

PRECLUSÃO *PRO JUDICATO* NAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS
A Preclusão do Juiz

Orientador: Prof. Daniel Penteadro Castro

Paulo Muanis do Amaral Rocha

Processo Civil – 2009/2010

Rua Joaquim Cândido de Azevedo Marques, 1200, CEP: 05688-021, Morumbi, São Paulo- SP (paulo@muanis.com.br) – tel: 55 – 11 - 3501-7198; 55 – 11 - 7773-2672

Bacharel em Direito pela FMU (Faculdades Metropolitanas Unidas). Pós-Graduando em Direito Processual Civil pelo CEU/IICS (Centro de Extensão Universitária / Instituto Internacional de Ciências Sociais). Especialista em Direito dos Contratos pelo CEU/IICS (Centro de Extensão Universitária / Instituto Internacional de Ciências Sociais).

AVALIAÇÃO:

Função	Nome	Nota atribuída
Orientador		
Examinador		
Examinador		

São Paulo, 30 de março de 2012.



PRECLUSÃO *PRO JUDICATO* NAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

A Preclusão do Juiz

Paulo Muanis do Amaral Rocha¹

Resumo: Com a redação do presente artigo o aluno pretende demonstrar que: devido a rigidez do sistema jurídico pátrio somada à segurança jurídica, as decisões interlocutórias proferidas por magistrados devem se manter intactas a não ser que exista algum tipo de mudança no quadro cognitivo do julgador proveniente de dados/provas novos. Não se pode mudar uma decisão por mera liberalidade. Neste trabalho nos restringimos a abordar apenas a Preclusão *Pro Judicato*, ou seja, a preclusão destinada ao Juiz; desta feita analisou-se frontalmente o artigo 471 do Código de Processo Civil Brasileiro. Importante frisar que as demais preclusões foram abordadas sucintamente e que a preclusão aqui referida se limitará as decisões interlocutórias, passando pelas demais decisões apenas para ilustração sem atingir a sentença.

Palavras chaves: Preclusão. Rígido. Cognição. Juiz. Decisão. Fático. Reconsideração. Processo. Procedimento. Probatório.

Abstract: *This article intends to prove that due to the strictness of the Brazilian legal system plus legal security, the interim orders rendered by the judges must be upheld, except if there is a change in the judge's cognitive view brought about new data/evidence. No decision should be changed by mere liberality. In this paper we chose to address only Preclusion Pro Judicato, that is, the preclusion assigned to the Judge; accordingly, article 471 of the Brazilian Code of Civil Procedure was thoroughly analyzed. It is worth highlighting that the other preclusions have been briefly addressed and that the preclusion mentioned herein will be restricted to the interim orders, and*

¹ Bacharel em Direito pela FMU (Faculdades Metropolitanas Unidas). Pós-Graduando em Direito Processual Civil pelo CEU/IICS (Centro de Extensão Universitária / Instituto Internacional de Ciências Sociais). Especialista em Direito dos Contratos pelo CEU/IICS (Centro de Extensão Universitária / Instituto Internacional de Ciências Sociais).



the other orders will be analyzed just for the sake of illustration without mentioning the judgment.

Key words: *Preclusion. Strict. Cognition. Judge. Decision. Factual. Reconsideration. Case. Procedure. Evidentiary.*



Sumário:

1. Introdução	05
2. O que é Preclusão	06
3. A Preclusão <i>Pro Judicato</i>	10
4. A flexibilização da Preclusão <i>Pro Judicato</i>	15
5. A rigidez do sistema jurídico brasileiro	22
6. Síntese e conclusões	26
7. Bibliografia	28



1. Introdução.

A etimologia da palavra preclusão é *praecludere* oriunda do latim que significa impedir, fechar, encerrar; é a perda das partes, e de alguma forma do Juiz, da possibilidade de praticar algum ato (ou de repetir este ato) processual.

Existem alguns tipos de preclusão que serão explicadas a frente com brevidade; a Preclusão *Pro Judicato* será abordada mais profundamente por ser o ponto fulcral deste trabalho.

A preclusão pode ser operada em diferentes tipos de decisões (leia-se decisão aqui no sentido lato senso), mas abordaremos apenas ilustrativamente algumas delas (não será tratada a preclusão nas sentenças – artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil Brasileiro – restando claro que ao transitar em julgado a sentença, ocorre por óbvio, a Preclusão *Pro Judicato*, a coisa julgada formal e material) e fundamentalmente a preclusão em decisões interlocutórias que são aquelas que resolvem questões incidentais no curso do processo (artigo 162, § 2º do Código de Processo Civil Brasileiro) – e sucintamente o despacho saneador, considerando-o também como uma decisão interlocutória (artigo 331, § 2º do Código de Processo Civil Brasileiro). Restando claro que em se tratando de despachos de mero expediente não ocorre a Preclusão *Pro Judicato*.

Certos doutrinadores acreditam que a preclusão faz coisa julgada formal², mas o tema referente à coisa julgada como um todo não foi analisado por nós, não era a intenção deste trabalho; não discorreremos se ocorre coisa julgada material nas decisões interlocutórias ou se somente ocorre coisa julgada formal (a maioria dos doutrinadores entende que só ocorre coisa julgada formal).

Infelizmente certos magistrados não acatam a preclusão imposta a eles, rompendo desta maneira um dos alicerces do direito, qual seja a certeza jurídica (a segurança jurídica). Com o presente trabalho tentaremos demonstrar que esta ruptura não pode ser feita e

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, Tomo 5. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 192. “[...] Cumpre advertir que está em causa, apenas, a coisa julgada *formal*. O art. 471 não se refere à coisa julgada *material*.”



que os juízes, obrigatoriamente, devem se amparar, sempre, nas leis que regem o ordenamento jurídico vigente no país ao proferirem suas decisões.

O objetivo do presente artigo é demonstrar que ao decidir certas questões no decorrer do processo o Juiz deverá observar a preclusão que o afeta não podendo redecidí-las, partindo sempre do pressuposto que a decisão proferida não foi atacada por nenhuma das partes no momento oportuno por nenhum meio de impugnação, agravo, embargos, etc..

2. O que é Preclusão.

A preclusão^{3,4} tem imensa importância nos moldes do sistema jurídico brasileiro.

Ao optar pelo procedimento rígido (o país), tema que será destrinchado à frente, o procedimento precisa ser auxiliado para que esta rigidez seja conseguida.

E é a preclusão que nos auxilia justamente nesta questão, acelerando (por exemplo, a emenda constitucional 45/2004 em seu artigo 5º deu como sendo uma garantia ao cidadão o processo com uma duração razoável – como também o pacto de São José da Costa Rica) o processo e ao mesmo tempo nos dando segurança jurídica, evitando repetições e retrocessos.

À frente trataremos brevemente da preclusão no mundo atual e no mundo antigo:

No direito romano, mais propriamente dito na sua terceira fase (período da *extraordinaria cognitio*), reduziram-se os formalismos nos atos processuais influenciando desta maneira a preclusão no processo⁵.

³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1. Tocantins: Intelectos, 2003, p. 202. “Por preclusão se entende a perda ou extinção do direito de realizar um ato processual, devido: a) à decorrência do prazo; b) à falta de exercício do direito no momento oportuno, quando à ordem legalmente estabelecida na sucessão das atividades processuais importe uma tão grave consequência; c) à incompatibilidade com uma atividade já realizada; d) ao fato de já haver exercitado o direito.”

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 191. “[...] – O princípio da imodificabilidade da sentença definitiva é de origem romana. O princípio da imodificabilidade das decisões interlocutórias equiparadas a sentenças, de origem germânico-canônica.”

⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13. “Veja-se, por exemplo, que passa-se a admitir o instituto da revelia: citado o réu e ausente à audiência com o magistrado, julgava-se o processo em favor do autor. Como vimos, isso seria impensável sob o regime da *ordo iudiciorum privatorum*. Introduziu-se, pois, um efeito preclusivo ligado à omissão das partes em etapa processual em que antes não era admitido.”



Sobre a preclusão no direito germânico: os germanos foram os pioneiros em se tratando de preclusão; lá o processo era estruturado em fases estanques, sempre encerrada por sentenças, tornando-se imutáveis se não atacadas⁶.

No direito canônico, a preclusão era posta de lado ao passo que se determinado ato não fosse praticado, e a parte jurasse tê-lo feito, pela boa-fé era-lhe devolvido o prazo processual⁷.

No direito italiano atual as decisões são divididas em três: *decreto* (entendemos que comparativamente estão para os nossos despachos de mero expediente), *ordinanza*⁸ (enxergamos como sendo as nossas decisões interlocutórias) e *sentenza* (entendemos serem as nossas sentenças).

O direito alemão se parece muito com o nosso em se tratando de rigidez procedimental mais especificamente no tocante às preclusões⁹, pelo menos na regra geral.

É de se ressaltar que o direito espanhol é altamente preclusivo¹⁰.

Já o direito português diverge da sistemática do direito espanhol; no tocante às questões processuais - as decisões são revogáveis ou modificáveis a qualquer tempo¹¹.

⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça Op. cit., p. 17. “Em realidade, o desenrolar do processo germânico em fases fechadas por sentenças só tem sentido se visto no contexto do seu sistema probatório, que, hoje, se acha absoluta e inteiramente superado. Por isso mesmo é que se recomenda alguma cautela em receber a assertiva chiovendiana, tão largamente repetida, de que a origem do fenômeno *preclusão* se encontre no processo germânico.”

⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 18. “Cada fase era encerrada por sentença apelável e, à falta dela, a questão tornava-se imutável. Assim, manteve-se no direito canônico a característica fortemente preclusiva que o processo germânico, puro, ostentava, no que toca à solução de questões incidentais.”

⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 58. “Dessarte, vê-se claramente que, quanto às decisões que se revestem da forma de *ordinanza*, não há preclusões, haja vista a revogabilidade e a modificabilidade pelo juiz.”

⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 62. “Feitas essas ressalvas, é de se atentar para a regra geral, insculpida no §318 da ZPO, de que, no tocante às sentenças, “o juiz permanece vinculado pela própria decisão e não pode nem revoga-la nem modifica-la depois da pronuncia [...]”. isso é válido não apenas para a sentença definitiva, mas também, como preconiza categoricamente *Lent*, para as parciais e incidentais, sejam elas recorríveis ou não. Reforçam essa disposição os comandos contidos nos §§ 280, 310 e 322 da ZPO.”

¹⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 64/65. “De outra banda, no que tange à preclusão sobre questões incidentais, é necessário destacar que a LEC estabelece que diversas decisões tomadas no curso do processo são irrecuríveis [...]. isso porque se tem o art. 207.2 da LEC, que dispões serem “firmes” as decisões contra as quais a lei não dá à parte recurso algum, e o art. 207.3 da mesma lei determina que o juiz ou tribunal deve se ater a tais decisões. Além disso, reforça tais disposições o art. 214 da LEC, que diz que os juízos ou tribunais não podem alterar os provimentos judiciais proferidos, salvo para aclarar-lhes certos aspectos.”

¹¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 67/68. “Finalmente, no tocante à preclusão dirigida às questões processuais, o sistema é simples: fazem “caso julgado formal” as decisões tomadas no curso



Voltando.

Enxergando o procedimento pátrio ou como sincrético ou como distribuído em fases a preclusão nos auxilia de maneira a impor às partes, e de certa forma ao juiz, a perda ou a extinção de uma faculdade processual^{12,13}.

Antes de enumerar as preclusões é importante mencionar que apenas a preclusão temporal e a Preclusão *Pro Judicato* tem sua *fattispecie* no ordenamento jurídico pátrio, as demais decorrem de trabalhos da doutrina.

A doutrina divide a preclusão em três espécies, mas Cândido Rangel Dinamarco (principalmente) a divide em quatro¹⁴ espécies:

Lógica¹⁵ (artigos 117 e 503, ambos do Código de Processo Civil) - ocorre quando, por exemplo: João ingressa com ação de cobrança contra José e no pedido ele requer 'A' e 'B'; na contestação José diz apenas não dever 'A', logo, sua pretensão de contestar a cobrança de 'B' precluiu;

do processo, acerca das quais não foi interposto pela parte o competente recurso de agravo (art. 672). Tem-se, então, a mesma solução que se nos apresentava sob a égide do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, como se viu acima, ou seja, *a contrário sensu*, as decisões irrecuráveis são revogáveis ou modificáveis a qualquer tempo.”

¹² JUNIOR, Nelson Nery, NERY; Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado*, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 704. “**1. Preclusão, Mesmo processo.** A norma proíbe a rediscussão de questão já decidida no mesmo processo, sob o fundamento da *preclusão* (coisa julgada formal). As questões *dispositivas* decididas no processo não podem ser reapreciadas pelo juiz. As de ordem pública, por não serem alcançadas pela preclusão, podem ser decididas a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição (não em RE ou REsp). Pela mesma razão, pode o juiz rediscutir as questões de ordem pública já decididas no processo. O *caput* do dispositivo comentado impede que o juiz, no mesmo processo, decida novamente as questões já decididas. As exceções são, na verdade, aberturas para a rediscussão em *outro* processo. Sobre a preclusão, v. coment. CPC 183.”

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, Tradução Paolo Capitanio, 1ª ed., v. 3. Campinas-SP: Bookseller, 1998, p. 184. “[...] 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 a seu exercício.”

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., v. 2. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 467. “O código de processo civil não apresenta uma disciplina orgânica e sistemática da preclusão. Simplesmente assume esse conceito doutrinário e a ele refere-se em quatro dispositivos isolados [...]”

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 466/467. “[...] que é a consequência da prática de um ato incompatível com a vontade de exercer a faculdade ou poder (o reconhecimento do direito do autor elimina a faculdade de contestar para residir à demanda inicial – art. 297 c/c art. 269, inc. II).”



Temporal¹⁶ (artigo 183 do Código de Processo Civil Brasileiro) - é aquela em que, por exemplo: Fábio deve dizer quais provas pretende produzir e não o diz em tempo hábil, logo, ele perde o direito de fazê-lo (caso quisesse ouvir uma testemunha e em não tendo protocolado petição no prazo correto este testemunho não mais será deferido);

Consumativa¹⁷ - Exemplo: não se pode ingressar com outra réplica já tendo protocolado uma;

Mista¹⁸ (de lavra de Cândido Rangel Dinamarco) - ocorre com a preclusão temporal somada ao andamento do processo; exemplo: deixou de falar na réplica e designou-se audiência preliminar, assim estaremos diante da preclusão mista. Na nossa óptica, a preclusão mista e a preclusão consumativa são idênticas, pois o processo só anda para frente, e com isso, consumado o ato/fato ou não o processo obrigatoriamente caminhará adiante;

Por fim a preclusão *Pro Judicato*¹⁹, para a qual, ousamos, contudo, propor um pequeno acréscimo no raciocínio dos eméritos doutrinadores como sendo uma quinta preclusão (ou uma quarta preclusão já que não são todos os doutrinadores que concordam com as quatro preclusões defendidas por Cândido Rangel Dinamarco): é aquela que ocorre para o juiz.

A Preclusão *Pro Judicato* tem artigo próprio no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o artigo 471 do Código de Processo Civil Brasileiro; tal artigo encontra correspondência no Código de Processo Civil Italiano (com muita semelhança): artigo 289 do Código de Processo Civil Italiano²⁰.

¹⁶ POZZO, Antonio Araldo Ferraz Dal. *Manual básico de direito processual civil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 621. “A perda do direito de realizar o ato, pelo simples decurso do prazo de que se dispunha para tanto, que se opera independentemente de decisão judicial.”

¹⁷ POZZO, Antonio Araldo Ferraz Dal. Op. cit., p. 616. “[...] que decorre da circunstância de já se ter praticado o ato.”

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 467. “[...] ocorrente quando presentes cumulativamente dois fatos, que são o decurso do tempo e o prosseguimento do processo (Liebman): [...]”

¹⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., 183. “Essa é a viga mestra dessa acepção da preclusão: o impedimento de reapreciação de questões já decididas e contra as quais não foi interposto o competente recurso. Se o juiz inobservar essa limitação e revogar ou modificar decisão anterior e não ser casos *supra*, é *inadequada* (se afasta do modelo legal) e, por isso, *nula*.”

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, v. 1., p. 456. “[...] A regra, porém, do art. 289, que veda ao juiz decidir novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, estende-se também aos despachos interlocutórios *stricto sensu*, no sentido – explanado acima no texto – de que se forma sobre as questões nele decididas qualquer que seja sua natureza, uma preclusão que impede ressuscitar a discussão sobre



Este tema será o ponto fulcral deste trabalho e será analisado com maior profundidade à frente.

3. A Preclusão *Pro Judicato*.

O instituto da Preclusão *Pro Judicato* foi criação do processualista italiano Enrico Redenti, no início da década de trinta do século passado²¹.

Em certas ocasiões o juiz está sujeito a prazos impostos pelo Código de Processo Civil Brasileiro, mas isso não significa que eles sejam cumpridos, como por exemplo: o juiz deve julgar o processo em dez dias, ou no mesmo ato, após instrução e debates orais conforme apregoa o artigo 281 do Código de Processo Civil Brasileiro; raramente vemos sentenças proferidas neste prazo (temos também os artigos 89, 528 e 537, todos do Código de Processo Civil).

Mesmo se o Juiz praticar um ato em desconformidade com o prazo imposto a ele pelo Código de Processo Civil, ainda assim aquele decisório será válido. Nesses casos a preclusão não se aplica aos julgadores devido ao congestionamento do judiciário somado à falta de mão de obra.

Apesar do que foi dito nos parágrafos anteriores entendemos que ao decidir uma questão o juiz está vinculado a ela no que se refere a sua redecisão²², que não se confunde com o prazo que ele teria para executar tal tarefa.

Parece-nos aqui que esta preclusão do juiz em muito se parece com a preclusão consumativa que é imposta às partes²³, apesar de ser outro tipo de preclusão.

elas no curso do mesmo processo, ressalvada unicamente a possibilidade dum recurso, quando for permitido.”

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil brasileiro*, São Paulo: Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, 2002, p. 7. “[...] Conforme veremos em seu devido tempo, embora tenha despertado grande discussão entre os doutrinadores italianos, nunca os estudiosos nacionais sentiram esse mesmo interesse pelo instituto.”

²² SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 266. “a preclusão que recai sobre as questões incidentais tem a finalidade de impedir que o *juiz* redecida questões já resolvidas, não afetando *diretamente* as partes.”

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 27. “Se o juiz pratica um ato, a única forma de realizar outro em sentido contrário ao previamente realizado consiste em revogar o anterior, o que lhe será obstado, no mais das vezes, não pela preclusão lógica, mas pela preclusão consumativa já que, uma



Estar diante de uma redecisão é retroceder o processo e retirar toda segurança jurídica que temos no ordenamento pátrio²⁴.

Avançando nesta ideia nos parece que o juiz tem que respeitar a preclusão a ele imposta²⁵ pelo artigo 471 do Código de Processo Civil Brasileiro que assim dispõe: “*Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:*”.

Contra um despacho que tenha um conteúdo decisório ou traga gravame a uma das partes pode-se interpor recurso cabível; no caso de não interposição o juiz fica impedido de redecidir acerca daquela matéria, neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro: Ementa: Processo civil. Recurso especial. Inventário e partilha. Despacho com conteúdo decisório. Nulidade. Ausência de prejuízo. Preclusão *Pro Judicato*. Competência. Situação do bem²⁶.

Há quem entenda que até mesmo em se tratando de fixação de *astreintes* ocorre a Preclusão *Pro Judicato*, ou seja, fixada a multa (decisão não recorrida) o juiz não pode desconstituí-la/extingui-la (pode apenas mudar seu valor ou periodicidade), neste sentido recente jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Ementa: Agravo de instrumento - Ação de rito ordinário com pedido de antecipação de tutela para cumprimento de obrigação de fazer cumulada com perdas e danos – Deferida a antecipação da tutela para determinar às agravadas o cumprimento do contrato - Incidência de multa fixada pelo juízo *a quo* e confirmada por Acórdão - Impossibilidade

vez praticado o ato, a impossibilidade de novo pronunciamento em sentido contrário advém justamente da existência prévia de ato consumado ou, em outras palavras, de preclusão consumativa.”

²⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 307. “Aliás, de toda forma, se o juiz não estiver sujeito a nenhuma preclusão para reanalisar aquilo que já tiver decidido, os litigantes jamais terão certeza de que o processo está apto a caminhar, nunca terão qualquer garantia que receberá uma decisão final, pois a todo momento poderão ser surpreendidos com o retorno a todas as questões já superadas.”

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 24. “No direito pátrio, a preclusão judicial vem expressa no artigo 471 do Código de Processo Civil: [...] Nem se fale, como pretendem alguns doutrinadores, que tal dispositivo deve somente ser aplicado à sentença, já que o juiz decide inúmeras questões em momento anterior à sua prolação, sendo o dispositivo legal em comento também aplicáveis a essas decisões.”

²⁶ Relatora Ministra Nancy Andrichi (1118), Órgão Julgador T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento 04/08/2005. Data da Publicação/Fonte DJ 05/09/2005 p. 398.



de extinção das *astreintes* fixadas - Preclusão *Pro Judicato* - Inteligência do artigo 471, do Código de Processo Civil – Decisão reformada²⁷.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão também recente, se limitou a dizer que tal multa não é acobertada pelo manto da coisa julgada (isso de acordo com o artigo 461, § 4º do Código de Processo Civil Brasileiro) e por isso pode ser revista pelo magistrado a qualquer tempo e independentemente de provocação da parte (de tal sorte que não há que se falar em Preclusão *Pro Judicato*): Ementa: Processual civil. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental. Descumprimento de ordem judicial. Multa Diária. Legalidade. Valor da multa. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Decisão agravada mantida²⁸.

Vejamos a diferença: ou ela pode ser revista a qualquer tempo e por isso ser totalmente retirada ou ela pode ser revista apenas no tocante à periodicidade ou valor, e, portanto, pode ser reduzida, mas não retirada (obrigatoriamente é imperioso levar-se em consideração que a ação principal foi julgada procedente para o autor e a não ocorrência do artigo 113, § 2º do Código de Processo Civil Brasileiro); sendo a segunda hipótese a que mais nos agrada.

Como dito, a preclusão auxilia o andamento do processo em sua celeridade e ao mesmo tempo confere segurança jurídica à sociedade.

Divergente desta ideia Heitor Vitor Mendonça Sica acredita que a adequação da decisão do juiz em detrimento da segurança jurídica deve ocorrer porque está revestida pelo interesse público.

Primeiro concordamos com a opinião do professor²⁹, embora ao final da obra sejam postas algumas ressalvas as quais se diverge³⁰.

²⁷ Agravo de Instrumento nº 0182496-17.2011.8.26.0000 (Outros números: 01824961720118260000). Relator(a) Luís Fernando Lodi, Órgão julgador 16ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento 28/02/2012. Data de registro 06/03/2012.

²⁸ Processo PET no AREsp 81395 / RJ Petição no Agravo em Recurso Especial 2011/0268870-8. Relator(a) Ministro Sidnei Beneti (1137), Órgão Julgador T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento 28/02/2012. Data da Publicação/Fonte DJe 14/03/2012.

²⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 324. “Nessa fase intermediária de evolução do processo, existem normas que servem a organizá-lo e regrá-lo, favorecendo a celeridade e a segurança jurídica (especialmente o princípio da eventualidade); porém não é ele um instrumento efetivo, justamente porque não só as partes estão limitadas por rigores formais, *mas também o juiz*. Todos os sujeitos processuais estão, enfim, presos a uma estrutura extremamente rígida, tanto pela incompleta superação



Por mais que aludido autor defenda que exista diferença entre a posição jurídica das partes e a posição jurídica do juiz, todos eles estão abarcados pelos princípios da segurança jurídica (entre outros).

Como já ressaltado, apesar de muito se parecer a Preclusão *Pro Judicato* destinada ao juiz, com a preclusão consumativa destinada às partes; entendemos ser a primeira uma quarta forma de preclusão, uma vez que as partes têm interesses próprios e o juiz interesse público³¹ – o juiz tem o poder-dever de proferir decisão (o poder instrutório está em suas mãos). Sem contar que as partes não podem repetir ações (sempre ocorrerá à preclusão consumativa), mas o juiz pode (caso for provocado ou para invocar uma norma de ordem pública, por exemplo), destacados os casos supramencionados (nem sempre ocorrerá a Preclusão *Pro Judicato*).

Voltando. Essa segurança jurídica não pode ser retirada quando um juiz redecide questões já decididas no processo³².

O artigo supramencionado do Código de Processo Civil Brasileiro que confere ao juiz acatar a preclusão é um artigo de Lei Infraconstitucional, conseqüentemente, norma positivada. Se a norma é positivada em sua essência ela está certa (se considerarmos como certo aquilo que foi discutido, acordado e ficou como *certo*). E estando certa tem que ser acatada pelos eméritos julgadores deste país³³.

do paradigma liberal, quanto por um profundo apego aos princípios e dogmas desenvolvidos sob a necessidade de auto-afirmação da ciência processual.”

³⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 329. “Enfim, se o juiz revê uma decisão tomada no curso do processo para adequá-la, sobretudo, às regras processuais aplicáveis, e com isso acabar por quebrar a segurança jurídica que emergia daquele decisório e por tumultuar o andamento do processo, esse ato tem a presunção de estar revestido no interesse público e, portanto, se justifica dentro dos limites acima delineados. As partes, ao contrário, guiadas por espírito egoísta, não podem gozar da mesma liberdade, e sua conduta deve estar pautada dentro de regras mais estritas sob pena de se abandonar qualquer ordem ou racionalidade no desenvolvimento do processo.”

³¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 329. “[...] Mais uma vez, reiteramos a importância da distinção entre as posições jurídicas das partes e do juiz no processo e seu papel na interpretação dos institutos processuais.”

³² SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 261. “Enfim, avalizamos a presente síntese de Cassio Scarpinella Bueno, “Ao contrário do que é bastante comum ver na jurisprudência e, mais ainda, na prática, nem o ‘revogar’, nem o ‘modificar’, podem ser entendidos como ‘pensar de novo’ ou, pior, ‘pensar melhor’”. Esse luxo, de aprimorar pensamento e decisão, não é dado a magistrado nenhum.””

³³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, Tradução L. Cabral de Moncada, 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997, p. 160/161. “ora é precisamente ao pensarmos isto, que somos forçados a formular uma terceira exigência que não podemos de fazer ao direito – ou seja, a considerar um terceiro ingrediente contido dentro da ideia de direito. Esse terceiro elemento é a *segurança*, a certeza, condição da paz



Ao tratar dos pilares do direito Gustav Radbruch menciona justiça, fim do direito e o que nos interessa: certeza jurídica, segurança jurídica³⁴ e paz social. Estes são princípios que estão acima até da constituição.

Sem um destes pilares do direito haverá ruptura nos alicerces da paz social vigorando a anarquia.

Isto dito percebe-se que o juiz por fazer parte essencial do mundo jurídico, ele, mais do que os outros, por ser o guardião da norma, deve acatá-la e não passar por cima dela ao seu bel prazer.

Repetindo: caso o juiz redecida questão já decidida ele rompe um destes pilares do direito, qual seja, a segurança jurídica, a certeza jurídica, a paz social.

Se a opinião do juiz for modificada acerca de seu convencimento sobre os fatos, este não pode voltar atrás e redecidir questões, o que tem que mudar para haver redecisão é o aspecto fático-probatório do processo.

Importante frisar que a livre convicção do juiz não é a livre convicção motivada na sua moral, na sua experiência de vida etc., mas sim na motivação oriunda da norma positivada cujo entendimento, provavelmente, foi fixado após longos debates jurisprudenciais; caso contrário estaria julgando conforme as convicções de seus antepassados, conforme sua convicção íntima³⁵ e não conforme as leis que são positivadas por vontade da sociedade.

social. Mas esta segurança, esta certeza, exige, por sua vez, a *positividade* do direito. Se não é possível fixar e *estabelecer* aquilo que é justo, deve ao menos ser possível *estabelecer* aquilo que ficará sendo o direito, e isso deve estabelecê-lo uma autoridade que se ache em condições de poder impor a observância daquilo que precisamente foi estabelecido (¹). A *positividade* do direito vem assim a ser, ela própria, um pressuposto da sua certeza. Não pode haver direito certo que não seja positivo; e, do mesmo modo, pode dizer-se que assim como a *positividade* é da *essência do próprio conceito dum direito certo*, assim é da essência do direito positivo o *ser certo*.”

³⁴ RADBRUCH, *Gustav*. Op. cit., p. 161. “Destes três ingredientes ou elementos da idéia de direito só o segundo – o seu *fim* – se acha sujeito, na sua determinação, às reservas e dúvidas do relativismo. Os outros dois – justiça e certeza jurídica – esses acham-se mais para além da luta das ideologias relativas ao direito e ao estado, bem como das dimensões dos partidos. É mais importante tratar de pôr, de qualquer maneira, um termo a essas lutas e dissensões, do que achar desde logo o direito *justo* e harmônico com o verdadeiro *fim* que ele deve ter. É mais importante que exista, primeiro que tudo, uma ordem jurídica, do que estar a curtir desde logo a sua justiça e recta finalidade; porque, se estas – a justiça e a recta finalidade – são realmente duas grandes preocupações do direito, todavia são preocupações secundárias, sendo antes primacial, no sentir de todos, a terceira, ou seja, a da segurança e da paz social”.

³⁵ FILHO, Sylvio do Amaral Rocha. *Previsibilidade decisória A busca de sentença que satisfaça os autores do direito*, São Paulo: Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São



Necessário, por oportuno, tratar de algumas hipóteses de exceção, as quais serão tratadas no item seguinte.

4. A flexibilização da Preclusão *Pro Judicato*.

Cumprido primeiro destacar as matérias em que a preclusão não se opera.

Importante mencionar, apenas para ilustrar, que é cediço o entendimento de que em se tratando de matéria de ordem pública (norma cogente – o juiz deve até mesmo analisar *ex officio*) não há preclusão³⁶, uma vez que podem ser alegadas em qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição. Neste sentido à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro: Ementa: Processual civil. Agravo Regimental. Recurso especial. Inexistência de violação ao art. 535, do CPC. Crédito-prêmio de IPI. Cessão. Ilegitimidade ativa para a execução. Súmula 211 do STJ. Preclusão *Pro Judicato*. Inocorrência. Matéria de ordem pública³⁷. ; e Ementa: Processo civil. Conflito de competência. Ação de indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho. Justiça comum e justiça do trabalho. Existência de anterior conflito de competência, julgado pelo STJ antes do advento da EC 45/04. Competência absoluta. Matéria de ordem pública. Possibilidade de reexame da questão³⁸.

Paulo, 2002, p. 139. “No Brasil há desprezo pela tradição e enorme desrespeito para com a autoridade, o que é hoje a parte visível da questão, mas, inegável, a aderência de “verdades” que oralmente são passadas, geração pós-geração, e encampadas pelas novas gerações como demonstração absoluta e rigorosa de um norte que deve ser seguido, sem que o jovem saiba que esse seu lançar-se para o futuro está profundamente enraizado no passado. Há que ter cuidados: Nietzsche já alertava “Confia em teu sentimento! - Mas, sentimentos não são nada de último, originário, por trás dos sentimentos há juízos e estimativas de valor, que nos foram legados na forma de sentimentos (propensões, aversões). A inspiração que provem do sentimento é o neto de um juízo – e muitas vezes de um juízo falso ! – e, em todo caso, não de teu próprio juízo! Confiar em seu sentimento – isto significa obedecer mais ao seu avô e à sua avó e aos avós deles do que aos deuses que estão em nós: nossa razão e nossa experiência.””

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 469. “[...] os tribunais e a doutrina reconstróem o pensamento do Código de Processo Civil, chegando a essa fórmula bastante ampla: *só a matéria sujeita à disponibilidade das partes é suscetível de preclusão e não a que diga respeito à ordem pública.*”

³⁷ Processo CC 102531 / PR Conflito de competência 2009/0005221-1. Ministra Nancy Andrighi (1118), Órgão Julgador S2 – Segunda Seção. Data do Julgamento 25/08/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 06/09/2010.

³⁸ Processo AgRg no REsp 959518 / RS Agravo regimental no recurso especial 2007/0128107-5. Relator(a) Ministro Mauro Campbell Marques (1141), Órgão Julgador T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento 23/03/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 12/04/2010.



Tamanha importância que a preclusão tem no ordenamento jurídico que o juiz tem que declará-la de ofício por ser esta também de uma matéria de ordem pública³⁹.

Existem outras ocasiões em que a preclusão não se opera para o juiz, são elas: o juízo de retratação (v.g., artigos 526, 529, 543-B, § 3º e 557, § 1º do Código de Processo Civil Brasileiro); a reconsideração (v.g. artigo 527, II do Código de Processo Civil Brasileiro); e as ocasiões dos artigos 296 e 285-A também do Código de Processo Civil Brasileiro.

Outra questão em que há certeza da não incidência da preclusão é a tipificada no § 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil Brasileiro (que diz que as tutelas antecipadas podem ser revistas a qualquer tempo, mas frise-se: em decisão fundamentada).

Apesar de não ser tema de aprofundamento deste trabalho tratar exclusivamente das tutelas de urgência, exporemos nossa opinião a respeito desse particular, uma vez que se trata de decisões interlocutórias.

A nossa interpretação sobre as decisões nas tutelas de urgência é que até mesmo elas estão sujeitas à preclusão.

Fazendo uma analogia com o jogo de pôquer entendemos que enquanto não houver mudança no quadro fático-probatório do processo, as decisões proferidas, mesmo sendo de tutelas de urgência, não podem ser revistas/modificadas: se em um jogo de pôquer o jogador perder determinada jogada ele só poderá mudar seu jogo para sair vencedor na próxima jogada, ou seja, quando novas cartas vierem ao jogo. O mesmo vale para a relativização da decisão proferida: a decisão só poderá ser modificada se houver novas provas no processo (ou nova situação fática) as quais possam mudar a cognição do julgador.

Essa interpretação acerca da matéria vale tanto para as medidas cautelares⁴⁰ quanto para as tutelas antecipadas⁴¹.

³⁹ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 704. “**2. Preclusão. Exame de ofício.** A preclusão é a consequência que decorre de a parte haver perdido a faculdade de praticar ato processual, circunstância essa que impede o juiz de redecidir questões preclusas. Essa questão – preclusão – é matéria de *ordem pública*, que deve ser examinada *ex officio* pelo juiz, independentemente de alegação da parte ou do interessado. Neste sentido: Pontes de Miranda, *coment. CPC* (1973), t. 5³, p. 154.”

⁴⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada*, São Paulo: Defesa de tese de doutorado – Pontifícia Universidade



Até mesmo os nossos irmãos argentinos tratam a temática com rigidez⁴², ou seja, só poderá ser modificada a decisão que se amparar em novas circunstâncias.

A ideia central de quando se pode flexibilizar uma decisão interlocutória é a mesma esposada acima, ou seja, para haver redecisão acerca da mesma matéria é preciso que haja mudança na cognição do julgador, seja por provas novas ou por mudança fática no decorrer do processo.

Até mesmo em se tratando de relação jurídica continuativa, para que haja redecisão acerca do mesmo tema é preciso que as partes provoquem o juiz, e o mais importante é que tenha ocorrido mudança no estado de fato ou de direito⁴³.

Em se tratando de despacho saneador (interpretado pelo aluno como sendo também uma decisão interlocutória) o juiz ao fixar os pontos controvertidos e que demandam produção de provas (isso significa que até mesmo ele está desconfortável em como julgar o processo) faz isso para sanar as suas próprias dúvidas acerca do processo.

Imaginemos que o Juiz designe perícia (além de deferir prova oral em audiência), para com isso elucidar-se (isso significa que o processo ainda não está maduro).

A parte que requereu a perícia paga os honorários periciais provisórios e requer prazo suplementar para pagar os honorários definitivos.

Católica de São Paulo, 2010, p. 97/99. “Mas, frise-se, a inexistência da autoridade de coisa julgada à sentença cautelar não significa a possibilidade de rever, a qualquer momento e em qualquer situação, a sentença proferida. Nas medidas cautelares, sejam elas proferidas liminarmente, sejam por meio de uma sentença proferida em processo cautelar autônomo, está implícita a *clausula rebus sic stantibus*, permitindo-se, pois, sua alteração e/ou revogação se ocorrer alteração no quadro fático ou probatório vigente ao tempo da concessão. [...]”. Segue o mesmo doutrinador, página seguinte. “[...]. Com efeito, tal decisão liminar tem seus efeitos vinculados ao *fumus e ao periculum* existentes quando da sua concessão, abrindo-se a possibilidade de se alterar a decisão tão somente se houver alguma variação no estado de coisas. Noutras palavras: mantida a mesma situação (mesmo *fumus* e mesmo *periculum*), não está o juiz autorizado a simplesmente *mudar de idéia*, não podendo, por tanto, revoga-la e/ou alterá-la; [...]”

⁴¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Op. cit., p. 100. “É importante registrar que a mesma regra ora mencionada para a decisão cautelar liminar vale igualmente para a decisão que antecipa a tutela, a qual, de forma idêntica, só pode ser alterada se houver ampliação de cognição pela alteração no quadro fático-probatório.”

⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 132. “Leo Rosenberg, ob, cit., vol. III, afirma que: “la revocación de le medida provisional de seguridad ”pode decorrer” em virtude de modificación de las circunstancias

⁴³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 194. “Segundo o art. 471, I, quando o juiz tiver decidido sobre determinada relação jurídica continuativa e as partes pedirem a revisão por se haver modificado o estado de fato (isto é, se alguma delas pedir ou todas elas pedirem), pode o juiz reexaminar a questão. Entende-se: no que é modificável.”



Sem analisar tal pedido e sem que estas provas fossem produzidas, o juiz julga improcedente o processo; ora, resta clara a preclusão ocorrida para o julgador.

Nem mesmo ele estava seguro para julgar o processo, ou seja, sua cognição não era exauriente, como que ele pode ter exaurido uma dúvida sem que a prova fosse produzida? Este é um típico caso de Preclusão *Pro Judicato* na nossa visão. Frise-se que neste caso não houve nenhum tipo de mudança fático-probatória para que a cognição do juiz fosse alterada e assim pudesse julgar o processo⁴⁴.

Vale a pena salientar que o caso acima descrito ainda tramita, mas a questão da Preclusão *Pro Judicato* já foi julgada e o Tribunal de São Paulo julgou no sentido de que o processo retrocedesse e a prova pericial fosse colhida, porém sob o fundamento cerceamento de defesa, uma vez que o processo foi julgado improcedente ao pedido do autor, apesar de entendermos que foi um típico caso de Preclusão *Pro Judicato* (a matéria foi arguida na apelação, mas não foi apreciada no julgamento do acórdão).

Frise-se que aqui o julgador não se convenceu por outra prova e assim julgou o processo. O que ocorreu foi que ao não colher a prova o autor não conseguiu comprovar a sua pretensão e perdeu a demanda. O juiz deve buscar a verdade real dos autos.

No nosso ordenamento é o juiz quem conduz o processo e se convence se há ou não necessidade de produção de mais provas, mas na sentença o juiz tem que indicar os motivos que lhe formaram o convencimento (artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil Brasileiro). Caso ele se sinta satisfeito com as provas produzidas no processo ele pode abrir mão de que seja produzida outra prova e pode assim julgar o processo; a recíproca aqui é verdadeira, ou seja, se ele não estiver seguro pode requerer a produção de mais provas⁴⁵. Não há que se falar em Preclusão *Pro Judicato* no que concernem às

⁴⁴ CASTRO, Daniel Penteadó de. *Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*, São Paulo: Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, 2010, p. 239. “[...] Novamente, o que se preserva é evitar uma postura passiva do juiz ao decidir a demanda sem saber qual parte tem razão e desprovido de elementos de prova úteis para a formação do livre convencimento.”

⁴⁵ CASTRO, Daniel Penteadó de. *Op. cit.*, p. 268. “Portanto, julgados escritos guardam aproveitamento para diversos casos concretos, porquanto as iniciativas probatórias do juiz podem ser exercidas sempre que carecer de elementos para a formação do seu livre convencimento e presumir que o resultado da prova lhe traga novo subsídio suficiente para decidir.”



iniciativas probatórias do juiz⁴⁶; o poder instrutório do juiz se sobrepõe à preclusão das partes^{47,48}.

Neste sentido à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro: Ementa: Civil e processual 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. Desprovemento⁴⁹.

Outro exemplo é: no processo de execução discute-se o valor real do bem (digamos que o Acórdão foi ilíquido no que se refere ao valor do bem discutido) e o juiz profere um despacho nos seguintes termos: “Ao contador contabilizando os juros e a correção monetária a partir do fato danoso”. E o contador devolve o processo sem saber qual base de cálculos utilizar. O juiz então decide liquidar a sentença e nomeia perito para valorar o bem em questão. Finda a perícia o juiz remete os autos ao contador, agora com o valor da base de cálculos e profere outro despacho: “Ao contador contabilizando os juros e a correção monetária a partir do acórdão”. Outro típico caso de Preclusão *Pro Judicato*.

No segundo exemplo verifica-se que o quadro jurídico-fático-probatório no que se refere à contabilização dos juros e da correção monetária em nada se alterou; o que se

⁴⁶ CASTRO, Daniel Penteado de. Op. cit., p. 243. “Portanto, são manifestas as decisões a concluir que não há preclusão *pro judicato* no que toca às iniciativas probatórias e, em dadas hipóteses, os efeitos da preclusão operada em relação às partes também comportam mitigação. O critério para relativizar a preclusão das partes em matéria probatória é a formação do livre convencimento do magistrado, de sorte que ausentes elementos necessários para decidir, reputa-se possível a produção de prova de ofício.”

⁴⁷ CASTRO, Daniel Penteado de. Op. cit., p. 241. “Portanto, ainda que a parte não tenha requerido a produção de determinada prova (preclusão temporal), caso ela se faça necessária para angariar elementos necessários à formação do livre convencimento, em que pese operar a preclusão da prova em relação à parte, seus efeitos não se projetam a ponto de impedir que o juiz se valha das iniciativas probatórias destinadas a melhor instruir os autos com elementos que lhe permitam decidir o pedido. Esse mesmo raciocínio também se aplica a preclusão lógica, quando a parte postula pelo julgamento antecipado, e, ainda assim, o magistrado entende necessária a produção de determinada prova.”

⁴⁸ CASTRO, Daniel Penteado de. Op. cit., p. 242. “Inexiste preclusão da prova em relação às partes quando o juiz entender necessária a produção de determinada prova; de igual modo, não há preclusão *pro judicato* temporal, muito menos lógica, se o juiz indefere a produção de uma prova, e, mais adiante, entende relevante sua produção, ou o próprio tribunal assim o determina.”

⁴⁹ Processo AgRg no Ag 978628 / GO Agravo regimental no agravo de instrumento 2007/0267648-5. Relator(a) Ministro Aldir Passarinho Junior (1110), Órgão Julgador T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento 06/05/2008. Data da Publicação/Fonte DJe 02/06/2008.



alterou foi apenas o conhecimento do real valor do bem para que se fizessem os cálculos partindo de um valor base.

O juiz não pode flexibilizar sua decisão sem que tenha mudado o quadro fático do processo ou sem que novas provas sejam juntadas.

Não pode redecidir questão se não houve erro material na decisão proferida, mas se houver deve redecidir (inclusive em se tratando de nulidade absoluta⁵⁰ – atos nulos / atos inexistentes - que poderão ser atacados posteriormente até mesmo por ação rescisória/anulatória/*querela nulitatis*, vide artigo 245, parágrafo único do Código de Processo Civil Brasileiro) sem que ocorra a Preclusão *Pro Judicato*, observando se não gerará gravame para as partes

No segundo caso supracitado a cognição do juiz acerca da incidência de juros e correção monetária já era plena/total/exauriente no primeiro despacho; desta feita não poderia o juiz ter mudado de ideia.

O caso mencionado acima já teve o seu deslinde e a Preclusão *Pro Judicato* não foi acatada o que contraria a nossa opinião.

Vale a pena salientar que estes dois exemplos⁵¹, dentre outros que não foram aqui especificados, aconteceram no mundo jurídico contencioso em que nós vivemos. Por estes motivos decidimos fazer o presente trabalho; para demonstrar não que a Preclusão *Pro Judicato* existe, mas que ela tem que ser acatada/respeitada/aplicada pelos magistrados.

Não se pode passar por cima de uma norma.

Outro caso interessante em que a Preclusão *Pro Judicato* não foi acatada e que não deveria, uma vez que se trata de matéria de ordem pública: Ementa: Processual civil.

⁵⁰ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 491. “**2. Preclusão.** Evidentemente a norma se refere às anulabilidades, isto é, invalidades sanáveis, pois as nulidades absolutas, cominadas, não podem ser convalidadas nem são suscetíveis de preclusão.”

⁵¹ Processo nº 0024738-47.2003.8.26.0002 que ainda corre perante a 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro da Comarca da Capital do Estado de São Paulo (caso do despacho saneador); e processo número 583.00.1998.933002-5 que também ainda corre perante a 15ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo (caso da avaliação do bem) respectivamente.



Agravo regimental nos embargos declaratórios no recurso especial. Inadmissibilidade do apelo nobre. Desprovimento do agravo regimental⁵².

No caso acima houve redecisão acerca da admissibilidade do recurso especial. Ele foi julgado admissível por agravo de instrumento contra despacho denegatório de recurso especial e a questão foi redecidida no julgamento do recurso especial propriamente dito, não ocorrendo desta feita a Preclusão *Pro Judicato*.

Passado esse ponto adentremos o que se refere à flexibilização da decisão de acordo com a cognição do julgador nas decisões interlocutórias.

Abordemos agora a cognição⁵³ do julgador e sua consequência na tomada de decisão.

Façamos menção à chamada cognição vertical segundo Kazuo Watanabe (a cognição horizontal trata das questões processuais, das matérias que podem ou não ser alegadas em defesa em determinados procedimentos).

A cognição do julgador é sumária quando ela é superficial⁵⁴, ou seja, quando ainda não se completou o entendimento total do quadro exposto para que se pudesse proferir uma decisão/sentença. Na cognição sumária o juiz não está seguro de como os fatos ocorreram e com isso não sabe para quem o bem da vida deverá ser entregue.

Para que o conflito seja pacificado e para que o bem da vida seja entregue a quem de direito o juiz necessariamente precisa estar diante de uma cognição exauriente⁵⁵

⁵² Processo AgRg nos EDcl no REsp 660489 / SC Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial 2004/0065915-5. Relator(a) Ministra Denise Arruda, (1126) Órgão Julgador T1 – Primeira Turma. Data do Julgamento 06/12/2007. Data da Publicação/Fonte DJ 17/12/2007 p. 124.

⁵³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, 2ª ed. Campinas-SP: Bookseller, 2000, p. 58/59. “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.”

⁵⁴ WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 121. “Na classificação acima apresentada, o vocábulo “sumária” ficou reservado, unicamente, à *cognição superficial* que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de um dado processo. Portanto, traduz a idéia de limitação no plano vertical, no sentido da profundidade. A expressão “cognição sumária”, assim entendida, tem alcance diverso daquele que lhe dá Chiovenda, que contrapõe a “cognição sumária” à “cognição plena e completa, ou cognição *ordinária*”, tendo, portanto, a acepção de “cognição incompleta, já porque não *definitiva*, já porque *parcial*, já porque *superficial*”, ¹⁷³ (V. supra, n° 21).”

⁵⁵ WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 113/114. “Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesse é buscada através de provimento que se assente em *cognição plena e exauriente*, vale dizer, em procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e *completo* quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de



(ressalvados alguns casos como dito acima ou em se tratando de embargos monitórios ou embargos de título executivo, casos em que o julgador deverá decidir sem que sua cognição seja exauriente); precisa ser conhecedor de todos os meandros do processo para que tome uma decisão final (assertiva/correta/coerente, pelo menos é isso que se espera) acerca da problemática a ele exposta.

Portanto, seja em sede de cognição sumária, seja em sede de cognição exauriente, o Juiz não pode modificar sua decisão por mera liberalidade⁵⁶, podendo alterá-la, todavia, se houver mudança fático-probatória no processo.

De toda sorte, por exemplo, pode ocorrer de o juiz conceder ou denegar antecipação de tutela (em sede de cognição sumária) e, ao final do processo (em juízo de cognição exauriente) decidir de forma diversa, fenômeno este que não esbarra na Preclusão *Pro Judicato*, porquanto a vinda de novos fatos aos autos pode fundamentar entendimento contrário na sentença.

Findo este tema, passemos ao próximo.

5. A Rigidez do sistema jurídico brasileiro.

O procedimento escolhido no país é o procedimento rígido; este tema é de notório conhecimento.

Para se ter um procedimento rígido a preclusão é indispensável, com ela termos um processo ordenado, coerente e regular, para assim termos segurança jurídica e rapidez no seu desenvolvimento⁵⁷.

sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada. “Processo ordinário” é, exatamente, aquele concebido com esse objetivo.”

⁵⁶ NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.. *Código de processo civil*, 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 589. ““O juiz pode alterar sua decisão se forem modificados os fatos, e não se modificada sua percepção a respeito dos fatos” (Lex-JTA 173/173, do acórdão).”

⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 24. “Segundo nos aponta Antonio Carlos Marcato, “o processo, para atingir a sua finalidade de atuação da vontade concreta da lei, deve ter um desenvolvimento ordenado, coerente e regular, assegurando a certeza das situações processuais e também a estabilidade das mesmas, sob pena de retrocessos e contramarchas desnecessárias e onerosas que colocariam em risco não só os interesses das partes em litígio mas, principalmente, a majestade da atividade jurisdicional”.”



Diferente do procedimento de muitos países europeus o ordenamento jurídico pátrio optou por maior rigidez e não por um procedimento flexível⁵⁸.

Como dito, tal rigidez implica em uma maior observação da preclusão⁵⁹. Mais do que isso, a preclusão é parte realizadora deste sistema rígido⁶⁰ (é parte imprescindível para que tenhamos o procedimento escolhido no país).

No Brasil ao colher um testemunho em audiência, o Juiz não poderá retroceder e obter novamente este testemunho, contudo não é o que acontece em alguns países europeus nos quais o Juiz poderá ouvir a testemunha quantas vezes achar necessário, mesmo que para colher a mesma prova e arguir sobre o mesmo tema.

No cotidiano de um advogado que atua principalmente no mundo contencioso ao elaborar um estudo para defender os interesses do seu cliente esse profissional traça um caminho, regendo-se estrategicamente e desta maneira opera suas manobras de acordo com o ordenamento jurídico vigente no país.

Atualmente o Brasil é operado pela *civil law*, ou seja, a democracia está calcada em Leis positivadas, Leis estas que devem ser observadas a todo o momento pelo operador do direito.

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 464. “Cada ordenamento jurídico opta por rigor maior ou menor, na exigência da ordem em que os atos do procedimento devem ser realizados. O brasileiro adere tradicionalmente ao sistema de *procedimento rígido*, caracterizado pela nítida distribuição dos atos processuais em *fases* e pelo emprego acentuado do instituto da *preclusão*, destinado a impedir retrocessos.”

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 471/472. “tal é a configuração e tais os contornos do procedimento rígido brasileiro, conforme resulta do Código de Processo Civil e da interpretação que lhes dão os tribunais. Mesmo diante das mitigações trazidas intencionalmente pela lei ou por via da interpretação sistemáticas de seus textos, não existem no Brasil as aberturas, que no sistema de procedimento rígido há, para a regra de *adaptabilidade do procedimento* (Calamandrei); o juiz não tem autorização generalizada para imprimir ao procedimento os rumos que em cada caso lhe pareçam mais convenientes, o que em alguma medida pode suceder nos sistemas de procedimento flexível. A flexibilidade dos procedimentos europeus relacionam-se com a adoção do sistema da *individualização da causa de pedir* – oposto ao da *substanciação*, vigente no Brasil. Lá, podendo ser alterado no curso do processo o material fático integrante do que recebe o nome de *circunstâncias particulares e fatos secundários* (Liebman), é imperiosa a flexibilização dos momentos probatórios. Aqui não, dado o rigor com que os fundamentos da demanda são *estabilizados* (art. 264 – *supra*, nn. 416 e 450).”

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., v. 3., p. 355/356. “[...], da ordem estabelecida pelo Código de Processo Civil para a realização dos atos processuais e da divisão do procedimento em fases resulta a admissibilidade de realiza-los *a qualquer tempo*, o que seria um manifesto fator de desordem processual. À medida que o procedimento caminha, vão-se fechando as portas e, em princípio, os atos de parte que não se realizaram em tempo não mais poderão ser realizados. O procedimento ordinário brasileiro é particularmente *preclusivo* – como de resto todo o sistema procedimental deste país – e, na medida da relatividade de suas fases, de uma delas não se retrocede a outra (*supra*, nn. 632-633).”



A jurisprudência tomou corpo nos últimos anos e também deve ser observada pelo operador do direito, mas essa jurisprudência está, sempre, calcadas em Leis positivadas demonstrando desta feita a rigidez do ordenamento jurídico atual.

Um advogado ao levar em consideração estas normas para defender seu cliente, espera que o julgador também se ampare na legislação e que este julgador acate as normas; motivando suas decisões com amparo exclusivamente nestas Leis e não decidir conforme sua moral, seu interesse etc..

Ao não acatar as normas (pode-se dizer que normas são valores; na verdade que os valores são normas⁶¹) vigentes no ordenamento jurídico pátrio o julgador exacerba suas funções e comete equívocos; desta maneira não observa a certeza jurídica.

Diferente de outros países, como os Estados Unidos, no Brasil o Juiz é concursado e por isso deve sempre observar a legislação ao proferir qualquer tipo de decisão, porque é lá que estão insculpidos os interesses sociais.

Nos Estados Unidos, diferentemente do Brasil, o Juiz é eleito, ou seja, pelo fato de estar em uma *common law* o sistema jurídico é completamente jurisprudencial (somente as cortes especiais são dotadas de poderes para pronunciar precedentes obrigatórios⁶²), com isso percebe-se que ao ser eleito o julgador já foi escolhido pela sua maneira de pensar e por isso irá defender os interesses de uma maioria (sem cometer injustiça, por óbvio).

Mas com essa breve explanação percebe-se a grande diferença entre esses dois tipos de ordenamentos jurídicos.

A rigidez do nosso procedimento não autoriza que o juiz discorde da Lei e com isso julgue em desacordo a elas.

Precisamos entender o ordenamento em que vivemos para caminhar conforme suas regras.

⁶¹ RADBRUCH, *Gustav*. Op. cit., p. 45. “O direito só pode ser compreendido dentro da atitude que refere as realidades aos valores.”

⁶² DAVID, René. *O direito inglês*, Tradução Eduardo Brandão, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 19. “O direito inglês, apesar da recente importância dada à legislação e aos regulamentos, continua a se desenvolver essencialmente como direito jurisprudencial, com base em “precedentes” que fazem a *common law* evoluir ou especificam o sentido e o alcance dos textos legislativos ou regulamentares. Ora, só constituem precedentes, com força obrigatória, as decisões pronunciadas pelas cortes superiores.”



Na Inglaterra, por exemplo, não se aceitam ordens legais que façam o processo caminhar para frente e depois por ordem de um juiz caminhe para trás; no sistema da *common law* o processo se expande, não caminha nem para a frente nem para trás; o juiz quando decide não volta mais atrás.

Difícilmente um processo chega à corte⁶³.

No sistema jurídico inglês o juiz não conduz o processo; quem o conduz são os advogados das partes⁶⁴.

Ele ouvirá as testemunhas, verá as provas e decidirá⁶⁵.

Mesmo que o juiz queira ouvir uma testemunha crucial, ele se calará caso os advogados não a tragam para ser inquirida; ele julga conforme o que lhe é trazido⁶⁶.

Percebe-se aqui clara distinção entre o sistema jurídico inglês em contraposição ao nosso, tanto no que se refere à preclusão quanto à rigidez do procedimento adotado.

Por fim mencionar que aqui, como dito, não ocorre Preclusão *Pro Judicato* no tocante às provas, ou seja, caso o juiz não esteja convencido, não esteja com a sua cognição exaurida, ele pode requerer a produção de mais provas até formar o seu livre convencimento.

Já na Inglaterra vimos que a fase probatória é conduzida pelas partes, restando claro que não há nem que se falar de Preclusão *Pro Judicato* para o juiz, uma vez que mesmo em

⁶³ DAVID, René. Op. cit., p. 39. “Grande número de processos termina pela revelia do réu. Este, não tendo bons meios de defesa, assusta-se com um processo que, tradicionalmente na Inglaterra, é caríssimo”.

⁶⁴ DAVID, René. Op. cit., p. 39. “Se o réu comparece, o processo é confiado a um *Master*. Esse auxiliar do juiz, salvo se houver a possibilidade de um recurso imediato ao juiz *in chambers* contra suas decisões, vai ser a única pessoa com quem os litigantes terão contato, até o dia em que o processo será, eventualmente julgado em audiência pública. Todo o processo é dirigido pelas partes, isto é, de fato, pelos *solicitors*, [...]”.

⁶⁵ DAVID, René. Op. cit., p. 44. “O juiz inglês também fala pouco. Seu papel é concebido essencialmente como o de um árbitro, que ouve uns e outros e assim se convence. O papel que lhe cabe é, antes de mais nada, o de dirigir os trabalhos da audiência. Ele deve impedir que estes se dispersem e garantir sua perfeita lealdade, fazendo notadamente respeitar as regras relativas à admissibilidade da prova e impedindo que sejam introduzidos nos debates elementos que gerem confusão. O juiz pode fazer perguntas para esclarecer o debate, mas não deve substituir os advogados e interrogar, no lugar destes, as testemunhas.”

⁶⁶ BERLINS, Marcel; DYER, Clare. *The law machine*, 5ª ed. Londres: Penguin Books, 2000, p. 169/170. “The English civil trial, like its criminal counterpart, is conducted on adversarial lines. There are two contestants, each having free rein through their lawyers to run the case as they see fit, and call or not call what witnesses they want. The judge is the sole arbiter both of fact and of law. He seldom intervenes, even if he feels that one or other side has not called a key witness. As in criminal trials, many cases are won and lost on tactics advocacy rather than on where the truth lies.”



ele querendo ouvir mais uma testemunha não poderá, caso a testemunha não seja trazida pelas partes.

Podemos dizer que a Preclusão *Pro Judicato* na Inglaterra é arraigada, ou seja, o juiz não volta atrás de suas decisões⁶⁷ por princípios intrínsecos (posterior à sentença ocorre a coisa julgada material e com ela a preclusão para o juiz).

6. Síntese e conclusões.

Com o exposto no estudo acima podemos tecer algumas conclusões:

Resta claro que o sistema jurídico adotado e vigente no país no que se refere ao seu procedimento é o rígido.

E que para que este procedimento rígido funcione, a preclusão é um fator de suma importância.

Com isso demonstrou-se que a flexibilização das decisões dos magistrados só pode ocorrer quando surgirem mudanças fático-probatórias no processo além de ter sido feito um paralelo com a cognição do julgador.

Analizamos os diferentes tipos de preclusões além de breve estudo frente a outros ordenamentos.

Deixamos claro que a Preclusão *Pro Judicato* não é acatada por alguns juízes, mas que não se pode generalizar, que alguns deles a acatam.

Propomos a Preclusão *Pro Judicato* como sendo uma quinta preclusão apesar de ser parecida com a preclusão consumativa que ocorre para as partes.

Salientamos a respeito da preclusão nas decisões interlocutórias, além de tratá-la nas (no despacho saneador) tutelas de urgência e tutelas antecipadas, dizendo que só podem ser flexibilizadas se mudarem as circunstâncias processuais.

Percorremos o campo de a Preclusão *Pro Judicato* não ocorrer, por exemplo, quando se tratar de matéria de ordem pública.

⁶⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 68. “O direito da *common law* traz a figura da *preclusion* apenas como fenômeno que torna imutáveis as decisões tomadas no curso do processo.”



Com o presente trabalho espera-se dar notoriedade a esta matéria para que com isso os magistrados a tratem com o devido respeito por estar esculpida no ordenamento jurídico pátrio e por ter suma importância no cotidiano de quem vive no mundo contencioso.

Ingressou-se no campo da segurança jurídica com o intuito de se demonstrar que os alicerces do direito não podem ser derrubados, uma vez que se trata de princípios que estão até mesmo acima da Constituição Federal do Brasil e de qualquer outro país.

O presente trabalho esclareceu que as decisões dos magistrados não podem ser prolatadas conforme sua moral / sua vontade, mas sim de acordo com a norma positivada, não deixando de observar a jurisprudência, por estarmos diante de um sistema da *civil law*.



Bibliografia:

CASTRO, Daniel Penteadó de. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Intituições de direito processual civil**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas, SP: Bookseller, 1ª ed., 1998. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Intituições de direito processual civil**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas, SP: Bookseller, 1ª ed., 1998. v. 3.

DAVID, René. **O direito Inglês**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 2009. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 2009. v. 3.

DYER, Clare; BERLINS, Marcel. **The law machine**. Londres: Penguin Books, 5ª ed., 2000.

FILHO, Sylvio do Amaral Rocha. **Previsibilidade decisória A busca de sentença que satisfaça os autores do direito**. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.



LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectus, 2003. v. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo 5.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.. **Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 41ª ed., 2009.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

POZZO, Antonio Araldo Ferraz Dal. **Manual básico de direito processual civil**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 6ª ed., 1997.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada**. Defesa de tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2008.



WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., 2003.

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

Referências:

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. São Paulo: Forense, 12ª ed., 1999. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de, Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 1993.

JUNIOR, Waldemar Mariz de, Oliveira. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., 1976.

NIETZSCHE, Friedrich. **Os Pensadores**. Tradução Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 2ª ed., 1978.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2003.