

PRECLUSÃO PROCESSUAL VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA: POSSIBILIDADES PRÁTICAS DE APLICAÇÃO MINORADA DA TÉCNICA PRECLUSIVA NA INSTRUÇÃO

Fernando Rubin¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As concepções de Segurança Jurídica e o modelo de relativização da preclusão frente ao direito constitucional à prova; 3. Possibilidades práticas de relativização da preclusão na instrução; 4. Conclusão; Referências doutrinárias.

INTRODUÇÃO

Já tivemos a oportunidade, em outro momento, de discorrer profundamente a respeito do instituto da preclusão na dinâmica do processo civil, tratando de suas peculiaridades e da sua necessidade para o processo.² Chegamos, depois, a esboçar a possibilidade de criação de um modelo teórico em que aplicado seus préstimos de maneira minorada, em razão da prevalência do direito constitucional à prova.³

Ficou em aberto, a fim de esgotarmos a temática, o firme estabelecimento das relações da preclusão com os princípios da efetividade e, principalmente, da segurança jurídica e, finalmente, serem apontadas possibilidades práticas de relativização da preclusão em atendimento ao direito prioritário à prova. Eis os objetos do presente ensaio.

1. AS CONCEPÇÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA E O MODELO DE RELATIVIZAÇÃO DA PRECLUSÃO FRENTE AO DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA

A preclusão, estabelecendo prazos/oportunidades para a realização de atos processuais, presta-se para inviabilizar a eternalização da lide e a sua completa desordem, possibilitando a partir daí que o cidadão, ao se ver como parte

¹ Advogado, Bacharel em Direito pela UFRGS, com a distinção da Láurea Acadêmica. Mestre em processo civil pela UFRGS, com dissertação publicada pela Editora Livraria do Advogado a respeito do instituto da Preclusão na Dinâmica do Processo Civil. Professor da Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis, Professor Colaborador do Centro de Estudos Trabalhistas do Rio Grande do Sul – CETRA-IMED, Professor Pesquisador do Mérito Estudos de Porto Alegre.

² RUBIN, Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

³ RUBIN, Fernando. "Preclusão: Constituição e Processo" in Revista Magister de direito civil e processo civil nº 38 (2010): 79/96.

de uma demanda judicial, saiba previamente o caminho (rito) a ser percorrido, com as ponderações estabelecidas pelo instituto.⁴ Nessa concepção, torna-se necessário o estudo da “preclusão” juntamente com o que se tem por “procedimento”, extraindo-se desse cenário uma primeira definição de segurança jurídica, qual seja, a de previsibilidade e inalterabilidade das disposições processuais a serem seguidas nos feitos em geral.

Fecha-se, assim, um sistema em que efetividade, segurança e preclusão estão todos colocados em uma mesma direção, em que cabível aplicação conjugada desses institutos de maneira harmônica: toda demanda judicial deve seguir um procedimento (rito previamente estabelecido em lei), pautado pelo instituto da preclusão (que determina o fechamento de uma etapa do feito e o início de uma posterior – numa marcha dinâmica, sempre para frente), tudo a determina efetividade (na prestação jurisdicional) e segurança jurídica (para as partes litigantes e demais eventuais terceiros interessados).

Nessa primeira aceção, a segurança jurídica (conferida pelo enfeixamento do “procedimento” com a “preclusão”) consolida o princípio da não-surpresa, já que as partes litigantes, em linhas gerais, passam a saber previamente como se desenrolará o feito, e assim como devem se pautar, em cada oportunidade processual, para garantir melhor sorte no juízo final.⁵ Em todas as fases processuais (postulatória, saneadora, instrutória, decisória, recursal e executória) far-se-á presente, em maior ou menor escala, o instituto da preclusão, e como consequência de sua aplicação a inviabilidade se ser suscitada ou enfrentada pelas partes matérias jurídicas a destempo ou ser revisado pelo julgador tema sobre o qual já se posicionou sem irresignação tempestiva⁶ – o que vem ao encontro da proteção do cidadão (como parte) de atos arbitrários, respectivamente, do outro litigante e/ou do próprio Estado-juiz.

Contudo, não sendo unívoco o termo segurança jurídica no plano processual (do nosso específico interesse, por ora), tem-se que da própria noção de procedimento, deduz-se outro significado do termo, esse bem diverso do anterior exposto, e que se coloca de encontro aos ideais de efetividade e do instituto de preclusão, como moldado pelo legislador adjetivo.⁷

⁴ Por certo, a máxima vale para o processo moderno, cível e penal, adotado não só no Brasil. A respeito, pode-se consultar: TARUFFO, Michele. Le preclusioni nella riforma del processo civile in *Rivista di Diritto Processuale Civile* n° 68 (1992): 296/310; GUARNERI, Giuseppe. “Preclusione (diritto processuale penale)” in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII. Napoli: Utet, p. 571/577.

⁵ A respeito da segurança jurídica em uma primeira aceção: MARTINS-COSTA, Judith. “A resignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos” in *Revista CEJUR* n° 27 (2004): 110/120; PRUDENTE, Antônio Souza. “Poder judiciário e segurança jurídica” in *Revista de informação legislativa* n° 115 (1992): 571/580.

⁶ SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil. Volume I – Teoria geral do direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 484/485.

⁷ BARBOSA MOREIRA, J. C. “Efetividade do processo e técnica processual” in *Ajuris* (64): 149/161.

É essa a concepção de segurança jurídica que mais nos interessa no presente ensaio. Ocorre que, no rito – conferidor de previsibilidade ao processo a ser desenvolvido perante uma autoridade judiciária – devem estar corporificadas garantias constitucionais a serem criteriosamente respeitadas, e sem as quais não se chegará à decisão final válida e cogente.⁸ Tratam-se aqui dos corolários do devido processo legal, cabendo maior relevo ao contraditório e a ampla defesa – na qual a garantia ao “direito prioritário à prova”, na expressão feliz muito utilizada por Cambi, se insere (art. 5º, LIV, LV e LVI da CF/88).⁹

Os elementos integrantes das cláusulas do “*due process*” são vitais para se chegar a uma decisão justa no caso concreto, conferindo legitimidade à sentença estatal a ser pronunciada. Se a existência de um procedimento, por si só, é importante para trazer previsibilidade à demanda (garantia formal – a almejar e a conferir organização e disciplina ao feito), também são as garantias inerentes ao devido processo legal, verdadeiros direitos fundamentais das partes no processo,¹⁰ a integrarem o procedimento (garantia material – a almejar e a conferir justiça e paz social no feito).¹¹ Assim, imprescindível que seja adotado um conjunto de medidas processuais para que se atinja decisão minimamente aceitável, não se tolhendo essas medidas em face de uma sumariada de rito (a estabelecer uma efetividade perniciosa).

Vinculada então as garantias processual-constitucionais integralizadoras do “*due process*”, apresenta-se a segurança jurídica no sentido de uma certeza (maior) do direito a ser confirmado ou negado; ou previsibilidade (tanto maior quanto possível) da decisão judicial de mérito a ser tomada. Essa é uma

⁸ É consagrada a fórmula desenvolvida por Élio Fazzalari ao compor que o processo é formado pelo (a) procedimento (b) em contraditório (FAZZALARI, Elio. “Procedimento e processo (teoria generale)” in *Enciclopedia del diritto*, n° 35 (1986): 819/835). Por aqui, muitos outros doutrinadores escreveram positivamente sobre essa concepção, como Sydney Sanches ao referir que o processo além de procedimento é composto de uma relação jurídico-processual, no qual estaria inserido o contraditório constante (SANCHES, Sydney. “Objeto do processo e objeto litigioso” in *Ajuris* n° 16 (1979): 146/156). Muito tempo antes, tal concepção já era sugerida pelo mestre Rui Barbosa, in verbis: “intervindo a iniciativa individual, entra e ação o processo. O processo, quer dizer: a fórmula jurídica de abrir o exame contraditório do assunto, e submetê-lo à decisão judicial” (BARBOSA, Rui. *A constituição e os atos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida. p. 109).

⁹ Explica-se, desde já, a razão de entendermos como prioritário o direito à prova – ponto que se retomará adiante: os modernos sistemas probatórios, no Brasil e alhures, em geral dispõem que outros meios de provas além daqueles tipificados são passíveis de utilização no processo, tendo em vista a necessidade de uma aproximação mais efetiva da verdade material e, por conseguinte, do justo no caso concreto. O fundamento central para tanto encontrar-se-ia no direito constitucional à prova, que não admitiria a formatação de normas que impusessem limitações rígidas e formais para a parte convencer o julgador das suas versões dadas aos fatos (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 07). Assim, correto Eduardo Cambi quando destaca que embora o direito à prova não seja absoluto (como nenhum direito pode desta forma pode ser concebido), “deve ser reconhecido como prioritário para o sistema processual, não podendo ser indevidamente limitado, a ponto de seu exercício ser meramente residual” (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006. p. 38).

¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica” in *AJURIS* n° 35 (2008): 57/71.

¹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003; LACERDA, Galeno. “O código e o formalismo processual” in *Ajuris* n° 28 (1983): 7/14.

concepção que articula segurança e devido processo afastando-se, a priori, da preclusão e da efetividade.¹²

Com essa segurança jurídica, conformada a partir de um conteúdo básico a dar corpo ao rito (cláusula do “due process”), não há a pretensão de se estabelecer uma previsibilidade absoluta e matemática do futuro resultado a ser contido na sentença,¹³ mas sim busca-se aumentar as chances das partes receberem o que é seu por direito, reduzindo, por outro lado, a possibilidade de ocorrência de atos arbitrários do órgão julgador.

Daí já se pode deduzir abstratamente que quanto maior possibilidade se concede no processo (mesmo contra o estrito teor do texto adjetivo) para o estabelecimento do contraditório/ampla defesa (v.g., aumentando-se as oportunidades do direito a provar), maior segurança se terá no que toca à certeza do direito (invocado ou defendido) e por consequência à previsibilidade da decisão judicial a ser tomada em sentença; mas, por outro lado, por maior lapso temporal se desenrolará a demanda, sendo possível, como aventado no exemplo, verificar-se eventualmente uma relativização do rito (nos termos previstos em lei), e por consequência da técnica da preclusão bem como da segurança jurídica na primeira aceção vazada.¹⁴

Em termos de aplicação do complexo valorativo segurança, Rizzo Amaral confere especial ênfase à primeira aceção por nós trabalhada (o que entende como sinônimo de previsibilidade, não surpresa, respeito à lei, confiança legítima, clareza e conhecimento das regras jurídicas), embora reconheça, mesmo que de maneira embaralhada com os outros elementos, aquilo que entendemos como essa outra grande aceção da segurança jurídica – essencial, frise-se, para o raciocínio que se desenvolve neste ensaio. Nesse diapasão registra expressamente que “também a pesquisa sobre os fatos e, assim, a busca da verdade (ainda que relativa) surge como importante elemento da segurança jurídica”.¹⁵

Ainda nesse (segundo) sentido de segurança – o que confirma a possibili-

¹² A respeito da segurança jurídica em uma segunda aceção: BARROSO, Luis Roberto. “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo” in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros* nº 94 (2000): 79/97.

¹³ A nossa segunda concepção de segurança jurídica não se opõe assim ao correto posicionamento de Ovídio Baptista a respeito das meras expectativas de direito ou de obrigações que podem almejar as partes quando se dirigem ao Poder Judiciário. Segundo o jurista, “perante o processo não pode haver nada evidente e indiscutível, uma vez que a previsibilidade absoluta e matemática do futuro resultado contido na sentença, eliminária, por si só, o próprio julgamento, que implica, quanto à pessoa do julgador, num decidir-se entre duas alternativas possíveis” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 19).

¹⁴ O leitor atento já deve ter percebido que a lógica do raciocínio apresentado aplica-se com maior correção aos processos cuja matéria não seja exclusivamente de direito, nos quais o julgamento não se dá de maneira antecipada, finda a fase postulatória. É sob tal perspectiva que na segunda parte buscaremos enquadrar a preclusão, atentando-se à proteção do direito a provar na fase instrutória.

¹⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2008, p. 59.

dade de sua análise dentro de um compartimento próprio – destaca com perspicácia Rizzo Amaral a importância do “conjunto probatório” para o processo, o qual não poderia assumir papel secundário, cedendo demasiado espaço para a argumentação (rectius: retórica) e para a aparente coerência interna da decisão judicial.¹⁶ Em semelhante contexto, louva-se a abordagem de Mitidiero – muito próxima da linha, já exposta, de Cambi – ao ressaltar que se impõe contemporaneamente a ideia de processo cooperativo e de “direito fundamental à prova no processo civil”;¹⁷ sentido esse que no direito italiano contemporâneo está bem consolidado, dentre outros, em Comoglio e Marelli.¹⁸

Pois bem. Esse realce conferido à segurança jurídica em uma segunda acepção, em detrimento inclusive da preclusão sistematizada no código, parte da premissa de que a lei processual deve ser tida como ponto-de-partida (pela sua concretude, previsibilidade, e por possuir em tese alguma ponderação prévia de princípios e valores realizada pelo legislador – agente político legítimo do Estado para o exercício originário de poder), mas não necessariamente como ponto-de-chegada,¹⁹ a partir da perspectiva de que aquela não resume o direito processual a ser aplicado – o qual não pode restar indiferente a uma realidade social e política.

A ser preservado entendimento diverso, em que se passa a identificar indiscriminadamente a Lei com o Direito, e com a própria Justiça,²⁰ está-se sujeito a ocorrência de um resultado flagrantemente arbitrário no processo, seguindo-se, sem ponderações, o formalismo (exacerbado) estabelecido pelo sistema, sem qualquer questionamento crítico quanto às nefastas e injustificáveis conseqüências que uma determinada disposição processual (com carga preclusiva), levada ao pé da letra, pode acarretar para a sorte final do litígio.²¹

Nessa perspectiva, coerente solução a ser adotada é viabilizar a relativização de certas formalidades (com prazo específico para serem realizadas), quando (a) dirigida ao atendimento da finalidade jurídica primacial do processo

¹⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2008, p. 74.

¹⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009, especialmente p. 127 e 133.

¹⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. “*Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*” in *Rivista di Diritto Processuale* n° 53 (1998): 968/995; MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: CEDAM, 1996.

¹⁹ Aqui podemos mencionar vários importantes doutrinadores, jus-filósofos, que discorrem a respeito da superação criteriosa do modelo legalista, salientando o poder criativo do Estado-juiz no exercício de jurisdição dentro do Estado de Direito, formando verdadeiros modelos de direito a partir das fontes institucionalizadas (REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. Para um novo paradigma hermenêutico. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 110 e ss.; ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. de J. Baptista Machado. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 180 e ss.; CALMON DE PASSOS, J. J. “Função social do processo” in *Revista de direito processual civil* n° 07 (1998): 35/45).

²⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. “O poder judiciário e a justiça social” in *Ajuris* n° 63 (1995): 5/16.

²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo” in *Revista de Processo* n° 137 (2006): 7/31.

(de realização do direito material e de maneira justa), e (b) seja realizado o ato processual em tempo não excessivamente prolongado; (c) desde que preservadas as garantias e direitos fundamentais das partes (notadamente daquela não beneficiada) e (d) não demonstrada topicamente desídia ou desinteresse da parte a quem a noticiada relativização beneficiar.

Tal modelo aplica-se adequadamente aos chamados prazos preclusivos dilatórios, e o campo fértil em que é cabível essa ponderação é o probatório, a partir da perspectiva constitucional de visualização do direito a provar como prioritário. Tal perspectiva impõe que a formação da prova não seja indevidamente limitada pelo sistema processual, determinando-se assim uma relativização criteriosa das regras jurídicas que inviabilizam ou tornam excessivamente difícil a utilização dos meios probatórios no feito,²² desde que devidamente requeridos e justificados pela parte interessada - como restará melhor complementado, na parte prática adiante.

A prática do foro nos revela que, sem dúvida, é na seara probatória que se visualiza com nitidez as conseqüências nefastas da aplicação fria das disposições processuais (com carga preclusiva), a afastar a possibilidade da parte de provar o que alega e que expressamente registra interesse – ao que irá se somar a possível manifestação final do julgador no sentido de que a parte não se desincumbiu do ônus de provar o seu direito, nos termos do art. 333 do CPC, razão pela qual suas pretensões não podem prosperar.

Então, veja-se com cuidado: tal conclusão – comum na prática forense – acaba forçosamente a igualar a parte que simplesmente não se valeu do prazo preclusivo para apresentação de provas que eventualmente lhe trariam melhor sorte no juízo final, daquela que também não se valeu do prazo, mas tinha interesse na produção da prova, justificou a sua necessidade no processo e eventualmente até justificou a razão pela qual não cumpriu a determinação imposta pela lei adjetiva dentro do prazo previsto. E é justamente contra tal indevida equiparação que nos postamos, certos de que o direito prioritário à prova, em meio à decisiva fase instrutória, impõe que se analise as duas hipóteses supra-aviadas de maneira diversa, tudo a exigir do julgador uma maior tolerância no segundo caso – como se verá especialmente nos três primeiros casos práticos infra-aludidos.

De qualquer forma, ponto relevante a ser devidamente ressaltado (e que obrigatoriamente permeará todas as situação infra-alinhadas) é a de que so-

²² “O reconhecimento da existência de um direito constitucional à prova implica a adoção do critério da máxima virtualidade e eficácia, o qual procura admitir todas as provas que sejam hipoteticamente idôneas a trazer elementos cognitivos a respeito dos fatos da causa dependente de prova, procurando excluir as regras jurídicas que tornam impossível ou excessivamente difícil a utilização dos meios probatórios” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006. p. 35).

mente pensamos em relativizações da técnica preclusiva no direito probatório admitindo-se que dentro do prazo processual determinado para a realização de meio probante (prazo dilatatório), a parte interessada, mesmo não apresentando contundente razão excepcional para não cumprimento tempestivo da disposição legal, manifeste-se nos autos requerendo dilação de prazo, apontando para a importância do meio probante a integrar o feito mesmo a destempo.²³ Nessa conjectura, mesmo que a parte interessada tenha se manifestado requerendo dilação de prazo para aportar aos autos importante meio de prova, vindo a deixar de apresentá-lo em tempo futuro razoável, presume-se a partir daqui a sua desídia ou desinteresse, cabendo então ao julgador, que havia relativizado anteriormente o prazo preclusivo, vir agora a decretar a preclusão com correção – dando andamento normal à marcha processual.

2. POSSIBILIDADES PRÁTICAS DE RELATIVIZAÇÃO DA PRECLUSÃO NA INSTRUÇÃO

Toda construção teórica, ainda mais em processo civil, deve se voltar para a solução de problemas reais do foro. Essa é a exigência da atualidade, inclusive reclamada por aqueles que entendem pela necessidade de uma nova estrutura adjetiva pátria.²⁴

Nos limites do presente ensaio, chega o momento de aplicarmos o modelo de relativização da técnica preclusiva, em resguardo ao direito à prova, diante de algumas situações importantes da fase instrutória, a saber: (a) prazo para juntada do laudo do perito assistente, (b) prazo para apresentação de quesitos e indicação do assistente técnico, (c) prazo para apresentação do rol de testemunhas, (d) possibilidade do revel produzir provas.

(a) Um dos grandes problemas que se enfrenta no judiciário são os casos que envolvem matéria fática (e técnica) substancial, daí se fazendo necessária a produção de prova pericial. Ocorre que a visão tradicional (e largamente difundida)²⁵ da utilização da preclusão processual desemboca em aplicar rigidamente o ditame constante no art. 433, § único do Código Buzaid, determinando assim que se, em dez dias da juntada do laudo oficial e independentemente de intimação, as partes (prazo comum) não juntarem respectivamente os pareceres dos seus assistentes técnicos, não mais poderão fazer.

²³ Aliás, como se infere de várias passagens da primeira parte do ensaio, a preclusão atua sempre de maneira a evitar que a desídia ou desinteresse das partes prevaleça no processo – e, sob esse prisma, a ressalva ora colocada revela toda a sua razão de ser.

²⁴ FURTADO COELHO, Marcus Vinícius. “O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança” in *Revista de Processo* n° 185 (2010): 146/50.

²⁵ “O prazo de que dispõe o assistente técnico para juntada de seu parecer é preclusivo, de modo que, apresentado extemporaneamente, deve ser ele desentranhado” (STJ, EDcl no Resp 800180, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 11/09/2006).

Ora, então além do teor do laudo oficial ter predominância sobre o do laudo do perito assistente, como se extrai de uma *exegese* a contrario do art. 436 do CPC (quando não considerado pelo julgador imprecisamente como prova absoluta), pode-se, ao se negar a juntada do laudo do perito assistente pela parte que descumpriu o sobredito comando, se utilizar do instituto da preclusão para se restringir indevidamente a possibilidade de participação das partes no convencimento do juiz, —notadamente daquela não favorecida pelo laudo oficial. E quanto mais técnica for a matéria, em tese, mais condiciona-do ficará o julgador ao teor do laudo oficial, se inviabilizar o contraditório (técnico) que porventura restaria fixado com o laudo do perito assistente, em que criticamente poder-se-ia apontar falhas nos fundamentos e/ou conclusões determinadas pelo expert oficial.²⁶

De fato, a questão não é singela: pensa-se, v.g., em uma ação acidentária em que a parte autora sustenta, com inúmeros fundamentos articulados com documentos, a existência de quadro de Lesões por Esforços Repetitivos/Doenças Osteomusculares Relacionadas ao Trabalho que lhe traz redução total e definitiva para qualquer atividade que lhe garanta a subsistência, requerendo assim a concessão do benefício aposentadoria por invalidez, negada administrativamente pelo órgão previdenciário.²⁷ Se o laudo oficial, produzido por perito médico do trabalho concluir, por convicção científica, que esse tipo de lesão não ocasiona seqüela laborativa, e o julgador, valendo-se da letra fria da lei, vir a negar a juntada do laudo do perito assistente apresentando em lapso temporal maior do que os dez dias da juntada do laudo oficial, a sorte da parte demandante está totalmente comprometida - a isso tudo somando-se a demora na marcação e confecção do laudo oficial, o que pode acarretar, ao final, um julgamento de improcedência da ação com base exclusiva no laudo oficial.

A razoável solução passaria por uma estimulação vigorosa ao contraditório,²⁸ como é típico no sistema da Common Law.²⁹ Mas, voltando-se os olhos para a nossa realidade, caberia ao julgador, mesmo contra a letra fria do código, viabilizar a juntada posterior do laudo do perito assistente,

²⁶ E, a priori, pode-se perceber uma tendência de o julgador confiar progressivamente no resultado da perícia encomendada, ao passo em que aumentam o número de demandas, permitindo-se, como consequência, que possa se suceder uma verdadeira transferência do poder de julgar a estranhos sem legitimação política (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "Problemas atuais da livre apreciação da prova" extraído do site: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrinaloliveir3.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2007).

²⁷ RUBIN, Fernando; ROSSAL, Francisco. "Elementos para a investigação/caracterização do nexos causal em matéria acidentária". Revista Justiça do Trabalho (2010): 43/52. HS Editora, ano nº 27, nº 320.

²⁸ RUBIN, Fernando. "O contraditório na visão cooperativa do processo" in Revista Dialética de Processo Civil nº 94 (2011): 28/44.

²⁹ Se bem que na Common Law, a prova pericial é toda ela produzida pelas partes, encaminhando-se assim para um exacerbamento do contraditório.

se assim fosse possível e requerido pela parte interessada – que, conforme o nosso modelo, no prazo legal de dez dias a contar da intimação da juntada do laudo oficial, deveria informar da impossibilidade de cumprimento do prazo e requerer expressamente a posterior juntada dentro de prazo razoável. A partir daí, juntados os laudos, o julgador e a parte interessada, não satisfeita com o teor do laudo oficial, poderia/deveria requerer quesitos complementares e suplementares ao expert nomeado pelo juízo, ensejando a reapreciação dos pontos controvertidos destacados pelo expert assistente.³⁰

(b) Vindo a pregar a possibilidade de relativização da disposição infra-constitucional que estabelece prazo exíguo para a juntada do laudo do perito assistente, não poderíamos deixar de interpretar criticamente, na sequência, o artigo do código processual que fixa prazo para a indicação deste perito, bem como para a apresentação de quesitos. Trata-se do art. 421 do CPC, a determinar que incumbe às partes prazo de cinco dias para indicar assistente técnico e apresentar quesitos, contados da intimação do despacho de nomeação do perito.

Ora, pela relevância da participação do perito assistente (necessário no estabelecimento do contraditório técnico) e dos próprios quesitos judiciais (a nortear a perícia, fazendo com que o laudo oficial contenha dados efetivamente úteis à solução do litígio), parece-nos acertado que eventual não cumprimento estrito desse prazo pela parte não mereça censura judicial tão grave. Há de se destacar, in casu, a incrível exigüidade de tal comando legal – a admitir ponderação do julgador, desde que requerida dilação de prazo pela parte interessada (seguindo-se o critério de relativização da preclusão processual adotado nesse ensaio).

Nesse sentir, louvável a posição já adotada pelo STJ, embora não unânime, pela relativização criteriosa da disposição processual: “O assistente técnico poder ser indicado pela parte após a dilação consignada na lei, mas desde que não iniciada a prova pericial, sempre com a ressalva do signatário, entendendo tratar-se de prazo peremptório”.³¹

Diga-se, por derradeiro, que, pelo raciocínio deduzido, resta indubitado que a preclusão há de ser anunciada em casos extremos, em que a parte não venha a se manifestar nos autos, ou venha a se manifestar somente em lapso temporal de veras distante da devida intimação do despacho de nomeação

³⁰ Provavelmente outra grande e necessária modificação na sistemática das perícias, nessa desejável visão cooperativa do processo, seria a de possibilitar que as partes se manifestassem previamente quanto à escolha do perito oficial, chegando numa espécie de consenso sobre a honradez e acuidade técnica do expert - o que representaria uma maneira de conferir verdadeira legitimidade ao posicionamento do perito, distante da forma tradicional, proposta pelo código processualista, em que a parte possui direito somente de impugnar o perito, quando já designado, por razões estanques de impedimento e suspeição previstas nos arts. 134 e 135.

³¹ STJ, Resp nº 151400, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 14/06/1999.

do perito oficial – restando assim demonstrada claramente a desídia ou desinteresse. E mesmo nessa ocasião, entende-se que a preclusão abarcaria tão somente o direito da parte de apresentar quesitos principais, sendo consequentemente viável que ainda tenha o litigante o poder de participar ativamente na formação da prova pericial, via quesitos complementares e suplementares – no entanto, obviamente o prejuízo quanto a não nomeação do perito assistente seria irremediável.

(c) Em meio à fase instrutória, sendo superada as discussões a respeito da prova pericial, a sequência procedimental (prevista no art. 452 do CPC) indica que o próximo ato solene é a audiência de instrução e julgamento. Nesse contexto questão relevantíssima é a do prazo (preclusivo) para apresentação do rol de testemunhas.

O atual art. 407 do CPC estipula que o rol de testemunhas deve ser apresentado no prazo que o julgador fixar ao aprezar a audiência de instrução e julgamento; e que em caso de omissão, fica estipulado o prazo de dez dias da data da audiência.³²

É notório que a realização da prova em audiência, aproximando mais o julgador das partes, dos procuradores e da própria realidade social/política da demanda, geralmente é momento de importância ímpar no processo, em que realmente o julgador, em maior grau, começa a se inclinar para a tomada de decisão final. Por isso, chegando o feito até esse momento procedimental (não tendo sido proferida sentença de mérito antecipadamente, nem tendo sido proferida sentença terminativa), acreditamos ser o caso de ser ressaltada sobremaneira a importância da realização da prova oral, atendendo-se ao cumprimento, do tão defendido neste ensaio, direito prioritário à prova.

Nesse particular, a problemática da preclusão não se manifesta se a parte contrária não impugnou antes da audiência a oitiva das testemunhas apresentadas fora do prazo – quando então, no nosso sentir, não deve o juiz impedir a colheita da prova oral. O ponto nevrálgico aqui seria no que pertine à viabilização de não ser decretada a preclusão, quando se desse a apresentação de rol a destempo, e se fizesse expressa a impugnação pela parte contrária.

A possibilidade de a parte contrária contraditar as testemunhas (art. 414, § 1º do CPC) - envolvendo-se aqui o direito fundamental da ampla defesa - inviabiliza que simplesmente não seja apresentado o rol antes do dia solene, ouvindo-se as testemunhas apresentadas em audiência. No entanto, excluída essa situação,³³ ousamos sustentar a viabilidade de se relativizar a regra pre-

³² A redação antiga, prévia a Lei nº 10.358/2001, determinava o prazo legal de cinco dias antes da audiência de instrução e julgamento para a parte interessada depositar em cartório o rol de testemunhas.

³³ Admitida pelo procedimento trabalhista, diga-se de passagem (art. 825 CLT).

clusiva, a fim de ser preservado o direito da parte de convencer o julgador, via informações trazidas pelas testemunhas previamente anunciadas, mesmo que a destempo.

Ao menos o raciocínio deve valer para a regra geral do dispositivo, que trata de um prazo judicial concedido para apresentação de rol.³⁴ Para tanto, dentro do prazo judicial concedido, necessário que a parte interessada se manifeste expressamente, dando-se por ciente da data designada para a audiência, bem como informando, se for o caso, da impossibilidade de apresentação tempestiva do rol, comprometendo-se então a juntá-lo tão logo seja possível. E, eventualmente não conseguindo juntá-lo posteriormente, deve então obrigatoriamente a parte interessada comunicar tal fato ao julgador, requerendo, se for o caso, o cancelamento da audiência, propondo sua remarcação para ulterior data – sob pena de restar configurada a desídia ou desinteresse de que já tratamos.

Articulam-se dessa maneira, de forma razoável, a garantia do direito prioritário à prova, a defesa dos direitos processuais fundamentais das partes e a finalidade do dispositivo invocado, independentemente do direito material em litígio; ou seja, caberia tal raciocínio não só para demandas que envolvam direitos indisponíveis,³⁵ como também para aqueles que envolvam direitos disponíveis.³⁶

(d) Por fim, questão também de relevante interesse, no confronto segurança jurídica Versus preclusão – embora não trate de relativização da regra processual, mas sim de sua própria não aplicação na hipótese – é a referente à possibilidade do revel produzir provas, a partir do momento em que intervêm no processo, já que não sendo regularmente processada sua peça contestatória, há uma presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor, que inclusive determinam o julgamento antecipado da lide (nos termos do art. 330, II do CPC).

Se o revel não comparecer ao processo antes do julgamento, nenhum problema haverá referente ao momento em que deve ser prolatada a sentença.

³⁴ Critica-se assim a posição ortodoxa representada pelo seguinte julgado: “Não procede o argumento de que, embora descumprido o prazo judicial, por terem sido as testemunhas arroladas com antecedência de 3 (três) meses da data da realização da audiência, não haveria prejuízo para a outra parte. Isso porque o gravame decorreria da simples revelação, sem justa causa, da preclusão advinda da inércia do recorrente” (STJ, Resp n° 828373, Rel. Min. Castro Filho, DJ 11/09/2006).

³⁵ V.g., caso de investigação de paternidade (RT 613/162).

³⁶ “A instrução da causa é aspecto inerente ao processo, instrumento através do qual é realizado o poder do Estado, e onde os seus interesses predominam independentemente de ser disponível ou não a relação jurídica de direito material. Entender que nos casos de direitos disponíveis o juiz pode se limitar a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que concluir que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo que trata de direitos disponíveis não é o mesmo processo que é instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª Ed. p. 103).

Todavia, se se apresentar o revel antes do julgamento poderia ele requerer as provas necessárias para relativizar a presunção decorrente do art. 319? Ficaria assim excluída, nessa hipótese, a incidência do art. 330, II?

A resposta à primeira indagação já foi dada pelo STF, consolidando sua posição a partir da Súmula nº 231, in verbis: "o revel, em processo civil, pode produzir provas desde que compareça em tempo oportuno". Daí resulta, parece-nos, que o magistrado não poderá realmente julgar o processo antecipadamente, sob pena de cerceamento de defesa e conseqüente maculação ao contraditório, o que implicaria em nulidade da sentença (nesse sentido RTJ 75/275).³⁷

É que o sistema não admite, sob pena de cerceamento de defesa, que o juiz decida a lide antecipadamente em desfavor da parte que a requereu e especificou a necessidade de realização de uma determinada prova, objetivando fazer prova de fato relevante que mudaria o curso do julgamento e isso mesmo, in casu, em que a produção de provas pelo revel limita-se aos fatos afirmados na inicial pelo autor, estando aquele impedido de provar o que, oportunamente deveria ter alegado e não o fez³⁸ - lembrando-se da regra estatuída nos incisos III e IV do art. 334 do CPC.

Portanto, o efeito material da revelia é conseqüência extrema e excepcional da inércia do réu, devendo ser aplicado de forma restritiva, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa e contraditório.³⁹

O STJ mesmo confirmando a existência de dificuldades, na hipótese, de articulação dos dispositivos de regência, chegou também a conclusão de que a revelia determina uma presunção não mais do que relativa (art. 319 e 334 CPC) quanto aos fatos inimpugnados em contestação, cabendo portanto a possibilidade do revel requerer provas desde que oportunamente compareça em juízo.⁴⁰

Em razão do exposto nesta passagem, vemos com bons olhos o art. 347 do Projeto nº 166/2010, para um novo CPC, ao explicitar a possibilidade real

³⁷ Contra: RT 506/80.

³⁸ Ao revel fica prejudicado o direito de produzir as provas documentais referentes aos fatos articulados na exordial, diante da perda do prazo para resposta (art. 300 e 396, ambos do CPC), somente sendo admissível, sob pena de cerceamento de defesa, a juntada de documentos considerados novos (art. 397) ou se demonstrado que, mesmo se a contestação tivesse sido oferecida, estaria impossibilitado de instruir a peça com os determinados documentos, em razão de motivo de força maior (FIGUEIRA JR., Joel Dias. "Comentários ao código de processo civil- vol., 4, tomo 11, arts. 282 a 331". São Paulo: RT, 2001. p. 386/393).

³⁹ Ocorre a revelia quando o réu se abstém de contestar a ação. Nesse caso, em regra, reputam-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (art. 319), e julga-se antecipadamente a lide (art. 330,II), desde que satisfeitos é claro todos os pressupostos da apreciação do mérito, conforme inciso I, art. 330. A respeito da problemática, consultar: BARBORA MOREIRA, J. C. "O novo processo civil brasileiro". Rio de Janeiro: Forense, 2006, 24ª ed. p. 98; DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno – vol. II. São Paulo: Malheiros, 2000, 5ª Ed., p. 953.

⁴⁰ EMENTA do RESP 677720, 3ª Turma, Ministra Nancy Andrighi, DJ 12/12/2005: "Processo civil. Recurso especial. Revelia. Deferimento de produção de provas pelo réu revel. Possibilidade. - Admite-se que o réu revel produza contraprovas aos fatos narrados pelo autor, na tentativa de elidir a presunção relativa de veracidade, desde que intervenha no processo antes de encerrada a fase instrutória. Recurso especial conhecido e provido".

de participação do revel na instrução do processo (sendo, ao que tudo indica, superada a ilustrada indefinição que ronda a interpretação do art. 330, II c/c art. 319, ambos do CPC/1973). O aludido dispositivo, sem paralelos no atual Código Buzaid, revela que ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas àquelas produzidas pelo autor, desde que se faça representar nos autos antes de encerrar-se a fase instrutória.⁴¹

CONCLUSÃO

A análise cuidadosa da expressão “segurança jurídica” nos aponta que para além do sentido (latente) de previsibilidade/inalterabilidade do rito processual – ligado ao princípio da não-surpresa, há uma outra concepção, ligada ao devido processo legal, que indica para uma certeza (maior) do direito a ser confirmado ou negado, ou previsibilidade (tanto maior quanto possível) da decisão judicial de mérito a ser tomada.

Com ênfase nesse último aspecto, confirmou-se neste ensaio que quanto maior possibilidade se concede no processo para o estabelecimento do contraditório/ampla defesa (v.g., aumentando-se as oportunidades do direito a provar), justamente maior segurança se terá no que toca à certeza do direito (invocado ou defendido) e por consequência à previsibilidade da decisão a ser tomada em sentença; mesmo que se visualize tópicos prejuízo à efetividade e ao cumprimento das disposições preclusivas do rito (nos termos estritos previstos em lei).

Por isso, em função da relevância e da hierarquia constitucional que assume o direito de provar (elemento que dá corpo à segurança jurídica na segunda acepção traçada), conclui-se que se pode admitir, de forma criteriosa, a relativização, na fase instrutória, da técnica preclusiva sugerida pelo código processual vigente – oferecendo-se, assim, melhores oportunidades, às partes litigantes, para (a) o cumprimento de prazo para juntada do laudo do perito assistente, (b) o cumprimento de prazo para apresentação de quesitos e indicação do assistente técnico, (c) o cumprimento de prazo para apresentação do rol de testemunhas, e para ser viabilizada (d) a real possibilidade do revel produzir provas.

⁴¹ GUEDES, Jefferson Carús; DALL'ALBA, Felipe Camillo; NASSIF AZEM, Guilherme Beux; BATISTA, Liliane Maria Busato (organizadores). Novo código de processo civil. Comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 113.

REFERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. “Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica” in *AJURIS* n° 35 (2008): 57/71.

———. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo” in *Revista de Processo* n° 137 (2006):7/31.

———. “Problemas atuais da livre apreciação da prova” extraído do site: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrinaloliveir3.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2007.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2008.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Sentença e coisa julgada. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

BARBOSA, Rui. A constituição e os atos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida.

BARBOSA MOREIRA, J. C. “Efetividade do processo e técnica processual” in *Ajuris* (64): 149/161.

———. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 24ª ed.

BARROSO, Luis Roberto. “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo” in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros* n° 94 (2000): 79/97.

CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006.

CALMON DE PASSOS, J. J. “Função social do processo” in *Revista de direito processual civil* n° 07 (1998): 35/45.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Preclusioni istruttorie e diritto alla prova” in *Rivista di Diritto Processuale* n° 53 (1998): 968/995

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno – vol. II. São Paulo: Malheiros, 2000, 5ª Ed.,

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. de J. Baptista Machado. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FAZZALARI, Elio. “Procedimento e processo (teoria generale)” in *Enciclopedia del diritto*, n° 35 (1986): 819/835.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. “Comentários ao código de processo civil- vol., 4, tomo 11, arts. 282 a 331”. São Paulo: RT, 2001.

- FURTADO COELHO, Marcus Vinicius. “O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança” in *Revista de Processo* n° 185 (2010): 146/50.
- GUARNERI, Giuseppe. “Preclusione (diritto processuale penale)” in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII. Napoli: Utet, p. 571/577.
- GUEDES, Jefferson Carús; DALL’ALBA, Felipe Camillo; NASSIF AZEM, Guilherme Beux; BATISTA, Liliane Maria Busato (organizadores). *Novo código de processo civil. Comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LACERDA, Galeno. “O código e o formalismo processual” in *Ajuris* n° 28 (1983): 7/14.
- MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: CEDAM, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª Ed.
- MARTINS-COSTA, Judith. “A resignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos” in *Revista CEJUR* n° 27 (2004): 110/120.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.
- PRUDENTE, Antônio Souza. “Poder judiciário e segurança jurídica” in *Revista de informação legislativa* n° 115 (1992): 571/580.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- . “Preclusão: Constituição e Processo” in *Revista Magister de direito civil e processo civil* n° 38 (2010): 79/96.
- . “O contraditório na visão cooperativa do processo” in *Revista Dialética de Processo Civil* n° 94 (2011): 28/44.
- ; ROSSAL, Francisco. “Elementos para a investigação/caracterização do nexu causal em matéria acidentária”. *Revista Justiça do Trabalho* (2010): 43/52. HS Editora.