

RAQUEL HECK MARIANO DA ROCHA

**A PRECLUSÃO COMO INSTITUTO ESSENCIAL À
ORDEM JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como exigência parcial para a obtenção de grau de mestre em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Gilberto Porto

Porto Alegre

2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R672p Rocha, Raquel Heck Mariano da
 A preclusão como instituto essencial à ordem
 jurídica / Raquel Heck Mariano da Rocha. – Porto
 Alegre, 2010.
 214 f.

 Diss. (Mestrado em Direito Processual Civil) –
 Fac. de Direito, PUCRS.
 Orientação: Prof. Dr. Sérgio Gilberto Porto.

 1. Direito. 2. Direito Processual Civil.
 3. Preclusão. I. Porto, Sérgio Gilberto. II. Título.

CDD 341.46

RESUMO

O instituto da preclusão tem raízes remotas e presença marcante nos mais diversos ordenamentos, pois todo processo, perseguindo a precisão e a rapidez, traça limites ao exercício de faculdades processuais. Em que pese a amplitude de situações abarcadas pelo instituto, pode-se entendê-lo como um fato jurídico processual impeditivo, traduzido na impossibilidade da prática de atos processuais fora do momento adequado (preclusão temporal), em contrariedade à lógica (preclusão lógica) ou já praticados válida ou invalidamente (preclusão consumativa). A preclusão tem variados fundamentos e princípios informadores. Repousa, em grande parte, no ideal de ordenação, buscando dar ao processo um formalismo garantidor da observância de um sistema preestabelecido, em homenagem à garantia constitucional do devido processo legal. Também se funda, claramente, na necessidade de celeridade e de uma razoável duração do processo. Tem, ainda, o sentido de evitar a contradição e a incoerência no processo, privilegiando a segurança jurídica e a boa-fé. A preclusão, segundo entendimento hoje consagrado, atinge tanto as faculdades das partes quanto os poderes do juiz, tendo aplicação em todas as fases do processo. Contudo, em certas situações excepcionais, é afastada ou mitigada. A preclusão tem feições próprias e se distingue de institutos afins, tais como a decadência, a prescrição, a coisa julgada e a perempção, pois é fenômeno endoprocessual, que só opera efeitos no bojo do processo em curso e não se caracteriza como sanção.

Palavras-chave: preclusão – atos processuais – fato impeditivo – ordenação – formalismo – devido processo legal – celeridade processual – razoável duração do processo – efetividade do processo – segurança jurídica – proteção da confiança – boa-fé – lealdade processual – prazos – preclusão *pro judicato* – decadência – prescrição – coisa julgada – perempção.

RIASSUNTO

L'istituto della preclusione ha radici lontane e presenza considerabile nelle più diversi ordinamenti, poiché tutti i processi, perseguendo la precisione e la celerità, tracciano limiti agli esercizi delle facoltà processuali. Anche se le situazioni contenute nell'istituto sono varie, si può ritenerlo come un fatto giuridico processuale impeditivo, tradotto nell'impossibilità della pratica di atti processuali fuori dal momento adatto (preclusione temporale), in contrarietà alla logica (preclusione logica) oppure prima d'ora compiute, validamente o no (preclusione consuntiva). La preclusione ha vari fondamenti e principi informativi. Riposa, in gran parte, sul ideale di ordinazione, cercando di dare al processo un formalismo che possa garantire l'osservanza di un sistema pre stabilito, in omaggio alla garanzia costituzionale del Giusto Processo. Si fonda chiaramente anche sul bisogno di celerità e di una ragionevole durata del processo. Ha, pure, il senso di deviare la contraddizione e l'incoerenza nel processo, rispettando la sicurezza giuridica e la buona fede. La preclusione, secondo l'orientamento prevalente, riguarda tanto le facoltà delle parti come i poteri del giudice, devendo essere applicata durante tutte le fasi del processo. Però, in certe situazioni eccezionali, può essere mitigata. La preclusione ha le sue proprie tracce e si distingue dall'istituti simili, come la decadenza, la prescrizione, la cosa giudicata e la perenzione, perché è un fenomeno endoprocessuale, che opera sui effetti soltanto durante il corso del processo, non caratterizzandosi come una sanzione.

Parole chiave: preclusione – atti processuali – fatto impeditivo – ordinazione – formalismo – Giusto Processo – celerità processuale – ragionevole durata del processo – effettività del processo – sicurezza giuridica – protezione della fiducia – buona fede – lealtà processuale – termini – preclusione *pro judicato* – decadenza – prescrizione – cosa giudicata – perenzione.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO	11
1.1 RAÍZES HISTÓRICAS	11
1.2 CONCEITO	20
1.3 NATUREZA JURÍDICA	26
2 BREVE NOTÍCIA DA PRECLUSÃO EM SISTEMAS ESTRANGEIROS	35
2.1 ITÁLIA.....	35
2.2 FRANÇA.....	42
2.3 ESTADOS UNIDOS.....	45
2.4 PORTUGAL.....	50
2.5 ESPANHA.....	52
3 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS INFORMADORES	58
3.1 ORDENAÇÃO, FORMALISMO E DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	58
3.2 CELERIDADE, RAZOÁVEL DURAÇÃO E EFETIVIDADE DO PROCESSO	64
3.3 SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	71
4 ESPÉCIES DE PRECLUSÃO	77
4.1 A FORMULAÇÃO DE CHIOVENDA	77
4.1.1 Preclusão temporal.....	78
4.1.2 Preclusão lógica	82
4.1.3 Preclusão consumativa.....	83
4.2 PRECLUSÃO PARA O JUIZ	85
4.2.1 Sujeição do juiz à preclusão.....	85
4.2.2 Opção terminológica: a controversa expressão “preclusão <i>pro judicato</i>”	91
5 A PRECLUSÃO NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	95

5.1 PRECLUSÃO PARA AS PARTES (PRECLUSÃO DE FACULDADES PROCESSUAIS)	95
5.1.1 Fase postulatória	95
5.1.1.1 Dedução de alegações: princípio da eventualidade.....	95
5.1.1.2 Apresentação de documentos.....	98
5.1.1.3 Resposta do réu: modalidades e simultaneidade.....	102
5.1.1.4 Exceção de incompetência.....	105
5.1.2 Fase instrutória	106
5.1.2.1 Prova pericial	106
5.1.2.2 Prova testemunhal	110
5.1.3 Fase recursal.....	115
5.1.3.1 Interposição de recurso e abstenção de prática incompatível.....	115
5.1.3.2 Impossibilidade de aditar ou complementar o recurso	117
5.1.3.3 Complementação das peças do agravo	119
5.1.3.4 Impossibilidade de interposição de recurso adesivo por quem já recorreu em caráter principal	120
5.1.3.5 Interposição de recurso e comprovação do preparo	122
5.1.4 Fases de liquidação e de cumprimento da sentença – impugnação de cálculos	128
5.1.5 Arguição de questões de ordem pública	130
5.1.6 Observância do horário de expediente forense	133
5.2 PRECLUSÃO PARA O JUIZ (PRECLUSÃO DE QUESTÕES).....	135
5.2.1 Apreciação de questões de ordem pública.....	135
5.2.2 Saneamento do processo	144
5.2.3 Matéria probatória.....	149
5.2.4 Pedido de reconsideração.....	158
5.2.5 Erro material.....	160
5.2.6 Preclusão hierárquica	163
5.2.7 Juízo de admissibilidade recursal	166
5.2.8 Antecipação de tutela	168
6 INSTITUTOS AFINS	170
6.1 DECADÊNCIA.....	170
6.2 PRESCRIÇÃO	173
6.3 COISA JULGADA	175
6.3.1 Coisa julgada material	175
6.3.2 Coisa julgada formal.....	180
6.4 PEREMPÇÃO	184
CONCLUSÕES.....	186
BIBLIOGRAFIA	195

INTRODUÇÃO

Alguns institutos assumem na ordem jurídica tamanha relevância que não se pode imaginá-la em sua ausência. É o caso do instituto da preclusão, que, marcando forte presença em todo o desenrolar do processo, tem papel determinante em sua estruturação, ditando seu ritmo e sua dinâmica, ao ponto de não ser exagero dizer-se que o tratamento dispensado à preclusão dá as feições de um dado sistema processual, deixando entrever os valores que o alicerçam.

Até recentemente pouco explorado pela doutrina nacional, o tema da preclusão vem conquistando uma crescente atenção, que, conquanto tardia, se justifica plenamente. Seja pela recorrência com que se faz presente, seja pelas acirradas divergências doutrinárias e jurisprudenciais que inspira, a preclusão é matéria de atualidade permanentemente renovada.

Responsável pela ordenação e agilidade do processo, a aplicação habilidosa de regras sobre preclusão impede embaraços e retrocessos, permitindo um avançar constante em direção à solução da controvérsia. Em tempos de justificado clamor por celeridade, em que a razoável duração do processo galga *status* de garantia constitucional, indispensável se faz revisitar o assunto.

Impedindo o retorno a fases processuais já ultrapassadas (ora determinando o momento para a prática dos atos processuais, ora preservando a lógica e a coerência desses atos), a preclusão contribui inequivocamente para abreviar o trâmite do processo. Em um sistema que a ignorasse, as reviravoltas constantes importariam em grave retardamento da marcha processual.

Mais do que apenas assegurar a agilidade do processo, porém, a preclusão também promove a ordem no desenvolvimento das etapas processuais, garantindo às partes a

segurança de que necessitam. Esse poder ordenador assegura um mínimo de previsibilidade e de confiança na observância de um sistema processual preestabelecido, servindo à realização da garantia do devido processo legal.

O formalismo imposto pela preclusão não deve ser compreendido como entrave ao pleno exercício de direitos ou de faculdades pelas partes ou de poderes pelo juiz. Seu escopo é tornar o processo, tanto quanto possível, seguro, desembaraçado e isonômico. O desafio contemporâneo de prestigiar a instrumentalidade do processo sem vulnerar as legítimas expectativas depositadas pelas partes em uma ordem legal estável tem íntima relação com o instituto da preclusão.

Indo-se além, constata-se que as regras concernentes à preclusão também servem à preservação da ética no processo, vedando comportamentos contraditórios e surpresas maliciosamente engendradas. Evita-se, com sua aplicação, que as partes pratiquem atos incompatíveis entre si ou que reservem deliberadamente a apresentação de questões relevantes para momentos imprevisíveis, em postura contrária à boa-fé que se espera dos litigantes.

Por todas as suas nuances, é relevante o estudo da preclusão. Não se pode pretender, no entanto, desvendá-las por completo, por tratar-se de tema inesgotável e que, por permear todas as fases do processo, traz consigo outros tantos que lhe são correlatos, muitos dos quais de expressiva complexidade. O presente trabalho, sem ignorar tais dificuldades, tem por objetivo o estudo da preclusão, abordando temáticas adjacentes apenas na medida do necessário ao exame de seu objeto central.

Nessa perspectiva, buscar-se-á caracterizar o instituto da preclusão e compreender-lhe o alcance, partindo de uma análise histórica breve, mas suficiente para que se perceba seu caráter indispensável, passando-se então a examinar sua natureza jurídica e a conceituá-lo.

Vencida a tarefa de caracterização, examinar-se-ão, em algumas linhas, as manifestações e o tratamento do instituto em alguns sistemas processuais estrangeiros. Sem qualquer pretensão de alcançar uma plena e completa análise comparada, inviável diante das limitações impostas pela amplitude do tema, buscar-se-á retratar sinteticamente o perfil da preclusão nos ordenamentos estudados, a fim de propiciar o cotejo com o sistema pátrio.

Dedicar-se-á também uma parte do trabalho ao exame dos fundamentos e princípios informadores da preclusão, imprescindível para que se logre dar-lhe aplicações práticas

razoáveis. Nesse desiderato, serão abordadas as relações entre o instituto da preclusão e temas como ordenação, formalismo, devido processual legal, efetividade, celeridade, proteção da confiança e boa-fé.

Prosseguir-se-á com o exame das espécies de preclusão, classificando-se-as para fins didáticos e detalhando-se suas diversas formas de manifestação no processo. A clássica tripartição da preclusão nas modalidades temporal, lógica e consumativa será destacada para bem se aquilatar a vasta abrangência do instituto.

Dedicar-se-á também um capítulo desta dissertação ao trato específico de situações em que a preclusão se faz presente, examinando suas manifestações mais freqüentes tanto em relação às partes quanto ao juiz. Contando não apenas com as fontes doutrinárias, mas também com o indispensável socorro à jurisprudência, analisar-se-ão as hipóteses mais corriqueiras de preclusão, apontando-se as soluções viáveis às tantas e controvertidas situações práticas de aplicação do tema.

Finalmente, já suficientemente delineado o instituto, se procurará, para fins de maior clareza, cotejar a preclusão com outras figuras processuais, distinguindo-a de institutos afins (tais como a decadência, a prescrição, a coisa julgada e a preempção) para uma compreensão mais completa de seus contornos e limites.

Ao fim do estudo deste que é um dos temas fundamentais do processo civil, embora não se tenha a leviana expectativa de esgotar o assunto, espera-se chegar às soluções mais condizentes com um processo que desafiadoramente se quer, a um tempo, célere, efetivo, instrumental e ético.

CONCLUSÕES

Esperando haver logrado traçar os principais contornos e implicações do instituto da preclusão, lançam-se, à guisa de conclusão, algumas proposições:

1) A preclusão tem origem remota, fazendo-se presente, em maior ou menor medida, nos mais diversos ordenamentos ao longo dos tempos. A sistematização do instituto, porém, se deve a Chiovenda, que, a partir da obra de Bülow, definiu as principais linhas até hoje adotadas para a compreensão do instituto, dando-lhe, inclusive, a denominação.

2) Chiovenda conceituou a preclusão como a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual que se sofre pelo fato de não se haver observado a ordem prescrita em lei para seu exercício, como os prazos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções; ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade; ou de já se haver validamente exercido a faculdade. Em que pese a definição tenha suscitado diversas críticas, as idéias centrais necessárias à compreensão da preclusão estão contidas nessa definição, bastando acrescentar que o instituto atinge também a atuação judicial.

3) A preclusão não constitui sanção. Liga-se à idéia de ônus (zelo pelo próprio interesse), e não à de dever ou à de obrigação. Tem a natureza de fato jurídico processual impeditivo de caráter secundário.

4) Na Itália, o Código de Processo Civil de 1865 era substancialmente inspirado no princípio oposto ao da preclusão, isto é, no princípio da liberdade. O Código de 1940, já absorvendo o ensinamento chiovendiano, primou pela concentração e pela imediatidade, mas acabou por instaurar um sistema demasiado rígido, que praticamente desconhecia temperamentos. A rigidez do procedimento não tardou a encontrar resistência, conduzindo à reforma de 1950, cuja excessiva liberdade, no entanto, gerou críticas por prejudicar a ordem

do processo. A reforma de 1990, aumentando sensivelmente o rigor do regime de preclusões vigente no processo civil italiano e estabelecendo regras que separam o processo em fases razoavelmente estanques, suscitou uma revitalização do tema.

5) Na França, O Código de Processo Civil de 1807, impregnado pela ideologia liberal, se caracterizava pelo garantismo individual e pela ampla liberdade na atuação das partes, daí resultando um regime de poucas preclusões. Após algumas reformas do antigo Código, sobreveio o *Code de Procédure Civile* de 1975, ainda em vigor, cujas disposições, no que diz respeito à preclusão, revelam ainda boa dose de flexibilidade em comparação a outros sistemas processuais.

6) Nos Estados Unidos, embora aprofundados os estudos sobre a coisa julgada, nem as normas processuais nem a doutrina dão maior atenção à preclusão. Contudo, o sistema norte-americano não desconhece o instituto. No que diz respeito ao juiz, existe figura próxima à da preclusão de questões decididas no curso do processo: a doutrina da *law of the case*, segundo a qual um mesmo tribunal tratará suas próprias decisões como conclusivas nos procedimentos subseqüentes. Contudo, tal doutrina expressa meramente a prática dos tribunais de se recusarem a reabrir o que já foi decidido, e não um limite expresso a seu poder. Quanto à preclusão de faculdades das partes, em virtude da falta de exercício oportuno, em que pese a pouca sistematização, pode-se identificá-la pelo exame de algumas das chamadas *Federal Rules of Civil Procedure*, em especial das que tratam da fixação de prazos processuais.

7) Em Portugal, após o Código de Processo Civil de 1876, privatista e de formas solenes, o Código de 1939 deu um passo adiante na ordem e na disciplina do processo, incorporando a concentração e impondo limites claros ao poder das partes de alterar o objeto litigioso, consagrando o princípio da eventualidade. No diploma de 1961, ainda em vigor após várias reformas, estabeleceu-se a necessidade de observância dos prazos assinalados em lei, consagrando-se a preclusão temporal. No entanto, a reforma de 1997, para implementar novas diretrizes de desburocratização e modernização, estabeleceu uma atenuação da preclusão na alegação de fatos, e a reforma de 2003, na linha do princípio da cooperação, estabeleceu a possibilidade de ser praticado o ato processual, independentemente de justo impedimento, dentro dos três primeiros dias úteis subseqüentes ao seu termo, mediante o pagamento de multas, pontos que tornam o atual sistema português mais maleável do que o brasileiro no tocante à preclusão.

8) Na Espanha, a primeira *Ley de Enjuiciamiento Civil*, datada de 1855, era marcada pela liberdade das partes para deduzir os meios de ataque, defesa e produção de provas, o que não se alterou com a sobrevinda de uma nova LEC em 1881. O Real Decreto de Abril de 1924 estabeleceu prazos processuais e consagrou o sistema do impulso oficial, incumbindo o juiz de dar ao processo o curso correspondente. A *Ley de Enjuiciamiento Civil* sofreu ainda várias reformas, em especial em 1984 e 1991, até ser substituída por outra em 2000, com o objetivo de tornar o processo mais efetivo. A atual LEC consagra a regra da eventualidade e limita a atuação das partes, subordinada à observância de termos e prazos. No tocante às atividades do juiz, a LEC veda o retrocesso ou a reapreciação de questões, dispondo serem firmes as decisões contra as quais a lei não prevê recurso ou aquelas para as quais já se tenha expirado o prazo recursal sem impugnação.

9) Dentre os fundamentos da preclusão, sobressai a necessidade de ordenação, obtida através da obediência às formalidades que conferem ao processo um movimento constante e lógico. Trata-se de um formalismo necessário que, desde que não exacerbado, assegura às partes segurança jurídica, no sentido de garantir-lhes a observância de um sistema preestabelecido, em preservação da garantia constitucional do devido processo legal.

10) Na atual linha de pensamento, em que se têm privilegiado a celeridade, a razoável duração e a efetividade, é inegável o papel salutar que tem a preclusão como impulsionadora do processo. A preclusão – instituto hábil a organizar o procedimento e impor limites à atuação das partes, coibindo abusos – é um dos mais antigos e difundidos instrumentos de combate à demora excessiva da prestação jurisdicional, uma vez que a inexistência de limites à atuação das partes e do juiz contribuiria para acrescentar ao processo desnecessárias delongas.

11) Ao disciplinar a ordem para a prática dos atos processuais, a preclusão atende também aos reclamos da segurança jurídica, assegurando a certeza de que o processo não trará reviravoltas ou surpresas, mas obedecerá à seqüência prevista em lei. Com seu forte sentido de não-contradição, a preclusão é instituto essencial à ordem jurídica, contribuindo para a certeza e a segurança, quer na relação entre o Estado-juiz e as partes do processo, quer na relação entre estas.

12) Em que pese já se tenham esboçado propostas diversas, a classificação mais adequada da preclusão é a que a divide, partindo da lição de Chiovenda, em temporal, lógica e consumativa. A preclusão temporal se opera pelo decurso do prazo previsto em lei para a

prática de um ato processual; a preclusão lógica decorre da incompatibilidade do ato pretendido praticar com outro já adotado no processo; a preclusão consumativa, por fim, se verifica quando se pratica o ato processual previsto em lei, não sendo possível, depois de consumado o ato, praticá-lo novamente.

13) A preclusão atinge não apenas as faculdades processuais das partes, mas também os poderes do juiz. Embora não tendo sido tão exato quanto seria desejável ao formular o conceito de preclusão, Chiovenda já defendia a impossibilidade, ao menos em regra, de o juiz tornar a decidir, no curso de um mesmo processo, questão já decidida. Não há consenso absoluto quanto a ter sido positivada, entre nós, a preclusão para o juiz: enquanto alguns entendem que o art. 471 do Código de Processo Civil tem esse papel; outros ligam o dispositivo somente ao instituto da coisa julgada. A despeito dessa discussão, já não há, contudo, quem defenda a imunidade do juiz ao instituto da preclusão, pois não seria admissível a exposição das partes à instabilidade das renovadas decisões sobre um mesmo ponto.

14) É comum dar-se à preclusão que cobre os atos judiciais a denominação de preclusão *pro judicato*. É imprópria, contudo, a denominação, cunhada por Redenti para designar fenômeno diverso e incorretamente empregada por Riccio, pois significa, em latim, “*preclusão como se tivesse sido julgado*”. Se houve decisão e ocorreu preclusão, não há que se falar em “*preclusão pro judicato*”, porque esta supõe justamente a ausência de decisão.

15) A preclusão limitadora da atuação das partes se faz presente em todas as fases do processo, tem incontáveis exemplos e enseja acirrados debates.

16) Na fase postulatória, são exemplos de manifestações do instituto da preclusão a observância do princípio da eventualidade, as regras sobre apresentação de documentos e a imposição de simultaneidade entre a contestação e a reconvenção.

17) Por imposição do princípio da eventualidade, devem as partes deduzir suas alegações de ataque e de defesa todas de uma vez: o autor na petição inicial e o réu na contestação. Mesmo que eventualmente contraditórias entre si, as diferentes proposições devem ser trazidas aos autos nos momentos determinados por lei, para a eventualidade de que mais tarde possam ser úteis às partes. Não observado o momento oportuno para as alegações, cobre-as a preclusão consumativa.

18) As regras concernentes à apresentação de documentos no processo têm merecido certo abrandamento, entendendo-se viável – não se tratando de documentos indispensáveis à

propositura da ação – que a apresentação permeie todo o processo, desde que sempre se ouça sobre os documentos novos a parte contrária. Mas não se admite a malícia da parte que deliberadamente reserva documento de que já dispunha e que já sabia pertinente ao litígio com o propósito de surpreender posteriormente o oponente, manobra processual que deve ser coibida.

19) A contestação e a reconvenção, segundo interpretação majoritária, devem ser apresentadas conjuntamente, isto é, na mesma data, e não apenas dentro do mesmo prazo (de 15 dias) concedido por lei. Embora profundamente criticável, já que se trata de atos de naturezas distintas reunidos por lei por simples conveniência, trata-se de orientação dominante: apresentada apenas uma das formas de resposta, dá-se a preclusão consumativa, a obstar a posterior apresentação da outra.

20) Na fase instrutória do processo, desperta particular interesse o tema da preclusão quanto ao prazo ditado por lei para apresentação de quesitos e ao fixado para depósito do rol de testemunhas. De um modo geral, têm a doutrina e a jurisprudência entendido que o prazo para apresentação de quesitos não é preclusivo, sendo admissível sua apresentação enquanto não iniciados os trabalhos. É mais rígida, no entanto, a interpretação dada ao prazo fixado em lei para depósito do rol de testemunhas, de regra tido como preclusivo. Explica-se essa maior rigidez em virtude da razão de ser da apresentação tempestiva do rol, que é assegurar o direito à contradita pela parte adversa.

21) Na fase recursal, é a preclusão que sujeita a admissibilidade do recurso à abstenção de ato incompatível; que impossibilita o aditamento ou complementação do recurso ou das peças do agravo de instrumento; que impede a interposição de recurso adesivo por quem já recorreu em caráter principal; que impõe a comprovação do preparo no ato de interposição do recurso, etc.

22) São atos incompatíveis com a vontade de recorrer a renúncia, a desistência e a aquiescência. Há renúncia quando o legitimado a recorrer abdica de tal direito, quer explícita, quer tacitamente. A desistência é o ato pelo qual o recorrente abre mão de ver julgado o recurso já interposto. A aquiescência, por fim, consiste na prática de ato que demonstre, inequivocamente, conformação da parte com a decisão desfavorável. Praticando a parte ato incompatível com a vontade de recorrer, a preclusão lógica obsta a irrisignação recursal.

23) Uma vez interposto o recurso, opera-se sobre o ato a preclusão consumativa, não sendo possível aditar suas razões ou complementar as peças que o acompanharam, no caso do agravo de instrumento.

24) Também por força da preclusão consumativa, não se admite a interposição de recurso adesivo por quem já recorreu em caráter principal. Escolhida uma das modalidades de recurso (a principal) e fixados os limites do inconformismo, o princípio da consumação impede o emprego da segunda modalidade (a adesiva).

25) De acordo com o sistema do Código de Processo Civil, o preparo deve ser comprovado no ato de interposição do recurso. Em que pese existam orientações mais flexíveis, sobretudo no campo doutrinário, a jurisprudência se mostra rigorosa ao exigir que o preparo seja não apenas realizado como também comprovado no ato de interposição, sob pena de preclusão e de deserção. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem-se considerado que o fechamento dos bancos em horário anterior ao do protocolo, quando apresentado o recurso no último dia do prazo, constitui justa causa capaz de afastar a deserção, orientação, contudo, não adotada no Supremo Tribunal Federal.

26) Nas fases de liquidação e de cumprimento da sentença, também tem a preclusão papel marcante e polêmico, pairando divergências, por exemplo, quanto à necessidade de impugnação de cálculos apresentados pelo perito, pelo contador do Juízo ou pela parte adversa antes da decisão que fixa os parâmetros corretos a adotar. A cautela impõe que as partes expressem, sempre que lhes for oportunizada manifestação, eventuais insurgências quanto a critérios, embora questões meramente aritméticas não precisem ser cabalmente refutadas a cada manifestação, nem sejam exigíveis novos cálculos a cada impugnação.

27) As matérias de ordem pública, passíveis de conhecimento *ex officio* e argüição a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (como as afetas às condições da ação, aos pressupostos processuais e às nulidades absolutas em geral), mesmo quando não suscitadas oportunamente pela parte interessada, podem ser apreciadas pelo julgador, não se cogitando de excluí-las dessa apreciação em virtude de haver escoado o prazo ou avançado o processo.

28) Em qualquer fase do processo, há que se ter presente questão correlata à preclusão, que é a que diz respeito ao horário de expediente forense. Como regra, os atos processuais devem ser praticados dentro dos horários previstos no Código de Processo Civil, respeitando-se, porém, os horários de funcionamento estabelecidos pelas leis de organização judiciária locais.

29) Embora reconhecida a possibilidade de se examinarem a qualquer tempo as questões concernentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, que não precluem pelo só fato de não serem oportunamente suscitadas, há grande divergência quanto à

possibilidade de se tornar a decidir, na mesma lide, questão dessa espécie já analisada. A posição mais acertada é a que faculta ao órgão superior conhecer de tais questões, quando não as tenha ainda apreciado e mesmo que tenham sido examinadas pelo órgão *a quo* e restado irrecorridas, ficando impedido, porém, o reexame pelo mesmo órgão julgador que já se tenha pronunciado a respeito, em homenagem à segurança jurídica.

30) Não há preclusão se o magistrado deixa, na decisão saneadora, de examinar as questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação. Embora salutar o exame dessas questões em fase de saneamento, a eventual ausência de decisão a respeito não poderá ser interpretada como acolhida ou rechaço, pois nosso sistema processual não se compatibiliza com a idéia de decisões implícitas.

31) Em matéria de provas, atenuam-se os rigores da preclusão. Tendo em vista a íntima relação do tema com a busca da verdade real e da solução justa, tem-se entendido que o juiz que tenha deferido certa prova não pode voltar atrás e indeferi-la e que, por outro lado, o juiz que tenha indeferido uma prova pode reconsiderar a decisão e deferi-la, de ofício ou a requerimento do interessado, desde que necessária a prova à formação de seu convencimento.

32) O pedido de reconsideração, embora disseminado no cotidiano forense, não encontra amparo legal, esbarrando na regra da preclusão para o juiz. Como também não interrompe o prazo para interposição do recurso cabível, é desaconselhável seu emprego.

33) Os erros materiais (inexatidões materiais e erros de cálculo) não se sujeitam à preclusão, na forma do art. 463 do Código de Processo Civil. Assim só podem ser compreendidos, no entanto, os equívocos evidentes, manifestos, que claramente não traduzam intenção do julgador.

34) A preclusão hierárquica, estribada na hierarquia judiciária, impede que, decidida uma questão pela instância superior no curso do processo, venha o juízo de instância inferior a se pronunciar em sentido oposto, mesmo que em decisão final.

35) O juízo de admissibilidade recursal realizado no órgão *a quo* é provisório e ainda revogável, porque a última palavra toca ao órgão *ad quem*. Embora essa sistemática sofra algumas críticas, em relação à matéria objeto desse juízo, não existe preclusão judicial: o órgão *ad quem* pode declarar inadmissível recurso reputado admissível pelo órgão *a quo*, ou admitir recurso tido por inadmissível na origem.

36) A decisão sobre a antecipação de tutela, conquanto modificável, não é imune à preclusão para o juiz. A revogação ou modificação da decisão tem como pressuposto uma modificação no estado de coisas, uma alteração da situação fática retratada nos autos que a justifique.

37) Embora decadência e preclusão se assemelhem, por envolverem ambas uma situação de perda decorrente do decurso do tempo, existem diferenças substanciais entre os institutos. O objeto da decadência são direitos substanciais; o da preclusão, direitos, faculdades ou poderes processuais. A decadência é uma sanção decorrente da inobservância do prazo preestabelecido em lei para o exercício de um direito; a preclusão não é sanção, mas fato processual impeditivo. A decadência visa, sobretudo, à paz social, enquanto a preclusão, embora também atenda a tal imperativo, tem por escopo principal tornar o processo mais célere e ordenado. Por fim, quanto aos sujeitos envolvidos, a decadência abrange só a inação do autor, enquanto a preclusão pode abranger a atuação do autor, do réu ou do juiz.

38) Da prescrição distingue-se a preclusão por não dizer respeito à subsistência ou não de um direito de ação ou à viabilidade ou não de exercício de uma pretensão, mas, sim, ao exercício ou não de uma faculdade processual circunscrita, por sua própria finalidade, ao âmbito do processo. A prescrição é fenômeno que se revela fora do ambiente processual, enquanto a preclusão incide dentro da esfera do processo. Também ressalta a doutrina que o escopo maior da prescrição é a preservação da harmonia social, ao passo que o da preclusão é a ordem no processo, embora, como visto, também contribua para a segurança jurídica.

39) A nota de indiscutibilidade aproxima os institutos da coisa julgada material e da preclusão. A coisa julgada contém em si a preclusão de qualquer questão futura, ou seja, tem por pressuposto a preclusão das impugnações. Contudo, a autoridade da coisa julgada é destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos, enquanto que a solução adotada pelo juiz para as questões suscitadas no curso do processo não tem essa eficácia. Mais do que isso, porém, a coisa julgada material se distingue da preclusão por dizer respeito à própria questão de fundo debatida, ao mérito da causa, impedindo o revolvimento de questionamentos sobre o próprio direito posto em causa, após seu julgamento. Além disso, a coisa julgada ocorre no encerramento da relação processual, objetivando tornar definitiva e indiscutível a situação jurídica definida pela sentença; já a preclusão é evento que ocorre durante a marcha do processo, impedindo reviravoltas em seu transcurso.

40) A proximidade com a preclusão leva muitos processualistas a questionarem a utilidade do conceito de coisa julgada formal, que não é outra coisa senão a imutabilidade, dentro da relação processual, da sentença contra a qual a parte não dispõe mais de recurso. Por isso se tem ponderado que ambas são fenômenos que, ao término do processo, apresentam os mesmos efeitos e têm a mesma finalidade. Contudo, embora a coisa julgada formal se origine da preclusão, que se consubstancia na não interposição do recurso, ambas não se identificam plenamente: a preclusão diz respeito ao não uso do recurso; a coisa julgada formal é consequência dessa última preclusão, encerrando o processo.

41) O instituto da preempção impede o autor de demandar o réu sobre o mesmo objeto quando der causa à extinção do processo em três oportunidades por abandoná-lo, deixando de promover os atos e diligências que lhe competem. Nisto, portanto, diferem a preempção e a preclusão: a preempção alcança e obsta uma relação processual vindoura, produzindo efeitos fora da relação em que se operou para vedar a reiteração da lide três vezes reeditada e abandonada; a preclusão só produz efeitos no processo onde se verificou, não extrapolando seus limites. Demais disso, diferem os institutos quanto à natureza jurídica: a preempção é, claramente, uma sanção processual, o que, como visto, não se aplica à preclusão.