

NOTAS SOBRE PRECLUSÃO E “*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*”

PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

Doutor em Direito (UFBA). Mestre em Direito (UFAL). Professor (graduação e mestrado) na Universidade Federal de Alagoas. Professor e coordenador do curso de Direito na Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (SEUNE). Advogado e consultor jurídico.

Resumo: O presente artigo examina alguns aspectos da preclusão no processo civil, relacionando-a com a proibição do *venire contra factum proprium*

Palavras-chave: preclusão – processo civil – *venire contra factum proprium*

Astratto: Questo articolo esamina alcuni aspetti della preclusione nei processo civile e le sue relazioni con il *venire contra factum proprium*.

Parole chiave: preclusione – processo civile - *venire contra factum proprium*

1. Nota introdutória

O tema da preclusão é muito caro à ciência do processo. Desde CHIOVENDA, ainda no início do século passado, a doutrina não tem deixado de abordar o assunto, mesmo porque as preclusões exercem um papel capital no processo em sua perspectiva dinâmica (processo como procedimento).

Nosso objetivo, aqui, é rediscutir alguns pontos ainda não superados em torno da preclusão, buscando, além disso, mostrar a sua ligação com a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no processo.

2. A preclusão como caducidade processual

Segundo CHIOVENDA, todo processo, a fim de assegurar precisão e rapidez aos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais com a consequência de não se poder usá-las além desses limites. A preclusão, então, seria a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de serem atingidos os limites prescritos ao seu exercício. O jurista italiano, assim, expressa o seu conceito:

“Entendo por preclusão a perda, ou extinção ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato:

- a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções;
- b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar a sentença;
- c) ou de já se haver validamente exercido o comportamento que lhe corresponde (consumação propriamente dita)”¹.

Esse entendimento de CHIOVENDA, associando a preclusão à extinção (conceito abrangente da perda e da consumação) de uma faculdade processual vem, sem grandes variações dignas de realce, sido aceito pela doutrina em geral², sendo hoje também consensual a idéia de que o fenômeno abrange não apenas as partes litigantes, mas inclusive o órgão jurisdicional.

Para PONTES DE MIRANDA, o termo “preclusão” teria uma conotação mais ampla, abrangendo qualquer extinção de efeito jurídico. Segundo ele, “Preclui o que deixa de estar incluído no mundo jurídico. Preclusão é extinção de efeito, - de efeito dos fatos jurídicos, de efeitos jurídicos (direito, pretensão, ação, exceção, ‘ação’, em sentido de direito processual)”³. Trata-se de conceito não circunscrito ao âmbito do direito processual, usado, portanto, também no plano do direito material, inclusive para significar (embora não apenas) a decadência.

A visão da preclusão como um efeito que consiste em retirar do mundo jurídico outros efeitos (direitos, pretensões etc.) possui a vantagem teórica de permitir uma classificação mais abrangente dos tipos de preclusão.

Isso porque, sendo a preclusão um efeito, sua causa será um fato jurídico e conseqüentemente nenhuma objeção ou restrição há de ser colocada *a priori* sobre os tipos de fatos de jurídicos que seriam aptos a desencadear a preclusão. Trata-se apenas de uma questão de direito positivo. Assim, nada impede, a princípio, que existam fatos preclusivos lícitos ou ilícitos⁴.

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184.

² Nesse sentido: LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. I, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 302; ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Preclusão (Processo civil)*, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 142; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 28, dentre outros.

³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974, P. 135.

⁴ MARCOS BERNARDES DE MELLO agrupa as caducidades (=preclusão no sentido mais amplo utilizado por PONTES DE MIRANDA) a partir: a) de atos ilícitos (v.g. perda do pátrio poder do pai que castiga imoderadamente o filho); b) de atos-fatos lícitos (v.g. a decadência) (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 117-118). FREDIE DIDIER JR. aponta a preclusão (processual) como conseqüência dos seguintes fatos jurídicos: a) atos-fatos lícitos caducificantes (v.g. preclusão temporal); b) ato jurídico lícito de cunho impeditivo (v.g. preclusão lógica); c) atos jurídicos ilícitos caducificantes (perda de uma faculdade processual por um ato contrário ao direito) (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 273).

Alguns autores, como refere EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO⁵, ainda tentaram colocar a preclusão como um fato, de modo particular como um fato jurídico processual impeditivo, pois a preclusão teria a propriedade de gerar um impedimento quanto ao exercício de poderes e faculdades processuais.

EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO⁶ e MAURÍCIO GIANNICO⁷, especialmente este último, sustentam que, embora a preclusão seja um efeito, isso não impediria de se considerá-la também como um fato jurídico autônomo, capaz de gerar outras conseqüências processuais. Parece-nos mais adequado, priorizando-se o rigor na linguagem, tratar a preclusão apenas como um efeito jurídico, pois embora em algumas situações ela possa ser causa de efeitos jurídicos (nas situações em que a preclusão funciona simplesmente como elemento do suporte fático de fatos processuais, esse problema não existe), nada impediria de considerar como causa do efeito subsequente não a preclusão em si mesma, mas sim o fato jurídico do qual ela decorreu.

Com relação à terminologia, parece-nos mais aconselhável reservar o uso do termo “preclusão” para designar as caducidades processuais, não só em razão da tradição, mas também para evitar ambigüidades, pois a doutrina, em sua maioria, tem encarado a preclusão como um fenômeno tipicamente processual. Nessa perspectiva, temos (a) as caducidades, como gênero (=efeito que consiste em retirar do mundo jurídico outros efeitos jurídicos), presentes no direito substancial e no direito processual, e (b) as preclusões (caducidades processuais), como espécie de caducidade que ocorre apenas no plano processual.

É importante também gizar a finalidade desempenhada pela preclusão no procedimento. Ela possibilita que o processo se desenvolva progressivamente e de forma ordenada. ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA já assinalava: “A preclusão, evidentemente, garante a irreversibilidade do processo, que tem de seguir, ir para frente, não podendo tornar ao que passou”⁸.

DIERLE JOSÉ COELHO NUNES⁹ chega a afirmar que “os sistemas processuais, em maior ou menor grau, são sistemas de preclusão”, porquanto a cessão de um efeito processual que a caracteriza possibilita a irreversibilidade do fato processual ocorrido, conferindo um caráter dinâmico ao processo.

⁵ ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Preclusão (Processo civil)*, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 144.

⁶ ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Preclusão (Processo civil)*, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 144-145.

⁷ GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 73.

⁸ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 52.

⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Preclusão como Fator de Estruturação do Procedimento*, in LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). Estudos continuados de Teoria do Processo. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 191.

É possível, outrossim, estabelecer um liame entre a preclusão e os direitos fundamentais¹⁰. Isso porque a cooperação, lealdade e boa-fé objetiva são valores protegidos pela técnica da preclusão. O Direito fundamental à efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, também se concretiza por meio da técnica da preclusão, pois a vedação do retrocesso de atos processuais, à medida que assegura o progresso de etapas no procedimento, possibilita, pelo menos em tese, um processo de tramitação mais célere. Também a segurança jurídica¹¹ e a proteção à boa-fé objetiva¹² alcançam realização por meio da técnica da preclusão.

3. Tipologia das preclusões

Tradicionalmente se costuma classificar a preclusão em três tipos: a) preclusão temporal; b) preclusão consumativa; c) preclusão lógica. Trata-se de lição que deriva da concepção de CHIOVENDA e em geral aceita pela doutrina¹³.

A preclusão temporal, prevista no art. 183 do CPC¹⁴, é a perda de um poder processual em razão da falta de seu exercício no momento oportuno. Está, portanto, diretamente ligada a não observância dos prazos processuais. Tem-se entendido que a preclusão temporal não se aplica ao juiz, pois os seus prazos são impróprios¹⁵. Todavia, como salienta FREDIE DIDIER JR.¹⁶, ocorrem situações, como a prevista no art. 198 do CPC¹⁷, em que se verifica a perda de competência do juiz – portanto extinção de um poder processual pelo seu não-exercício no

¹⁰ O próprio ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA, mesmo distante, no tempo, das concepções contemporâneas que preconizam o estudo das categorias processuais à luz da Constituição e, de modo especial, dos direitos fundamentais, já ressaltava a importância da preclusão na efetivação do princípio da igualdade entre as partes (BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 95-96).

¹¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 304.

¹² “A preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsionadora do processo) e da proteção à boa-fé.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 272)

¹³ Adotam-na, dentre outros: ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Preclusão (Processo civil)*, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 179-180; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 30-40; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 209-210; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, I. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 6309-610.

¹⁴ “Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.”

¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 41, dentre muitos outros

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 282.

¹⁷ “Art. 198. Qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Distribuída a representação ao órgão competente, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa.”

momento adequado -, quando há demora irrazoável, o que evidencia a possibilidade de preclusão temporal também relativamente ao órgão jurisdicional.

Já a preclusão consumativa consiste na perda de um poder processual em razão de seu exercício. Uma vez praticado o ato processual que materializa o exercício desse poder, não é possível correção ou repetição. O que a caracteriza, portanto, é a consumação do poder processual (v.g. interposto o recurso no prazo, descabe à parte interpor outro recurso, agora mais completo, ainda que dentro do prazo, pois o direito processual de recorrer já se consumou). Em relação ao juiz, a preclusão consumativa se dá, v.g., quando proferida a sentença, hipótese em que é defeso alterá-la de ofício (CPC, art. 463).

A preclusão lógica é a perda de um poder processual por se praticar ato incompatível com seu exercício, o que se dá, v.g., quando se aceita expressa ou tacitamente a decisão, extingue-se o direito de recorrer contra ela (CPC, art. 503). Há preclusão lógica também em relação ao órgão jurisdicional, como sucede quando o juiz, proferindo julgamento antecipado da lide, conclui pela improcedência da ação por falta de prova.

MAURÍCIO GIANNICO¹⁸ ainda propõe duas classificações das preclusões. Em relação aos motivos ensejadores, teríamos preclusões: a) temporal; b) lógica; c) consumativa; d) hierárquica, esta última quando houver perda do poder processual por ato de órgão jurisdicional de grau superior, em cognição ampla e exauriente da questão decidida. Em relação ao objeto, teríamos preclusões: a) de ônus processuais (ou de direitos das partes); b) de questões (ou de poderes) do magistrado.

Essa proposta de segregar as preclusões em dois grupos (quanto ao motivo e quando ao objeto) tem utilidade e, de certo modo, já estava assente doutrinariamente, sendo comum a referência a preclusões para o juiz e para as partes, o que corresponde, em última à análise, à preclusão de ônus e à preclusão de questões, na proposta de GIANNICO. Não vemos, porém, grande utilidade em se inserir a preclusão hierárquica como um categoria à parte, por ser ela, a princípio, enquadrável no âmbito da preclusão consumativa.

3.1. A preclusão-sanção

Histórica e etimologicamente, em especial no direito romano-canônico, a preclusão estava ligada à idéia de penalidade (*poena praeclusi*)¹⁹. Com o desenvolvimento teórico do

¹⁸ GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 121-123.

¹⁹ GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36. DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES também afirma: “Embora se possa considerar recente a preocupação dos doutrinadores em definir e sistematizar o instituto da preclusão, o fenômeno é antigo. Remonta ao direito romano-canônico, em que já aparecia como forma de ameaça jurídica, com evidente caráter de pena: *poena praeclusi*.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 27).

instituto, principalmente após CHIOVENDA, a doutrina tratou de afastar qualquer relação entre ilicitude e preclusão. MAURÍCIO GIANNICO a esse respeito pontua: “ainda que a origem etimológica da preclusão nos remeta à idéia de penalidade (*poena praeclusi*), de sanção não se trata”²⁰.

FREDIE DIDIER JR.²¹, porém, demonstrou o equívoco de se extremar preclusão e sanção, pois o direito positivo apresenta casos em que a preclusão aparece como um efeito decorrente da prática de um ilícito. Nessas situações, fala-se de “preclusão-sanção”, ou “preclusão punitiva”, tal como acontece com (a) a perda da condição de inventariante em decorrência dos ilícitos previstos no art. 955 do CPC; (b) com a pena de confissão ficta (perda do direito de provar o fato confessado), que supõe o ato-fato ilícito do não comparecimento da parte para prestar depoimento etc.

Parece-nos útil, nessa linha de pensamento, adotar a classificação tradicional, agregando, porém, como um quarto tipo de preclusão, a chamada “preclusão-sanção”, ou “preclusão punitiva”, nos casos em que a extinção de um direito ou poder processual tivesse como causa um fato ilícito, de modo que teríamos: a) preclusão temporal; b) preclusão consumativa; c) preclusão lógica; d) preclusão punitiva²².

Essa classificação, proposta por FREDIE DIDIER JR., corrige o equívoco doutrinário de se afastar os fatos (*lato sensu*) ilícitos como fonte de preclusões. Não há, como visto, nenhuma vedação *a priori* a que se configure a preclusão como sanção, havendo exemplos no direito positivo demonstrando claramente a existência da preclusão punitiva. Por isso, essa classificação tem o valor de ser mais abrangente.

4. Preclusão temporal e decadência

Existe uma aproximação entre preclusão temporal e decadência. Ambas podem configurar situações de extinção de efeitos jurídicos pelo decurso do tempo. As duas noções, porém, podem ser diferenciadas. A decadência atinge normalmente direitos substanciais enquanto a preclusão é fenômeno interior ao processo, atingindo direitos subjetivos processuais ou poderes processuais (embora PONTES DE MIRANDA prefira utilizar o termo “preclusão” indistintamente no plano do direito substancial e do direito processual, como visto).

Na doutrina italiana, a preclusão, no sentido restrito, é expressão utilizada para abranger a impossibilidade da prática de um ato, no processo, em razão da prática de um ato contrário e

²⁰ GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 63.

²¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 276.

²² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 272-276.

anterior (preclusão lógica), assim como a impossibilidade resultante do exercício de um comportamento processual (preclusão consumativa). A preclusão temporal é mais assimilada à noção de decadência (*decadenza*)²³⁻²⁴.

A rigor, preclusão temporal e decadência são exemplos de caducidades (lícitas). O suporte fático das duas figuras se compõe com os mesmos elementos (omissão + decurso de tempo). A distinção que se revela conveniente entre ambas diz respeito ao ramo do direito a que pertencem, sendo, portanto, recomendável manter o tratamento que já vem sendo dado a essas categorias: preclusão temporal para designar a caducidade no plano processual e a decadência para significar a caducidade no plano substancial.

5. A preclusão para o juiz

A preclusão não é fenômeno restrito às partes. Também o juiz pode ter alguns poderes processuais suprimidos, sendo correto falar em preclusão para o juiz²⁵, ou, segundo a terminologia consagrada, “preclusão *pro judicato*”.

É preciso, porém, ter em mente a diversidade de posições jurídicas assumidas no processo pelas partes e pelo juiz. Em relação às partes, a preclusão aparece associada à idéia de ônus. Já para o juiz, que não recebe nenhum ônus no processo, a preclusão recai sobre questões, daí HEITOR VITOR MENDONÇA SICA definir a preclusão judicial por exclusão, encarando-a como o fenômeno que impede o juiz de rever questões incidentais anteriormente resolvidas fora dos casos expressamente previstos em lei²⁶, embora também a própria sentença esteja sujeita à preclusão para o juiz.

O termo “preclusão *pro judicato*”, já consagrado em doutrina e jurisprudência, revela-se inadequado, como demonstrou JOSÉ MARIA TESHEINER²⁷, sendo preferível falar em “preclusão para o juiz”, pois aquela outra expressão significa julgamento implícito:

Preclusão *pro judicato* não significa preclusão para o juiz. Em latim, *judicato* significa julgado; juiz é *iudex* (nominativo) ou *iudicem* (acusativo). Preclusão *pro judicato* significa ‘preclusão como se tivesse sido julgado’. Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há ‘preclusão *pro judicato*’, porque esta supõe ausência de decisão.
[...]

²³ VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile* - 1. Napoli: Jovene Editore, 2002, p 273.

²⁴ GIOVANNI VERDE esclarece: “nell’ampio genere della preclusione sono individuabili due specie: le preclusioni in senso stretto e l’inutile decorso dei termini, che dà luogo alla decadenza.” (VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile* - 1. Napoli: Jovene Editore, 2002, p 273).

²⁵ “A preclusão atua em prol do processo, da própria prestação jurisdicional, não havendo qualquer motivo para que o juiz não sofra seus efeitos, pelo menos na maioria das situações” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 30).

²⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 181.

²⁷ TESHEINER, José Maria. *Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz*. Disponível em: www.tex.pro.br. Acesso em: 29 set 2008.

Preclusão *pro judicato*, significa julgamento implícito ou presumido, como ocorre na hipótese do artigo 474 do Código de Processo Civil[...]

Em relação à preclusão para o juiz quanto às questões de ordem pública, sobre as quais o magistrado dispõe do poder de conhecer de ofício e em qualquer grau de jurisdição (v.g. CPC, art. 267, § 3º²⁸), há uma grande polêmica a respeito.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI²⁹ defende que, em decorrência da previsão contida no art. 267, § 3º do CPC, não haveria de se cogitar de eficácia preclusiva para o juiz, que poderia reexaminar as matérias concernentes aos pressupostos processuais e às condições de admissibilidade da ação. No mesmo sentido, é a orientação de E. D. MONIZ DE ARAGÃO³⁰, para quem as decisões a propósito das condições do exercício da ação “não precluem”, conforme prescreve o referido § 3º do art. 267 do CPC (embora ele coloque algumas exceções a essa regra, como a competência relativa, que ficaria sujeita à preclusão).

Parece-nos que a melhor solução está em interpretar o § 3º do art. 267 em harmonia com os arts. 471³¹ e 473³² do CPC. Do art. 471 do CPC se extrai regra jurídica dirigida à atividade do juiz vedando a re-análise de questões já decididas. Já o art. 473, dirigido às partes, veda que determinada questão já resolvida no processo seja novamente suscitada.

Tais regras se harmonizam com a previsão contida no § 3º do art. 267 do CPC, pois os arts. 471 e 473 não suprimem do juiz o poder de conhecer de ofício, e em qualquer grau de jurisdição, das questões situada no âmbito dos pressupostos processuais e condições da ação; apenas impedem que tais questões, uma vez decididas no processo, sejam novamente re-analisadas.

Escorrito, assim, nos parece o posicionamento de DIERLE JOSÉ COELHO NUNES:

Nosso entendimento é que [...] o juiz, nas instâncias ordinárias, pode decidir de ofício sobre as matérias referentes as condições da ação e pressupostos processuais, desde que elas ainda não tenham sido decididas, pois, uma vez proferida a decisão acerca de tais matérias, cabe

²⁸ “ Art. 267. [...]”

§ 3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.”

²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento*, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 281. No mesmo sentido, é o entendimento de HEITOR SICA (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 232).

³⁰ ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Preclusão (Processo civil)*, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 174.

³¹ “Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.”

³² “Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.”

às partes manifestarem suas irresignações (recursos) sob o efeito de preclusão tanto para as partes quanto para os órgãos judiciários (*pro judicato*)³³.

FREDIE DIDIER JR. também distingue com rigor a cognoscibilidade *ex officio* com a impossibilidade, em face da preclusão, da re-análise de questões já decididas: “Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame”³⁴.

Portanto, a apreciação das questões referidas no § 3º do art. 267 do CPC - seja de acolhimento, seja de rejeição -, torna vedado para o juiz o seu reexame em face da preclusão, sendo lícito, para órgão jurisdicional, enquanto a lide estiver pendente, o seu exame de ofício, desde que não exista pronunciamento anterior a respeito sem impugnação pela via recursal própria.

5.1. Preclusão de poderes instrutórios

Com relação à preclusão para o juiz em matéria de prova, prescreve o art. 130 do CPC:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

O juiz tem o poder de, oficiosamente, determinar as provas a serem produzidas no processo. O problema ocorre, porém, nas situações em que a parte requer a produção de determinada prova, o pedido é deferido, mas, posteriormente, o juiz modifica seu entendimento e a indefere.

Nesse caso, alguns entendem que, ao deferir a produção de uma prova, atribui-se à parte um direito subjetivo à sua produção, que já não poderia ser subtraído pelo julgador a seu arbítrio³⁵. Somente havendo um fato superveniente, como a confissão, a prova já deferida poderia ser dispensada, já que em tal hipótese o direito à prova do fato restaria preservado.

Outros autores³⁶, em sentido contrário, defendem que se a lei processual atribui ao juiz o poder de agir de ofício no terreno probatório, não ficaria ele vinculado à preclusão, podendo rever decisão que anteriormente houvesse deferido a produção de determinada prova, ou também deferir prova cuja produção anteriormente haja sido negada.

³³ NUNES, Dierle José Coelho. *Preclusão como Fator de Estruturação do Procedimento*, in LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). Estudos continuados de Teoria do Processo. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 204.

³⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 515.

³⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 2. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 37.

³⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 241.

Parece-nos que essa última solução é a mais consentânea com o direito brasileiro, pois os poderes instrutórios conferidos ao magistrado pela norma extraída do art. 130 do CPC não sujeitam o juiz à preclusão, que pode, oficiosamente, determinar ou rejeitar as provas impertinentes para a solução da controvérsia. O Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando nesse sentido:

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 471 DO CPC. PRODUÇÃO PROBATÓRIA. PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE ALINHA COM O POSICIONAMENTO DO STJ. DESPROVIMENTO.

I. Em se tratando de instrução probatória, não incide para o Juiz, presidente do processo, a preclusão, tal qual é aplicada em relação às partes. Precedentes.

II. Agravo regimental a que se nega provimento.³⁷

Não há, portanto, e nesse sentido o entendimento jurisprudencial do STJ nos parece adequado, preclusão judicial quando o juiz defere a produção de determinada prova, sendo-lhe lícito, assim, posteriormente, indeferir a sua produção e vice-versa.

6. A vedação do *venire contra factum proprium* no processo

Segundo MENEZES CORDEIRO, “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”³⁸. Há, então, necessariamente, dois atos praticados pela mesma pessoa, aparentemente lícitos, e diferidos no tempo, sendo o primeiro contrariado pelo segundo. O primeiro – o fato próprio -, revela-se lícito. Já o comportamento contraditório – que traduz inobservância do dever de respeitar a conduta anterior -, encontra-se no âmbito dos fatos ilícitos.

A vedação ao *venire contra factum proprium*, embora sua concepção tenha raízes no direito privado alemão, incorporada em seguida principalmente pela doutrina portuguesa, também se faz presente no processo e está diretamente ligada à preclusão lógica.

O princípio da vedação ao comportamento contraditório no processo se insere no âmbito do princípio processual da boa-fé objetiva (CPC, art. 14, II³⁹), que impõe aos sujeitos do

³⁷ STJ, AgRg no Ag 978.628/GO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe 02.06.2008.

³⁸ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 742.

³⁹ Alguns autores extraem a boa-fé processual objetiva do princípio constitucional do contraditório, tomando como premissa a exigência de cooperação recíproca entre os sujeitos e participantes do processo. Nesse sentido, conferir: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Jus podivm, 2008, p. 59; CABRAL. Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*, in Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 79.

processo atuar com lealdade, probidade, sem trair a confiança gerada nos outros sujeitos processuais em razão de seu comportamento anterior.

A preclusão lógica, como extinção de um poder ou direito processual pela prática de uma conduta incompatível com o exercício desse poder ou direito, exemplifica a vedação ao comportamento contraditório no processo. Isso porque a conduta contraditória ostenta esse caráter justamente pela ocorrência da preclusão. Assim, v.g., a prática de conduta correspondente ao exercício do direito de recorrer é comportamento contraditório (e, portanto, vedado) em relação à aceitação da sentença (fato jurídico que gera a preclusão lógica).

Dessa forma, a preclusão lógica funciona como causa da vedação ao *venire contra factum proprium*. Por isso, torna-se oportuna a advertência de FREDIE DIDIER JR.: “A prática de um ato processual implica a impossibilidade de praticar um outro ato com ele logicamente incompatível. A preclusão lógica, então, é consequência da prática do primeiro ato e não do segundo”⁴⁰.

5.1. A *suppressio* e o *venire contra factum proprium*

A *suppressio* consiste na situação que advém àquele que, tendo suscitado em outrem, por força de um não-exercício prolongado de um direito, a confiança de que a posição jurídica em questão (direitos, poderes, pretensões etc.) não seria exercitada, deixa de poder exercitá-la por imposição da boa-fé⁴¹.

Adotando-se o conceito de preclusão como um efeito jurídico de extinguir outro efeito, tem-se que a *suppressio* pode ser enquadrada como um tipo de preclusão, tendo como causa um ato-fato jurídico lícito processual (não exercício de um direito subjetivo, ou de um poder processual+período prolongado+confiança gerada em outro sujeito quanto ao não-exercício).

ANDERSON SCHREIBER coloca a *suppressio* (*Verwirkung*) como uma sub-espécie de *venire contra factum proprium*: “Trata-se, portanto, de uma subespécie de *venire contra factum proprium*, caracterizada pelo fato de a conduta inicial ser um comportamento omissivo, um não-exercício de uma situação jurídica subjetiva”⁴².

A projeção de um comportamento sobre o de outrem, despertando sua confiança, pode se dar sob a forma de um agir ou de uma omissão⁴³. Assim, a confiança gerada pelo não

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 275.

⁴¹ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa in Agendo*. Coimbra:Almedina, 2006, p. 56.

⁴² SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 189.

⁴³ SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 190. Para SHREIBER, o *venire* nada mais é do que um abuso de direito por violação à boa-fé objetiva (SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de*

exercício de um direito ou de um poder é *factum proprium* a impedir o seu exercício em um momento posterior (comportamento contraditório).

Embora a *suppressio* seja manifestação do exercício inadmissível de posições jurídicas, ou abuso de poder, sua ligação com o *venire contra factum proprium* e com a preclusão parece ser inquestionável.

Pode-se apontar como exemplo de *suppressio* no processo a perda do direito de resgatar o bem hipotecado após sua alienação a terceiros em hasta pública (Código Civil, art. 1.482), quando, v.g., o cônjuge do executado, tendo a oportunidade de adjudicar o bem (CPC, art. 685, § 2º), mesmo antes da realização da hasta pública, deixou de exercer esse direito gerando uma legítima expectativa nos terceiros de não serem surpreendidos após a arrematação do bem⁴⁴.

REFERÊNCIAS:

ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Preclusão (Processo civil)*, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994.

CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*, in Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 126.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 3. Campinas: Bookseller, 1998.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa in Agendo*. Coimbra:Almedina, 2006

Comportamento Contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 119).

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. *Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, Código de Processo Civil, com o art. 1.482 do Código Civil*, in Revista de Processo. São Paulo: RT, 2007, n. 146, p. 178.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. *Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, Código de Processo Civil, com o art. 1.482 do Código Civil*, in Revista de Processo. São Paulo: RT, 2007, n. 146, p. 178.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 2. Salvador: Juspodivm, 2007.

GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. I, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. *Preclusão como Fator de Estruturação do Procedimento*, in LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). Estudos continuados de Teoria do Processo. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 189.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

TESHEINER, José Maria. *Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz*. Disponível em: www.tex.pro.br. Acesso em: 29 set 2008.

Pedro Henrique Nogueira
Disponível em: www.pedrohenriquenogueira.com.br

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, I. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento*, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile - 1*. Napoli: Jovene Editore, 2002.