma, afirma CHIOVENDA que a inspiração dos seus escritos se originam da referida obra do alemão OSKAR BÜLOW, um dos escritores germânicos que mais contribuíram para a ciência processual atual, levando a crer que os institutos processuais atuais e, por isso mesmo, a preclusão, tem sido sistematizada com base nessas lições.

15 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)". Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 141.

16 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED Livros, 1999, p. 130. In: DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 269.

17 CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa juzgada e preclusión". Ensayos de derecho procesal civil. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3, p. 224.

18 BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 26.

19 DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 269.

20 BARBOSA, op. cit., p. 28.

Conclui-se, portanto, que o instituto adveio de tradição jurídica romano-canônica distante, e encontrou novos contornos, amoldando-se a partir das atuais doutrinas processuais que serviram de gênese para a abordagem do processo que se faz hoje em dia.

2.2 Conceito

Conceitualmente, a preclusão pode ser definida como a “[...] perda de uma faculdade ou poder no processo.”²¹ Assim, em decorrência de algum fato jurídico, as partes perdem determinadas faculdades ou juiz perde algum poder.

O autor, nesse particular, salienta a importância essencial do instituto para o processo, pois está diretamente conectado com necessidade imanente de que este seja sempre um avanço e nunca um retrocesso. Existe para impedir infundáveis reiteração dos atos já praticados, para vedar a constante repetição das providências já dispensadas.

O instituto da preclusão tem imensa relevância no sistema brasileiro de procedimento rígido. Ele dá apoio às regras que regem a ordem seqüencial de realização dos atos do procedimento e sua distribuição em fases – fazendo-o mediante a imposição da perda de uma faculdade ou de um poder em certas situações. Quando a preclusão ocorre, já não poderá a parte realizar eficazmente o ato a que tinha direito nem exigir do juiz os atos que antes poderia exigir. Com isso, ela é um dos grandes responsáveis pela aceleração processual.²²

No mesmo sentido é a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, uma vez que “O processo é uma marcha para frente, tendente a atingir certo objetivo predeterminado, que é a prestação integral da tutela jurisdicional.”²³ Assim, a preclusão seria, numa perspectiva metajurídica, um mecanismo criado para que se possa impelir a prática dos atos num contínuo avanço no sentido de concludentemente se prestar a jurisdição.

Este conceito está nos moldes daquele formulado por GIUSEPPE CHIOVENDA, à exceção da perda do poder juiz, ao que o italiano não se referiu ao enunciá-lo. Chiovenda, todavia, ainda que não houvesse previsto ou catalogado a preclusão para os poderes do juízo, forneceu o suporte doutrinário para o instituto ao qual muitos autores se associam, conforme faz crer expressamente MONIZ DE ARAGÃO acerca do tema:

Regra geral entre os italianos, seguida no Brasil, é a adoção do que foi exposto por Chiovenda (inspirado na lição de Bülow): “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 ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, ou com a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de uma ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita)”.²⁴

A partir dessas três situações selecionadas e reputadas por CHIOVENDA como deflagradoras da preclusão haveria as suas três modalidades, das quais resultaria a perda da faculdade relativa ao ato que se pretendia realizar, vez que o referido autor não se refere a poder.

Haveria preclusão temporal, em razão de se verificar determinado lapso de tempo maior do que aquele em que deveria ter sido praticado o ato. Seria consumativa a preclusão que decorre da prévia prática do ato, o que extingue o poder ou a faculdade de sê-lo novamente feito. Seria preclusão lógica aquela advinda da prática anterior de atos cujas finalidades são incompatíveis com aqueles que se pretende praticar. Isso ocorre, por exemplo, pela anuência tácita em relação à determinada decisão que se tenciona impugnar, que ocorre com o seu cumprimento espontâneo, ou qualquer outro ato, cujo desígnio conflite

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 207.

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 454-455.

23 MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, volume 2 : processo de conhecimento / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. - 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 627.

24 ARAGÃO, op. cit., p. 142.

com o do ato que o precede.

DINAMARCO ressalta que haveria um outro tipo de preclusão, desta feita visualizada por LIEBMAN e seria um tipo misto. Essa preclusão mista ocorreria pela conjunção de dois fatos jurídicos: a passagem do tempo e o prosseguimento do processo:

[...] ainda que não se manifeste no prazo sobre os fatos novos alegados ou documentos exibidos pelo réu (arts. 326, 327 e 398), o autor permanece com a faculdade de fazê-lo até que o juiz designe a audiência preliminar (art. 331).²⁵

Quanto à essa situação o autor disserta que:

Nesses casos, o prosseguimento do processo antes do decurso do prazo não acarreta preclusão alguma, porque isso transgrediria o direito de defesa e o devido processo legal. Por outro lado, embora a lei estabeleça prazo para a manifestação das partes, os juízos e tribunais atenuam esse rigor temporal e admitem que o autor fale mesmo depois de decorrido, só havendo preclusão se o processo tiver prosseguido. Por isso é que em casos assim, havidos por relativamente extraordinários no sistema, a preclusão depende do duplo requisito do decurso do prazo e eventual prosseguimento do processo (daí, ser ela mista).²⁶

Nesse caso destacado, a preclusão ocorreria em razão da conjunção de critérios de procedimentos construídos jurisprudencialmente e de normas dogmáticas, pois o direito positivo, isoladamente considerado neste particular, administra solução diversa. Conforme o código, a ausência de manifestação do autor no prazo em relação aos fatos novos alegados ou aos documentos exibidos pelo réu implicaria legítima preclusão temporal.

Se no caso os tribunais estão permitindo a manifestação do autor após o prazo legal, desde que o processo não tenha prosseguido, o limite cronológico anterior não existe, passando a ser, então, o prosseguimento do processo como o critério definidor aplicável. Se o critério definidor do "prosseguimento do processo" for um marco cronológico, novamente estar-se-ia diante de uma preclusão temporal.

No que diz respeito ao juiz, a preclusão relativa à prática de determinados atos que decorrem dos poderes de condução do processo de prestação jurisdicional é classificada como preclusão judicial. Assim, embora haja impropriedade na identificação dos conceitos de preclusão judicial e preclusão *pro iudicato*, ambos são diferentes entre si, pois, ressalvadas as críticas à clássica doutrina de ENRICO REDENTI quanto ao tema:

a preclusão *pro iudicato* atuaria no processo de execução produzindo um efeito prático equivalente ao da autoridade da coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*), de modo a obstar toda e qualquer ação que, após finda a execução, tencionasse recuperar as quantias entregues ao exequente.²⁷

O instituto da "preclusão *pro iudicato*" pressupõe, portanto, ter havido decisão em relação à matéria, embora esta não se inclua no objeto da demanda. Trata-se de formação de coisa julgada material em relação a temas incidentais, questões processuais que são resolvidas durante o curso do processo, mas que não fazem parte do objeto litigioso do processo. Estas questões, em regra, não integram a demanda, a menos que seja suscitada ação declaratória incidental.

Tal confusão decorre do mau uso do latim a ela pertinente, uma vez que, como bem pontuou JOSÉ MARIA TESHEINER:

Preclusão *pro iudicato* não significa preclusão para o juiz. Em latim, *iudicato* significa julgado; juiz é *iudex* (nominativo) ou *iudicem* (acusativo). Preclusão *pro iudicato* significa "preclusão como se tivesse sido julgado". Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há "preclusão *pro*

25 DINAMARCO, op. cit., p. 455.

26 Ibid., p. 455.

27 GIANNICO, Maurício. A preclusão no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 128-129.

judicato”, porque esta supõe ausência de decisão.²⁸

Quanto à preclusão judicial, é pacífico na doutrina e na jurisprudência, não sendo objeto de relevante controvérsia, portanto, que é possível a análise, inclusive de ofício, das questões de ordem pública a qualquer tempo durante o processo.

Todavia, em relação a se existe ou não preclusão do reexame das matérias de ordem pública, há divergência doutrinária, haja vista que há correntes no sentido de que implica preclusão já ter sido anteriormente decidido incidente que trate de questão de ordem pública no processo.

É válida a transcrição do que preleciona CELSO AGRÍCOLA BARBI nesse sentido, pois bastante ampliadora do conceito proposto por CHIOVENDA para acumular também a extinção de determinados poderes do juízo, *In verbis*:

Tudo isto leva a crer que o conceito de CHIOVENDA sobre preclusão não é exatamente o resumido no início desta parte do trabalho. A compreensão do instituto é bem mais ampla e mesmo bem diversa da que sua definição deixa transparecer: a preclusão abrange não só faculdades das partes, mas também questões decididas, e atinge não só as partes, mas também o juiz.

Por êsses motivos, é inaceitável a configuração do instituto nos termos em que o definiu o ilustre professor de Roma. Outra definição deve ser procurada, que compreenda todo o campo de ação do instituto, mas somente êsse campo.

[...]

Do exposto resulta que acertada é a conceituação de CHIOVENDA, já exposta, mas que sua definição deve ser ampliada para abranger também a preclusão de questões e atingir não apenas faculdades das partes, mas também o poder do juiz quanto àquelas questões.²⁹

Essas são, portanto, as variantes da preclusão, instituto doutrinariamente classificado em razão dos fatos jurídicos que o deflagram. Tais constatações foram agregadas em razão da catalogação das referências legais ao instituto, assim como das prescrições da lei processual quando dele se utiliza para a manutenção da marcha processual.

É novamente impositivo esclarecer e ressaltar a falta de organicidade quanto ao tema, uma vez que o Código de Processo Civil em determinados momentos se refere direta e expressamente à preclusão, ao passo que em outros apenas administra essa solução em razão de fatos determinados, qual seja, o transcurso de lapso temporal, a prévia realização de um determinado ato, ou o comportamento contraditório com a faculdade que se deseja exercitar, além, claro dos atos ilícitos (que serão tratados mais adiante), assim como as controversas preclusões judiciais, decorrentes da análise anterior de determinada matéria.

Percebe-se, portanto, que o Código de Processo Civil não cuidou de criar um instituto mediante procedimento estruturado e sistematizado, atribuindo-lhe as qualidades específicas, enunciado os seus caracteres distintivos e, por fim, prevendo os seus efeitos.

2.3 Natureza Jurídica

2.3.1 Preclusão como sanção

Originalmente, a ideia de classificar determinados efeitos jurídicos sob uma única rubrica denominada de preclusão adveio do responsável pela sua sistematização e estratificação dos fenômenos (GIUSEPPE CHIOVENDA). Estes fenômenos foram reunidos, sendo os mesmo intitulados de acordo com os elementos mais relevantes para deflagrá-los, decurso do tempo, prática de ato prévio sem correspondência lógica e consumação.

O autor expressamente afirma que se inspirou na obra de OSKAR BÜLOW: “Proporcionou-me o motivo

28 TESHEINER, José Maria. “Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz”. Disponível em <http://www.tex.pro.br/>.

29 BARBI, Celso Agrícola. “Da preclusão no processo civil”. Revista Forense, n. 158, p. 61.

e o ponto de partida um dos escritores alemães que mais contribuíram para o progresso da ciência processual moderna com um concurso de idéias, [...] sadias, fecundas e propulsivas: refiro-me a OSKAR BÜLOW"³⁰.

Conforme já afirmado antes, CHIOVENDA assim o fez no intuito de classificar as medidas de que o legislador lançava mão para agilizar o processo, induzindo-o a um fim com a prestação jurisdicional, impedindo que houvesse retornos a estágios superados. Tais providências, de igual sorte, teriam sido concebidas também para evitar que houvesse achincalhamento no uso das medidas processuais que delongam o seu desenrolar, mas que, corretamente usadas, constituiriam direitos legítimos, pelo que seriam garantidas, mas limitadas, a partir do estabelecimento de eventos extintivos desses direitos.

O ordenamento jurídico não se adstringe a regular as diversas atividades processuais, sua forma e seu conjunto, mas regula, também, sua sucessão processual; daqui se origina uma ordem legal entre as atividades processuais. O propósito do legislador é imprimir maior precisão no processo, tornar possível a definitiva certeza dos direitos, e assegurar-lhes rápida satisfação.³¹

Verifica-se, portanto, que a proposta classificatória de CHIOVENDA desses eventos, atualmente chamados de preclusão, fundamenta-se em uma perspectiva eminentemente utilitarista, reunindo tais fenômenos em uma categoria a partir da utilidade que a limitação das faculdades das partes pode representar para o contínuo desenrolar do processo num permanente avanço.

Nesse estágio, ainda nas justificativas que lançou para a proposta de classificação, excluiu expressamente as sanções, afirmando que as mesmas já estariam dentre as outras medidas já utilizadas pelo legislador para garantir a incolumidade processual:

Esse objeto colima-o igualmente por outros meios, como seja: coibindo a protelação da fase instrutória ou da solução da causa, devida à negligência dos procuradores, com a aplicação de penas a estes (arts. 61, 170, 177 e 180); eliminando as superfluidades na defesa, negando a repetição das custas relativas aos atos supérfluos (art. 376), e assim por diante. Mais eficazmente, porém, atende a esse objetivo com o instituto da preclusão.³² (Grifo nosso)

Do mesmo modo afirma mais claramente CHIOVENDA que:

A este fin acude también con otras medidas, esto es, reprimiendo las dilaciones en la instrucción o en el desarrollo del pleito, dependientes de la negligencia de los procuradores, con **penalidades** a éstos (art. 61, 170, 177, 180, etc.) y reprimiendo las cosas supérfluas en las defensas negando la repetición de los gastos de los actos inútiles (art. 376). Pero más eficazmente provee a tal fin mediante la preclusión.³³ (Grifo nosso)

Vê-se que a exclusão da natureza sancionatória da preclusão por CHIOVENDA não foi despropositada, mas limitada justamente ao critério fenomenológico da preclusão, uma vez que se manifesta por meio da extinção das faculdades processuais, acrescido da utilidade que esta determinada providência representa para o processo.

Logo, partindo dos critérios reunidos pelo autor italiano, a preclusão não se prestaria a punir uma ilicitude com a extinção de faculdades processuais, posto que essa medida estaria enquadrada em classificação própria, sanções processuais. Isso também ocorreria pelo fato de a sanção não se prestar diretamente ao intuito desenvolvimentista do processo, mas apenas mediatamente ao punir as condutas que prejudicam a aproximação da prestação jurisdicional.

O desiderato principal da sanção seria punir os sujeitos do processo para que determinados atos não fossem mais praticados. Isso no interesse da manutenção da ordem do processo ou de proteção de

30 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 185.

31 Ibid., p. 183.

32 Ibid., p. 183.

33 CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo II; [tradução: Profesor José Casáis Y Santaló] Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 357.

outros valores, ainda que extraprocessuais.

Já a preclusão, não. Esta se dirigiria prontamente ao impedimento das condutas, e não de desestimulá-las, no interesse único e direto da manutenção da marcha processual e da conservação das fases evolutivas já logradas.

DIDIER JÚNIOR, entretanto, defende a ampliação das hipóteses em que há a prescrição decorrente de atos ilícitos. Nesse particular, difere da asserção da doutrina clássica de CHIOVENDA sobre o tema, pois o autor italiano afirma que "Emprestei a essa consequência o nome de "preclusão", [...] ressaltando-se que, no direito moderno, naturalmente se prescinde da idéia de pena."³⁴ ou, mais direta e expresamente, "la preclusión actual se prescinde naturalmente de la idea de la pena."³⁵

Nesse sentido, preleciona DIDIER que, não raro, há hipótese de extinção de poderes processuais que consubstanciam uma sanção, imposta em razão da prática de comportamento ilícito, *In verbis*:

Há alguns exemplos no direito positivo, em que se vislumbra a perda de um poder processual (preclusão), como sanção decorrente da prática de um ato ilícito: a) perda da situação jurídica de inventariante, em razão da ocorrência dos ilícitos apontados no art. 995 do CPC; b) a confissão ficta, decorrente do não-comparecimento ao depoimento pessoal (art. 343, § 2º, CPC), que é considerado um dever da parte (art. 340, I, CPC), implica preclusão do direito de provar fato confessado, mas, desta feita, como decorrência de um ilícito (descumprimento de um dever processual); c) o excesso de prazo não-justificado autoriza a perda da competência do magistrado para processar e julgar a causa (art. 198 do CPC); d) constatada a prática de atentado (ilícito processual), perde-se o direito de falar nos autos, até a purgação dos efeitos do ilícito (art. 881 do CPC).³⁶

Assim, não somente os fatos geradores da preclusão seriam aqueles já narrados, pois "Em todas essas hipóteses, há a perda de um poder jurídico processual decorrente da prática de um ato ilícito; há, pois, preclusão decorrente de um ilícito e não do descumprimento de um ônus."³⁷ Afirma este último autor, portanto, que seria possível conceber-se a preclusão como advinda da prática de atos ilícitos, havendo de se completar a lição de CHIOVENDA sobre o tema.

2.3.2 Preclusão, prescrição, decadência

A preclusão, especialmente a temporal, entendida como a perda de faculdade ou poder processual em decorrência do transcurso do tempo, mantém relação de muita proximidade com outros institutos jurídicos, quais sejam, a prescrição e a decadência.

Essa relação de proximidade conceitual se explica em razão de que o elemento constitutivo do tipo mais relevante para a manifestação dos institutos, tal vez o único, é justamente a verificação de determinado lapso. Logo, uma vez que todos os três implicam, de uma certa forma, mas não com o devido rigor técnico, alguma perda, assim entendido também o afastamento da pretensão, por consequência da inação do sujeito durante um certo tempo, é compreensível a confusão que se faça em torno dos mesmos.

Em primeiro lugar, não há de se confundir a preclusão com a prescrição, embora para uma espécie da primeira e para a segunda o transcurso do tempo seja essencial na deflagração dos efeitos jurídicos que as caracterizam. Como já destacado, dentre os elementos constitutivos do tipo que impõe como consequência a preclusão temporal, assim como também do tipo do qual decorre a prescrição, o tempo é dado importante é fato jurídico.

A prescrição é a perda da pretensão de determinado sujeito em relação a um direito de que goza e continua hígido, mesmo após o prazo prescricional ter se verificado. Nesse sentido, há somente um efeito obstativo em relação à capacidade de ação desse sujeito no que se refere à persecução de medidas que permitam a defesa deste direito.

34 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184.

35 CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa juzgada e preclusión". Ensayos de derecho procesal civil. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3, p. 224.

36 DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 276-277.

37 Ibid., p. 277.

Havido o lapso caracterizador da prescrição, é extinta a pretensão do indivíduo relativa àquela parcela do patrimônio jurídico violado. A prescrição, portanto, somente se verifica a partir da deflagração do prazo prescricional, derivada da violação do direito, ou seja, desde que a obrigação de se tornou exigível e não foi adimplida.

Por esse motivo, procede o primeiro critério erigido por ANTÔNIO ALBERTO AVES BARBOSA para a distinção entre prescrição e decadência: "Assim, decadência e prescrição diversificariam: a) quanto ao objeto, porque a prescrição tem por objeto a ação e a decadência tem por objeto o direito;"³⁸

Entretanto, é sabido que a decadência é a extinção de um determinado direito que não fora exercido no prazo estabelecido em lei ou por força da capacidade negocial das partes. Este direito, portanto, diferentemente da hipótese de prescrição, não permanece incólume, mas decai, é eliminado, é obliterado do patrimônio do sujeito, em razão do transcurso do tempo.

No caso da decadência, não é a pretensão que é atingida, mas o próprio direito, que não se trata de qualquer direito. Os direitos que são atingidos pela decadência são os direitos potestativos e não estão vinculados ao cumprimento de uma obrigação do sujeito passivo.

O direito potestativo não se relaciona a qualquer prestação do sujeito passivo, razão pela qual não pode e nem precisa ser "executado", no sentido de serem praticados atos materiais consistentes na efetivação de uma prestação devida (conduta humana devida), de resto inexistente neste vínculo jurídico. O direito potestativo é direito (situação jurídica ativa) de criar, alterar ou extinguir situações jurídicas que envolvam outro sujeito (que se encontra em uma situação jurídica passiva denominada de estado de sujeição).³⁹

Logo o segundo critério utilizado por Antônio Alberto Aves Barbosa para a distinção entre prescrição e decadência também procede, uma vez que afirma que a prescrição sempre supõe um direito cujo exercício sofreu obstáculo por força da resistência do sujeito passivo, enquanto no caso da decadência, o direito nunca fora exercido, somente tendo existido em potencial.⁴⁰

A preclusão, por sua vez, se distinguiria dos demais por conta do fato de que os demais institutos se referem a direitos substantivos, todos se referem a direitos pré-processuais. A preclusão, não. Este último implica a perda de uma faculdade ou um poder, do juízo ou das partes.

Dito isso, verifica-se que a preclusão se aproxima demais da decadência, pois essa e aquela também denotam a perda de direitos potestativos, uma vez que a sujeição das partes em relação a outras pelo exercício de poderes, que assim se caracteriza justamente em razão da capacidade de sujeição, é elemento característico comum.

Mas ressalte-se que a preclusão também se refere a faculdades, além de que é instituto processual e que se realiza em razão da manutenção perene da coordenação, sucessão dos atos e continuidade dos procedimentos para a prestação jurisdicional. Esse interesse direto do instituto em manter a direção e a marcha do processo no sentido da prestação jurisdicional serve de excelente critério distintivo, porque põe em evidência a noção de instrumentalidade da preclusão para a promoção de medidas necessárias ao desenrolar, e bom, do processo.

2.3.3 Preclusão como efeito jurídico

Retomando o raciocínio que encerrou o tópico anterior, a preclusão não foi expressamente estruturada pela legislação. A dogmática não lhe inaugurou e nem lhe proporcionou a organicidade, sistematizando-a e atribuindo-lhe as qualidades, características e efeitos.

A norma positivada somente se serviu do instituto para administrar as soluções que se mostraram

38 BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 117.

39 DIDIER Jr., Fredie. "Sentença constitutiva e execução forçada". Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/>, consultado em 18.04.2011, às 21h8min.

40 BARBOSA, op. cit., p. 117.

interessantes para os desideratos processuais, porquanto se revelam tais fórmulas por meio dos parcos dispositivos que se referem diretamente à preclusão.

Entretanto, o uso dos expedientes dogmáticos chamados preclusivos, ou as hipóteses de preclusão, revelam muitos mais do que simples tipos legais estatuídos com determinados fins. Os fatos eleitos como hipótese de incidência, fato gerador, *fattispecie* ou *tatbestand* são muito didáticos para demonstrar uma qualidade que é intrínseca à preclusão e muito aceita pela doutrina, sem que haja maiores embates por conta disso.

Considerando a reunião de atos ou fatos que dão origem à preclusão, está é facilmente caracterizável como um efeito jurídico. A preclusão é, na maioria das vezes, o resultado da reunião de determinados fenômenos que o direito elege para lhe servir de suporte e condicionar juridicamente a emersão de um determinado efeito à reunião deles, qual seja, o de eliminação de um poder ou faculdade processual.

CHIOVENDA já havia se referido expressamente a esta qualidade da preclusão, quando afirma que se trata de uma expressa consequência jurídica à agremiação dos elementos enunciados como formadores do tipo, nesse sentido, *In verbis*:

Coligi e reuni sob essa observação e essa denominação numerosos casos (e não são todos) nos quais esse expediente se acha aplicado pela lei. São casos variadíssimos, seja pela faculdade processual a que se refere cada um deles, seja pelos efeitos que pode produzir a preclusão do exercício dessa faculdade; mas têm todas, em comum, este elemento, em que, para mim, se concentra a essência da preclusão, a saber, a perda, ou extinção, ou consumação, ou como quer que se diga, de uma faculdade processual pelo só fato de se haverem atingido os limites prescritos ao seu exercício.⁴¹

Dessa forma, as hipóteses acima traçadas de preclusão atendem a esse critério e revelam que o transcurso do tempo (preclusão temporal) a prática de um determinado ato incompatível com o desiderato de praticar um outro que lhe seja posterior (preclusão lógica), a prática de um ato que se deseja repetir, preclusão consumativa, da mesma sorte que o cometimento de um ilícito, nas hipóteses transcritas, implicam a perda de uma faculdade ou poder processual.

Nesse ponto, há de se diferenciar poder processual de faculdade. Deve ser utilizado para tanto e como critério a existência ou não de interferência na esfera jurídica alheia pelo simples lançar mão dessa faculdade ou poder.

Faculdade, portanto, seria o exercício pela parte da sua liberdade de conduta no processo, sem que perceba vantagens jurídicas, mas sempre sem implicar ônus para o órgão judiciário ou interferir no patrimônio jurídico processual do adversário, não lhe promovendo prejuízos e nem aproveitamentos. Estas seriam as faculdades, as faculdades puras, que são muito raras no processo.⁴²

Por outro lado, a preclusão pode atingir os poderes das partes, que são faculdades que, quando exercidas, produzem efeitos sobre a esfera jurídica alheia, gerando deveres para o órgão judiciário ou agravando a situação da outra parte. Assim, o simples exercício destes poderes são aptos a motivar a degradação da condição da para a parte contrária ou obrigações para o juízo.

Ilustrou bem o tema CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO quando afirma, *litteris*:

Bastante ilustrativo é o poder de recorrer: a parte vencida tem a faculdade de optar entre recorrer ou não recorrer, mas se optar por fazê-lo isso criará para o órgão jurisdicional superior o dever de proferir nova decisão. Como todos os poderes, o de recorrer inclui uma faculdade, que no entanto não é pura faculdade.⁴³

Assim, não é árdua a tarefa de classificar a preclusão como o efeito jurídico de extinção de uma faculdade ou poder processual decorrente da reunião de determinados elementos constitutivos de um tipo.

41 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184

42 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 203.

43 *Ibid.*, p. 206.

Aliás, conforme ilustrado acima, a preclusão como efeito jurídico apto a extinguir faculdades ou poderes das partes expõe a face do instituto de maior recorrência nos diversos regimes jurídicos processuais do ordenamento jurídico brasileiro. Esta natureza de efeito jurídico é que está mais apta a proteger os interesses veiculados por meio desse instrumento que objetiva necessariamente a manutenção do desenvolvimento processual, a evolução do processo, um desenrolar progressivo, impondo a sucessão de procedimentos destinados à prestação jurisdicional, nas palavras de CHIOVENDA, "este elemento, em que [...] se concentra a essência da preclusão."⁴⁴

Quando se refere à essência da preclusão, se está dizendo que este instituto se caracteriza em maior medida quando efeito jurídico de extinção dos poderes ou faculdades processuais dos sujeitos do processo. Isso porque, conforme já exaustivamente ressaltado, o interesse maior e mais direto de se instituir a preclusão é justamente de se criar um efeito jurídico que garanta a marcha processual no sentido da prestação jurisdicional e para impedir o retorno do procedimento a fases anteriores.

Essa é o funcionamento primordial da preclusão e que demonstra a sua condição mais relevante e notável: de efeito jurídico.

Mas resta atestar se a preclusão também pode se caracterizar como um fato jurídico.

2.3.4 Preclusão como fato jurídico

A leitura da cadeia normativa que envolve a matéria permite afirmar que a preclusão pode originar outros efeitos, tais quais ela o é quanto classificada desta maneira. À legislação é absolutamente facultada a formulação de um determinado regime jurídico que admita a preclusão como um fato que implique os efeitos desejados.

A norma jurídica, e a isso acresça-se (mesmo que por mais obvio que pareça), entendida no sentido estritamente jurídico, nada mais é do que uma programação constitutiva, uma formulação do próprio universo jurídico. Na perspectiva do ordenamento, a norma vincula o direito de acordo com os elementos que ela própria dispõe, ela o concebe de acordo com o seu desiderato.

Ressalte-se a norma jurídica tem certamente força criativa do sistema e também descritiva, uma vez que as considerações anteriores foram suficientes para caracterizar a norma de tal forma e servem a ambas as conclusões. Mas é necessário que se ressalte que, mesmo que a norma (agora entendida como um enunciado linguístico representativo) não limite de forma absoluta o direito a partir dos elementos de que ela dispõe, esta assim o faz em certa medida, ou seja, relativamente. Isso prova a sua natureza construtiva, mas não lhe nega a descritiva.

O que se tentar explicitar é que, por conta de haver limites à capacidade representativa dos enunciados linguísticos, assim como limitações de quem os emite, a norma jurídica é muito mais ampla do que os elementos do dispositivo podem denotar. A norma jurídica não se limita aos termos e sentido mais estritos dos seus enunciados. Ela é frequentemente mais ampla que isso.

Entretanto, essa abertura hermenêutica não é total. Dos enunciados jurídicos não há uma infinita normogênese. Os elementos reunidos nesse enunciado limitam a interpretação a determinados níveis, não sendo possíveis as interpretações que extrapolam essas barreiras.

Assim o é em relação ao instituto preclusão, vez que o ordenamento jurídico se utiliza frequentemente desse expediente, mas não tratou de promover a constituição da sua matriz, como nos casos, por exemplo, quando o Código Tributário Nacional descreve as espécies de tributo. Nesse particular, a norma informa o conceito jurídico acerca do que é imposto, taxa e contribuição de melhoria, atribuindo-lhes as características mais elementares de cada uma das espécies.

A legislação, quanto a isso, tratou de reunir os elementos necessários e suficientes à caracterização do que é cada uma das espécies tributárias. A partir do critério legal de atribuição de qualidades se pode

44 CHIOVENDA, op. cit., p. 184.

facilmente distinguir o que é taxa do que é imposto e do que é contribuição de melhoria.⁴⁵

Mas não somente, fez melhor que isso, pois além de minudenciar as espécies de tributos, também tratou de enquadrá-las nesse gênero. Assim o fez por meio de enquadramento direto, o que ocorre quando arbitrariamente se insere determinado elemento em um conjunto. Mas também enquadrando substancialmente as espécies, pois descreveu as qualidades do gênero a que pertencem e tratou de repetir essas qualidades também nas variadas espécies.

No caso do processo civil e do instituto preclusão, verifica-se que a legislação não estruturou o fenômeno, pois somente lhe dispensou disciplina casuística, lançando mão das providências veiculadas pela preclusão, nas hipóteses que se revelaram salutares. Em raras exceções, a legislação processual a ele se refere com tratamento muito genérico, a exemplo dos artigos 245, caput e parágrafo único e 473 do Código de Processo Civil, quando determina que:

Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Nos demais casos, apenas elege os elementos constitutivos do tipo e formula as consequências para cada situação em particular.

Dessa forma, "o Código de Processo Civil não apresenta uma disciplina Orgânica e sistemática da preclusão. Simplesmente assume esse conceito doutrinário [...]".⁴⁶ Afirmar que a lei assumiu esse conceito doutrinário, significar dizer que a doutrina se encarregou de catalogar as ocorrências desse fenômeno, enumerar as suas características e determinar a relação de causalidade do mesmo.

No mesmo sentido observa CHIOVENDA, quanto atesta que a sua tarefa em relação à preclusão foi prospectiva e classificatória dos efeitos sob esta rubrica:

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 de tais limites, não se pode usar delas. Emprestei a essa consequência o nome de "preclusão", [...]. Coligi e reuni sob essa observação e essa denominação numerosos casos (e não são todos) nos quais esse expediente se acha aplicado pela lei. São casos variadíssimos, seja pela faculdade processual a que se refere cada um deles, seja pelos efeitos que pode produzir a preclusão do exercício dessa faculdade.⁴⁷

A partir da constatação de que é possível ao ordenamento jurídico eleger livremente os elementos constitutivos do tipo jurídico, cujos efeitos também são de sua livre escolha, é que se identifica o instituto preclusão como componente de diversos outros efeitos jurídicos.

45 Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

46 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 456.

47 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184.

Entretanto, a preclusão como fato jurídico não corresponde à descrição levada a cabo em algumas oportunidades por alguns doutrinadores. A referência à preclusão como um fato processual advindo da ausência de outro, ou em consequência a outro fato, não lhe implica qualidade de fato jurídico ou processual.

A preclusão é um acontecimento, um fato, que surge no processo, ou como resultado da ausência de outro (inércia durante o tempo útil destinado ao desempenho de certa atividade); ou como consequência de determinado fato, que, por já ter sido praticado na ocasião oportuna, consumou a faculdade (para a parte) ou o poder (para o juiz) de praticá-lo uma segunda vez; ou ainda como decorrência de haver sido praticado (ou não) algum ato, incompatível com a prática de outro.⁴⁸

Essa formulação, embora absolutamente pertinente em relação às qualidades do instituto, não corresponde exatamente à preclusão quando faz referência à mesma como um fato que enseja a extinção das faculdades ou poderes processuais, em consequência à implementação do tipo jurídico.

Essa referência à preclusão, nessa oportunidade, manifesta claramente a sua natureza de efeito jurídico, pois não se pode diferenciar a preclusão da extinção dos poderes ou faculdades que dela decorreria. A extinção dos poderes ou faculdades são justamente a preclusão. Preclusão, nos casos descritos no excerto, é essencialmente a extinção dessas situações jurídicas ativas por conta da reunião de determinados fatos, dos quais se origina a extinção. Preclusão e o impedimento à prática dos atos por ela inquinados são a mesma coisa.

Mas essa não é uma posição isolada. A tentativa de tratar a preclusão como um fato jurídico a partir da perspectiva de observação da mesma como o efeito que ela consubstancia ocorre por uma injustificável fusão de dois conceitos jurídicos. Isso decorre da confusão do conceito de fato jurídico, como dado relevante para a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, com o de evento jurídico, que é absolutamente genérico, quase como “coisa jurídica”. Esse último é, portanto, próximo de ser inservível, derivado unicamente da simples percepção deste determinado fenômeno, que tanto pode ser um fato, quanto um efeito jurídico.

Nesse sentido, corroborando a ideia de que a preclusão, quando encerra as faculdades ou direitos processuais, é a própria extinção, *litteris*:

Consoante esse mesmo raciocínio acima exposto, o fato jurídico será, por sua vez, processual quando tiver relevância para o processo, isto é, quando produzir efeitos ou consequências sobre este último. Assim como um fato da vida é considerado do jurídico quando for relevante para o direito, de forma idêntica, desde que relevante para o processo, será então também considerado processual.⁴⁹

E o autor complementa, afirmando expressamente as conclusões acima tomadas, no sentido de que “Como já asseverado anteriormente, parece-nos mais adequado afirmar que a preclusão e a própria perda, não sendo um mero efeito dela oriundo.”⁵⁰

Dito isto, embora seja absolutamente saliente no ordenamento que a predominância do instituto se revele quando efeito jurídico, posto que nesse particular “O propósito do legislador é imprimir maior precisão no processo, tornar possível a definitiva certeza dos direitos, e assegurar-lhes rápida satisfação.”⁵¹ provocando a extinção das faculdades e poderes processuais, nada obsta ao fenômeno preclusivo servir de suporte fático para outros efeitos, sendo, nessa perspectiva, um legítimo fato jurídico.

A doutrina, por via de consequência, já se encarregou de catalogar as ocorrências do fenômeno, assim caracterizado por reunir os elementos de distinção da preclusão já tratados.

48 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo civil)”. Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, 145.

49 GIANNICO, Maurício. A preclusão no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 68.

50 Ibid., p. 70.

51 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 183.

Veja o caso da coisa julgada (efeito jurídico). A preclusão é elemento do suporte fático do fato jurídico composto consistente na prolação de decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, acobertada pela coisa julgada formal (preclusão temporal máxima), cujo efeito é a formação de coisa julgada material.

A preclusão também pode compor o suporte fático de fato jurídico invalidante de ato processual: é o que ocorre com a interposição intempestiva de um recurso (fato jurídico = interposição de recurso + preclusão temporal), cuja consequência é a inadmissibilidade (invalidade) do procedimento recursal.⁵²

No mesmo sentido afirma ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA, quando conclui que “Ela não é apenas circunstância, mas dela poderão decorrer muitas circunstâncias; não está somente ligada à estrutura, porque é, afinal, a garantia da estrutura do processo.”⁵³, fazendo crer que o instituto, conforme o próprio autor afirma que o é⁵⁴, pode servir de suporte fático para que sejam deflagrados outros efeitos jurídicos, constituindo também fato jurídico e não somente efeito.

Esta condição da preclusão como fato jurídico também já havia sido objeto de tratamento por CHIOVENDA, na medida que o referido autor expressamente afirma que do instituto pode se originar direitos, compondo a preclusão um dos elementos do tipo jurídico que prevê a constituição de uma relação jurídica:

Da preclusão pode originar-se um direito (por exemplo, *actio iudicati*); mas pode mais comumente originar-se uma simples situação jurídica. A situação jurídica (Kohler) é, por igual, uma figura jurídica do direito privado e do direito processual; distingue-se do direito porque encerra apenas um elemento do direito, ou de um efeito ou de um ato jurídico futuro; quer dizer, apresenta-se uma circunstância que, com o concurso de outras circunstâncias sucessivas, pode conduzir a determinado efeito jurídico, ao passo que, se tais circunstâncias não sobrevêm, deixa aquela de produzir qualquer efeito.⁵⁵

Nesse particular, é ressaltada a recorrente condição da preclusão como um elemento constitutivo do tipo. Da mesma forma que o exemplo formulado por DIDIER JÚNIOR, CHIOVENDA salienta a condição da preclusão como um dos elementos do direito “circunstância que, com o concurso de outras circunstâncias sucessivas, pode conduzir a determinado efeito jurídico”⁵⁶.

Invoca, inclusive, semelhante exemplo que o referido por DIDIER no que tange à constituição da coisa julgada, havendo a preclusão de integrar um dos elementos do tipo jurídico e assim produzindo outros efeitos em uma relação processual diversa daquela em que se formou: “outra coisa é o caso julgado que decorre da preclusão da questão de mérito e se destina a produzir seus efeitos nos processos futuros (supra, vol. I, n.º 117);”⁵⁷.

Como um outro exemplo de preclusão servindo de elemento integrador do suporte fático, pode se citar a prorrogação da competência em razão de estar precluso o direito da parte de arguir a incompetência *ratione loci*. Nesses casos, a preclusão atua como legítimo fato jurídico, promovendo prorrogação da competência do juízo, em razão do simples fato de não ter sido oposta exceção pela parte interessada e que dispunha deste poder processual.

Ademais, não é profícuo o exame sucessivo dos exemplos, pois muito diversos e apenas a ocorrência de um deles é capaz de provar a condição da preclusão de, em determinadas situações, fato jurídico.

O essencial é atestar simplesmente a existência desses fenômenos e perscrutar a dinâmica do mesmo, compreendendo quais são os elementos que denotam essa situação. Logo, a preclusão será fato

52 DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.

53 BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 38.

54 Ibid., p.38: “Considerá-la como método, parece-nos que é alterar-lhe a verdadeira posição, uma vez que, na verdade, ela é o instituto do qual decorre o método do processo.”

55 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 185.

56 Ibid., p. 185.

57 Ibid., p. 186.

jurídico sempre que esta integrar um dos elementos de um tipo, implicando a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica. Assim o será quando essencial, isolada ou conjuntamente com outros elementos, para a verificação de outros efeitos.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **"Preclusão (Processo civil)". Saneamento do processo**. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. 2a ed. São Paulo: RT, 1992.
- BARBI, Celso Agrícola. **"Da preclusão no processo civil"**. Revista Forense, n. 158.
- CAPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. 01, Tradução e notas de Elicio de Cresi Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. **Principios de Derecho Procesal Civil**, Tomo II; [tradução: Profesor José Casáis Y Santaló] Madrid: Editorial Reus, 1922.
- _____. **"Cosa juzgada e preclusión"**. *Ensayos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3, p. 223-292.
- COSSIO, Carlos. **La Teoría Egologica del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- DIDIER Jr., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.
- _____. **"Sentença constitutiva e execução forçada"**. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/>, consultado em 18.04.2011, às 21h8min.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. 2. ed. São Paulo: Idéias & Letras, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; [tradução João Batista Machado] 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **"A posição dos tribunais no sistema jurídico"**. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, volume 2 : processo de conhecimento / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. - 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra **Manual do processo de conhecimento** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- TESHEINER, José Maria. **"Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz"**. Disponível em <http://www.tex.pro.br/>.