

COGNIÇÃO SUMÁRIA E COISA JULGADA

Leonardo Greco

Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor adjunto do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário: 1. Fundamentos e objetivos da sumarização. 2. Sumarização e garantias fundamentais do processo. 3. Possíveis requisitos mínimos da sumarização. 4. A sumarização deve ter como fundamento a lei. 5. Correlação entre cognição exauriente e coisa julgada. 6. Espécies de cognição. 7. Breve retrospectiva. 8. Características da cognição exauriente. 9. A importância da manifestação de vontade das partes. 10. Técnicas de sumarização. 10.1. Postergação ou inversão do contraditório. 10.2. Sentença contumacial. 10.3. Condenação com reserva. 10.4. Homologação de atos de disposição. 10.5. Sentença liminar de improcedência. 10.6. Juizados Especiais. 10.7. Procedimentos documentais. 10.8. Tutela antecipada e tutela da evidência. 11. Conclusão.

1. Fundamentos e objetivos da sumarização.

Por tutela sumária se entende um conjunto de procedimentos caracterizados pela simplificação e redução das suas fases, dos requisitos, da forma e dos prazos dos atos processuais, instituídos com a finalidade de facilitar o acesso à Justiça e acelerar a obtenção do seu resultado. Há procedimentos sumários nas mais diversas modalidades de tutela jurisdicional, como a jurisdição de conhecimento, a jurisdição cautelar, a jurisdição voluntária e, em alguns países, na própria jurisdição de execução.

Em princípio excluída a formação da coisa julgada na jurisdição cautelar, na jurisdição voluntária e na execução, vou concentrar o presente estudo nos procedimentos sumários da jurisdição de conhecimento, tradicionalmente caracterizada pela imutabilidade dos efeitos da sentença neles proferida, como consequência da preclusão ou do esgotamento de todos os recursos.

Antonio Carratta leciona que a sumarização dos diversos procedimentos tem tido duas justificativas: evitar que a demora favoreça a imposição de prejuízos ao direito de quem tem razão; e evitar que o ônus de prover ao normal desenvolvimento do processo

recaia sobre a parte que resultará ter razão¹. Proto Pisani acentuou que a finalidade desses procedimentos foi a de evitar para as partes e para a própria Justiça o custo da cognição plena e exauriente quando esta não se justifica em uma contestação efetiva, assim como a de evitar o abuso do direito de defesa por parte do réu que não tenha razão. Além disso, ressalta o mestre fiorentino, muitas situações de vantagem sofreriam um prejuízo irreparável se permanecessem em estado de não satisfação por todo o tempo necessário ao desenvolvimento e à conclusão de um processo de cognição plena e exauriente².

Ainda que se abstraia desses motivos, constata-se sem maior esforço em todos os sistemas processuais uma tendência crescente à instituição de procedimentos sumários para escapar do elevado custo e da morosidade dos procedimentos tradicionais³, cuja ineficiência é frequentemente apontada como uma das principais causas da crise que atravessa a justiça civil, com grande prejuízo para a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos.

Em todos os períodos da História existiram tais procedimentos, criados com esses mesmos objetivos ou ainda para atender à especial relevância de certos direitos subjetivos, como o direito a alimentos ou a proteção possessória, e as limitações defensivas e cognitivas que deles resultam durante séculos foram aceitas com fundamento na relevância dos seus fins e na credibilidade dos juízes, sempre capazes de proferirem decisões justas, ainda que pouco ou mal instruídas, graças à inspiração divina ou à crença na sua conspícua sabedoria.

2. *Sumarização e garantias fundamentais do processo.*

O Estado de Direito contemporâneo, fundado sobre a supremacia dos direitos humanos e das garantias da sua eficácia concreta, entre as quais se destacam o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, tem necessidade de submeter esses procedimentos à crítica da sua adequação, sob a perspectiva do processo equitativo ou justo, pois essas garantias são também direitos fundamentais e esse Estado não estará cumprindo a sua promessa de tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos cidadãos se elas não forem

¹ Antonio Carratta (a cura di), *La tutela sommaria in Europa – Studi*, Jovene Ed., Napoli, 2012, p.16.

² Andrea Proto Pisani, “Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)”, in: *I Processi Speciali – studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Jovene Ed., Napoli, 1979, p. 314.

³ Edoardo F. Ricci, “Verso un nuovo processo civile”, in: *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, 2003, p. 211-226.

respeitadas ou se as decisões judiciais resultarem de procedimentos em que o juiz sofre profundas limitações na apuração da verdade e na apreciação do direito das partes.

Kazuo Watanabe chega a reconhecer que nos procedimentos sumários, sejam ou não cautelares, o legislador prefere a celeridade à perfeição⁴.

Se a efetividade e a celeridade justificam a sumarização do procedimento, esta encontra grave obstáculo nas já apontadas garantias fundamentais do processo. Também os procedimentos sumários devem respeitar essas garantias, o que passa a ser uma permanente preocupação de todos os que vêm nesses procedimentos uma das vias para a solução da já mencionada crise que atravessa o Poder Judiciário.

Carratta observa que um processo injusto, quanto ao respeito de garantias, não corresponde ao modelo constitucional, independentemente da sua duração. E ressalta que a Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu que a celeridade não é um valor absoluto, a ser alcançado a qualquer custo, mas deve respeitar o contraditório, o direito de defesa e a correta administração da justiça⁵.

3. *Possíveis requisitos mínimos da sumarização.*

É forçoso reconhecer que a busca da celeridade, que tem sido uma das principais metas da administração da justiça contemporânea, gera pressões sobre o contraditório⁶.

Giuseppe Tarzia, comentando o novo art. 111 da Constituição italiana, advertiu que a efetividade pode resultar comprometida tanto pela excessiva duração dos processos, quanto pela sua excessiva brevidade⁷. E Nicolò Trocker recorda que a verdadeira eficiência processual é apenas aquela que se consegue com o adequado desenvolvimento das garantias processuais⁸. A própria Corte Europeia, no caso *Delcourt* (1970), decidiu que a proeminência que a correta administração da justiça apresenta em uma sociedade

⁴ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 148.

⁵ Antonio Carratta, *La tutela sommaria in Europa...*, pp. 20-21.

⁶ Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo*, tese de doutoramento defendida em 5 de março de 2012 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 63.

⁷ Giuseppe Tarzia, “L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, in: *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, 2001, p. 20-22.

⁸ Nicolò Trocker, “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”, in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 407.

democrática não permite interpretações limitadoras do alcance das garantias consagradas no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁹.

Leonardo Faria Schenk, em tese de doutoramento na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, refere-se à necessidade de observância nos procedimentos de cognição sumária, a par de outros pressupostos, do que denomina de núcleo essencial do contraditório, a partir da audiência bilateral¹⁰.

Comoglio chega a apontar alguns componentes mínimos do processo justo, tais como: o contraditório entre as partes, basicamente igualitário, em homenagem à paridade de armas; o direito à prova e à contraprova, no balanceamento dialético das fontes de prova; e a duração razoável do processo¹¹.

Andrea Graziosi procura apontar um rol de garantias mínimas de qualquer procedimento de cognição sumária, ao menos em uma de suas fases, especialmente: o conteúdo mínimo de fixação do objeto da demanda no ato introdutivo, prazo suficiente de defesa, critérios rígidos de competência, acesso paritário às provas e a quaisquer outras faculdades defensivas, forma e requisitos de validade do provimento decisório do juiz, meios e prazos de exercício de eventual direito de impugnação¹².

4. *A sumarização deve ter como fundamento a lei.*

Alguns sistemas processuais modernos têm deixado a critério do juiz a sumarização do procedimento, seja pela via da escolha do procedimento aplicável, como é o caso da Inglaterra, seja pela da chamada flexibilização, que é a concessão ao juiz do poder de

⁹ “En una sociedad democrática, en el sentido que a dicha expresión le otorga el Convenio, el derecho a una administración correcta de la justicia ocupa un lugar tan eminente que una interpretación restrictiva del art. 6.1, no correspondería al sentido y al objeto de dicha Disposición.” Caso *Delcourt* contra a Bélgica, de 17 jan. 1970. Disponível em: <http://www.echr.coe.int>. Acesso em: 10 ago. 2012.

¹⁰ Na tese, o Autor indica quatro pressupostos para a sumarização da cognição: (i) núcleo essencial do contraditório, relacionado à audiência bilateral; (ii) a predeterminação legislativa, em atenção ao devido processo legal; (iii) a oportunidade de acesso futuro à cognição plena, uma vez que a tutela que resulta de uma cognição sumária não pode ser exaustiva em si; e (iv) o equilíbrio na estabilização, ligado, justamente, à ausência de coisa julgada quando a decisão não derivar de um procedimento capaz de assegurar a cognição plena (Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária...*, pp. 170, 189, 193 e 230).

¹¹ Luigi Paolo Comoglio, “Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica”, in: *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, 2002, p. 729-730. No mesmo sentido, cf.: Luigi Paolo Comoglio; Corrado Ferri; Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*. 4. ed, Il Mulino, Bologna, 2006, v. 1, p. 101.

¹² Andrea Graziosi, “La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali”, in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, Milano, mar. 2009, pp. 168-169.

eventualmente variar a sequência e os prazos dos atos processuais estabelecidos pelo legislador.

Se uma moderada flexibilidade é inevitável, para adequar a marcha do processo às exigências de uma cognição adequada e da plenitude de defesa, a predeterminação do procedimento na lei é uma garantia fundamental, imposta pela segurança jurídica e pela previsibilidade de que devem desfrutar as partes para poderem ditar as suas estratégias. Conforme observa José Aurélio de Araujo, em dissertação de mestrado por mim orientada, a doutrina italiana, com certa frequência, tem condenado os procedimentos sumário e cameral, justamente porque permitem ao juiz fixar as regras do procedimento, tornando-o imprevisível¹³.

Ademais, é a lei que deve estabelecer a extensão das faculdades concedidas às partes e dos poderes conferidos ao juiz, de cuja disciplina seja possível extrair se o procedimento permite uma cognição plena e exauriente ou apenas sumária, porque, conforme bem observa Carratta, a simplificação procedimental somente compromete a profundidade da cognição quando não assegura às partes o exercício dos poderes processuais para influir eficazmente na decisão, inclusive quanto aos fatos relevantes¹⁴. Pode haver procedimento sumário de cognição exauriente, como normalmente ocorre no que recebe esse nome no nosso Código de Processo Civil (arts. 275 e ss.), que mereceria a denominação que Fairén Guillén deu a institutos semelhantes, de *juicios plenarios rápidos*¹⁵.

A sumariedade da cognição deve decorrer da lei, pois isso resulta necessariamente dos valores de justiça procedimental e de equidade, ínsitos à garantia constitucional do devido processo legal (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIV)¹⁶. Ademais, a cognição sumária, além de prevista em lei, somente se justifica para atender a valores constitucionais, como a efetividade e a celeridade, não podendo ser transformada num

¹³ José Aurélio de Araújo, *A cognição sumária e a coisa julgada no processo justo*, dissertação de mestrado defendida em 20 de julho de 2009, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 63.

¹⁴ Antonio Carratta, *La tutela sommaria in Europa...*, p. 27.

¹⁵ Victor Fairén Guillén, *Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, J. San José S.A., Madrid, 2006. p.29.

¹⁶ Luigi Paolo Comoglio, *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*, ed. G. Giappichelli, Torino, 2004, p.244; Nicolò Trocker, *La formazione del Diritto Processuale Europeo*, ed. G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 228.

meio atípico e generalizado de tutela jurisdicional, que impeça o acesso à cognição plena e à obtenção de um provimento apto à formação da coisa julgada¹⁷.

A lei considera o procedimento ordinário como apto *in abstracto* à cognição exaustiva de qualquer tipo de causa, independentemente da sua complexidade¹⁸. No procedimento sumário e nos juizados especiais, o legislador brasileiro expressamente reconhece a sua impropriedade para causas que exijam atividade cognitiva complexa (CPC, art. 277, parágrafo 5º; Lei 9.099/2005, art. 51, inciso II).

5. *Correlação entre cognição exauriente e coisa julgada.*

A defesa do princípio da legalidade na sumarização dos procedimentos cognitivos não pode ser entendida, entretanto, como a aceitação de que o legislador possa definir que o provimento final deva estar apto à coisa julgada, independentemente da extensão cognitiva por ele mesmo propiciada, porque o litigante tem direito a que a sua causa seja apreciada com toda a amplitude cognitiva e absoluto respeito a todas as garantias constitucionais do processo. Não se pode mais aceitar a lição de Chiovenda¹⁹ de que a coisa julgada não é absoluta e necessária, decorrendo de razões de conveniência e oportunidade, porque há uma correlação natural entre a cognição exauriente e a coisa julgada²⁰.

A garantia da tutela jurisdicional efetiva, inscrita na Constituição (art. 5º, inciso XXXV), impõe que as partes tenham no processo a mais ampla possibilidade de demonstrar a existência do seu direito. A certeza do direito material, que a coisa julgada induz, para que não possam mais as partes discuti-la, pressupõe que a estas não tenham sido impostas restrições à alegação de certas matérias, à produção de certas provas ou ao tempo mínimo necessário para que essas atividades sejam desenvolvidas com proveito, para que a cognição do juiz efetivamente se exerça em profundidade sobre todo o material

¹⁷ Andrea Graziosi, *La cognizione sommaria del giudice civile...*, pp. 159 e 167-168.

¹⁸ José Aurélio de Araújo, *A cognição sumária e a coisa julgada...*, p. 67.

¹⁹ Giuseppe Chiovenda, “Sulla cosa giudicata”, in: *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, ed. Giuffrè, Milano, 1993. v. 2, p. 399-400.

²⁰ Antonio Carratta, *La tutela sommaria in Europa...*, pp. 22-23; José Aurélio de Araújo, *A cognição sumária e a coisa julgada...*, p. 67.

disponível e acessível²¹. Por isso, Barbosa Moreira advertiu que preservar as garantias e simplificar o procedimento corresponde a acender uma vela a Deus e outra a Satanás²².

Nicolò Trocker observou que a sumarização exige que se assegure ao prejudicado a faculdade de se defender amplamente em uma fase ou processo posterior, com a possibilidade de suspensão ou revogação do provimento sumário anterior, mesmo que já submetido à execução. Se o provimento não tiver sido antecedido dessa amplitude cognitiva, deve ter o prejudicado uma nova oportunidade de acesso à cognição plena, no mesmo ou em outro processo²³.

A expansão dos procedimentos de cognição sumária e as exigências impostas pelo respeito às garantias fundamentais do processo autorizam a dizer que a coisa julgada não é mais uma característica necessária da jurisdição de conhecimento, porque a facilitação do acesso à justiça exige a simplificação de muitos procedimentos cognitivos, cujo resultado, ainda que não tão definitivos quanto os dos que decorreram de cognição exaustiva, satisfazem ao interesse prático das partes ou, muitas vezes, mesmo não o fazendo, tornam muito improvável que em cognição mais ampla o vencido venha a obter resultado melhor.

Em certos provimentos resultantes de insuficiente cognição em primeira instância, como as sentenças liminares de improcedência, vozes têm sido ouvidas no sentido de que essa insuficiência seria suprida pela cognição na instância recursal da apelação, caso interposta. Nesse ponto concordo integralmente com a opinião de Leonardo Faria Schenk de que o reexame em segundo grau não supre a falta de contraditório em primeiro grau²⁴. Não sou daqueles que defendem que o contraditório em grau de apelação deva ser mitigado. Ao contrário, lamento que o direito brasileiro tenha enveredado por esse caminho antigarantístico, ao restringir a instância recursal praticamente ao simples reexame do material fático e jurídico produzido no grau inferior, sem audiência, sem nova instrução, salvo nos restritos limites do art. 517 do CPC. Isso viola o duplo grau de jurisdição que, a meu ver, tem como conteúdo essencial o direito a dois julgamentos por juízos diversos, com a mesma amplitude de possibilidades de produzir alegações e provas. Entretanto, ainda que a cognição em apelação fosse ampla, o que não ocorre no sistema

²¹ Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária...*, pp. 164, 210, 243 e 249.

²² José Carlos Barbosa Moreira, “Miradas sobre o processo civil contemporâneo”, in: *Temas de direito processual*, sexta série, ed. Saraiva, São Paulo, 1997, p. 49-50.

²³ Nicolò Trocker, “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”, in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ed. Giuffrè, Milano, 2001, p. 394-395.

²⁴ Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária...*, p. 299.

brasileiro, o duplo grau, na minha opinião, deve consistir no direito a duas instâncias com a mesma profundidade de cognição, justamente para que a segunda possa proferir uma decisão potencialmente melhor do que a primeira, e, assim, as deficiências garantísticas da primeira instância não se suprem pelo contraditório, ainda que amplo, em segunda instância.

6. *Espécies de cognição.*

Uma breve digressão sobre as espécies de cognição pode ajudar-nos a equacionar os problemas que a correlação entre a coisa julgada e a cognição sumária apresenta nos diversos institutos que examinaremos adiante, como a sentença contumacial, a sentença liminar de improcedência, o mandado monitório, a sentença homologatória da transação, da renúncia ou do reconhecimento, os interditos possessórios e as sentenças nos juizados especiais.

Kazuo Watanabe, no seu clássico estudo²⁵, classifica a cognição, no plano horizontal, quanto ao objeto cognoscível, em plena ou limitada (parcial); e, no plano vertical, quanto à profundidade, se a perquirição do juiz sofre ou não limitações, em sumária (incompleta) ou exauriente (completa).

Admite, ainda, em certos procedimentos, uma cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, como na disputa da qualidade de herdeiro no inventário (CPC, art. 1000), no mandado de segurança, e no levantamento do preço na desapropriação (Decreto-lei 3.365/1941, art. 34 e parágrafo único).

Prevê, ainda, uma cognição eventualmente plena ou limitada, mas sempre exauriente, na ação de prestação de contas e na ação monitória. Na prestação de contas, se o réu contesta, é plena e exauriente; se não contesta, é limitada e exauriente. Na monitória, se o réu embarga, é plena e exauriente, se não embarga é limitada e exauriente.

Pelos exemplos, pode observar-se que o autor admite que, em certos procedimentos de cognição sumária ou incompleta, possa *in concreto* ocorrer uma cognição exauriente ou completa, apta, portanto, à geração da coisa julgada.

Por outro lado, admite que a reação do réu, em certos procedimentos, possa determinar a variação do objeto cognoscível, no plano horizontal, sem afetar, entretanto, a

²⁵ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil...*, pp. 118 e ss.

profundidade da cognição que, com ou sem essa reação, será sempre completa ou exauriente. O Autor se filia, assim, à doutrina majoritária, apontada por Carratta²⁶, segundo a qual, se o procedimento previu a possibilidade de cognição exauriente, mas a perquirição pelo juiz ficou limitada como resultado da inércia do réu, que antes do provimento final ou, logo após a sua emissão, teve a oportunidade de contestar, impugnar ou embargar a sua concessão, a cognição continua exauriente, apta à geração da imutabilidade da coisa julgada. Não haveria coisa julgada apenas na hipótese de ausência de previsão de meio adequado de resistência por parte do réu. A essa corrente se opôs Proto Pisani²⁷, que exige para a formação da coisa julgada, não simplesmente a possibilidade, mas a efetiva ocorrência da cognição exauriente, resultante do exercício do direito de defesa por parte do réu. A posição deste último autor merece a meu ver ser detidamente considerada, porque, na verdade, introduz como pressuposto da coisa julgada, além de um procedimento legal abstratamente apto a produzir cognição exauriente, que esta tenha efetivamente ocorrido, como resultado do contraditório concreto.

7. *Breve retrospectiva.*

Fundado em observações de Vittorio Scialoja, Moreira Alves, José Rogério Tucci e Luiz Carlos Azevedo, José Aurélio de Araújo anota que no direito romano os *interdicta*, como procedimentos de cognição sumária, tinham nítida natureza cautelar e provisória²⁸.

Victor Fairén Guillén também informa que, desde o período formular, ações de alimentos e de cobrança de honorários de médicos e advogados adotavam procedimento sumário de *extraordinaria cognitio* ou *prima facie*, ressaltando que, segundo Ulpiano, não geravam coisa julgada²⁹.

O processo sumário, instituído no início do século XIV pelo Papa Clemente V, e o *processus summarius executivus*, do direito medieval, deram origem ao moderno processo monitorio documental, controvertendo a doutrina se a ausência de contestação gerava ou

²⁶ Antonio Carratta, *La tutela sommaria in Europa...*, pp. 22-23.

²⁷ Andrea Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria...*, p. 314.

²⁸ José Aurélio de Araújo, *A cognição sumária e a coisa julgada...*, p. 18.

²⁹ Victor Fairén Guillén, *Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente...*, p. 40.

não coisa julgada³⁰. Nessa mesma época, os procedimentos sumários do direito francês, germânico e longobardo, caracterizados pela grande autonomia do juiz, também agasalhavam, em caráter assistencial, pretensões de pessoas particularmente frágeis, como estrangeiros, pobres, viúvas, órfãos e tutelados³¹.

O procedimentalismo do século XIX, preocupado com a busca da certeza e com o sepultamento definitivo dos litígios, incentivou a ordinarização dos procedimentos, afeita à mentalidade burocrática da magistratura, cuja crítica definitiva empreendeu Ovídio Baptista da Silva³². Ainda assim, a técnica sumarizante da inversão do ônus do contraditório sobreviveu na Alemanha no procedimento contumacial e no processo documental e em alguns institutos do direito italiano, como o procedimento *per convalida di sfratto*³³.

O Código austríaco de 1895, inspirado, segundo Alois Troller³⁴, na ideia do processo como *instituição de tutela social*, fortaleceu os poderes do juiz e tornou ordinário o anterior procedimento sumário, mais preocupado com a celeridade da resposta judicial e a facilidade do seu acesso do que com a profundidade da cognição.

Livia di Cola informa que na Alemanha a coisa julgada está vinculada ao respeito a vários princípios, especialmente à amplitude da cognição probatória (*die volle Überzeugung*) e do contraditório³⁵. No processo documental (*Urkundenprozess*), as provas estão limitadas aos documentos e depoimentos pessoais das partes, mas se estes não forem definitivamente convincentes o juiz profere uma condenação com reserva (*Ausübung seiner Recht vorzubehalten*), ressaltando ao prejudicado, se desejar, a rediscussão da matéria em procedimento de cognição exaustiva³⁶. A condenação do réu em caso de revelia fica sujeita a ser reexaminada em nova ação (*Einspruch*), a ser proposta em prazo relativamente curto, com a inversão do ônus da prova, isto é, cabendo ao revel provar que

³⁰ Cf.: Jordi Nieva Fenoll, *La cosa juzgada*, Atelier Libros Juridicos, Barcelona, 2006, p. 155; e Victor Fairén Guillén, *Lo “sumario” y lo “plenario”...*, p. 794.

³¹ Alois Troller, *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2009, pp. 50 e 51.

³² Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, pp. 105-106.

³³ Peter L. Murray; Rolf H. Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academia Press, Durham, 2004, p. 425-427.

³⁴ Alois Troller, *Dos fundamentos do formalismo processual civil...*, p. 63.

³⁵ Livia di Cola, “L’efficacia dei provvedimenti sommari nell’ordinamento tedesco”, in: Antonio Carratta (a cura di), *La tutela sommaria in Europa – Studi*, Jovene Ed., Napoli, 2012, p. 86.

³⁶ Peter L. Murray; Rolf H. Stürner, *German Civil Justice...*, pp. 425-427.

os fatos constitutivos do direito do vencedor não ocorreram. No *Mahnverfahren*, que é o procedimento monitório puro, a contumácia do réu dá ao decreto injuntivo a mesma eficácia da revelia³⁷.

Na França, o *référé*, em suas diversas modalidades, é sempre um procedimento de cognição sumária, sem aptidão de gerar coisa julgada³⁸.

Na Espanha, a ausência de oposição do réu no procedimento monitório gera uma aceitável equivalência com a cognição plena, desde que a causa verse sobre direitos disponíveis, pela presunção de livre renúncia por parte de quem teria interesse na impugnação³⁹.

Essas breves referências históricas e de direito estrangeiro são suficientes para evidenciar a falta de homogeneidade e a diversidade de soluções adotadas na estabilização das decisões resultantes de procedimentos de cognição sumária, ora priorizando a efetiva exaustão cognitiva, ora equiparando a esta a inércia do réu no exercício do ônus de se defender, ora excluindo qualquer estabilização como consequência da mera sumariedade procedimental.

8. *Características da cognição exauriente.*

Andrea Graziosi leciona que o que caracteriza a cognição plena ou exauriente é a detalhada predeterminação legal de todas as passagens salientes do processo e da máxima parte das atividades aí desenvolvidas pelas partes e pelo juiz. Não basta que o juiz tenha dado garantia de profundidade na condução do caso tratado. É necessário que isso tenha resultado de um modelo procedimental rigidamente pré-estabelecido por normas gerais e abstratas e considerado *ex ante* idôneo pelo legislador para assegurar às partes, em igualdade de condições, perante um juiz imparcial, o pleno exercício de todas as faculdades defensivas (sob o prisma do contraditório, da prova, da validade dos atos processuais e dos meios de impugnação)⁴⁰.

³⁷ Livia di Cola, *L'efficacia dei provvedimenti sommari...*, p. 93.

³⁸ Giovanni Bonato, “I *référés* nell’ordinamento francese”, in: Antonio Carratta (a cura di), *La tutela sommaria in Europa – Studi*, Jovene Ed., Napoli, 2012, p. 59.

³⁹ Fabio Cossignani, “Il *proceso monitorio* spagnolo: un processo sommario-plenario”, in: Antonio Carratta (a cura di), *La tutela sommaria in Europa – Studi*, Jovene Ed., Napoli, 2012, p.199.

⁴⁰ Andrea Graziosi, *La cognizione sommaria del giudice civile...*, p. 142.

Seguindo os ensinamentos de Andrea Proto Pisani, em diversos escritos⁴¹, e fiel ao meu compromisso com a mais ampla efetividade das garantias fundamentais do processo, aponto as seguintes características essenciais da cognição plena ou exauriente: 1) a predeterminação legal das formas dos atos processuais e dos prazos, assim como dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz; 2) a definição de uma sequência de atos que permita às partes propor fundamentadamente as suas demandas, exceções e argumentos, assim como demonstrar a sua procedência e a dos fatos que constituem o seu fundamento, em igualdade de condições; 3) a possibilidade de utilização de todos os meios de prova aptos a apurar a verdade dos fatos, tal como em qualquer outra área do conhecimento humano; 4) a predeterminação de um procedimento probatório apto a tornar efetiva essa possibilidade; 5) a predeterminação de prazos razoáveis de defesa das partes na fase introdutiva, no curso do processo e na fase decisória, assim como para a cognição adequada do juiz; 6) a realização plena do contraditório em forma antecipada, para que o provimento final do juiz somente seja proferido depois de que tenha sido garantida a ambas as partes a possibilidade de fazer valer todas as próprias defesas (exceções, proposições probatórias, demandas reconventionais); 7) a efetiva possibilidade de pronunciamento conclusivo do juiz a respeito da verdade fática e do direito material das partes; 8) a possibilidade de completo reexame da cognição do juízo de primeiro grau por um tribunal de grau superior; e 9) o acesso a tribunais de âmbito nacional para corrigir decisões contrárias à lei ou à Constituição⁴².

Porque é impossível assegurar que, apesar do procedimento amplo, todas as potencialidades defensivas tenham se esgotado, é que o legislador prevê em inúmeros casos a possibilidade de revisão da decisão, mesmo após a formação da coisa julgada, como se verifica na improcedência da ação civil pública fundada em interesses difusos por insuficiência de provas, na improcedência da ação civil pública por interesses individuais homogêneos, na rescisória por prova nova, por prova falsa ou por erro de fato e na rescisória ou querela de nulidade por falta ou nulidade de citação se o processo correu à

⁴¹ Andrea Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria...*, pp. 312-313; Id. *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Jovene, Napoli, 2006, p. 546; e Id. “Verso la residualità del processo a cognizione piena?”, in: *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, G. Giappichelli ed., Torino, 2008, pp. 699-707.

⁴² As limitações cognitivas atualmente impostas no Brasil em grau de apelação e nos recursos especial e extraordinário enfraquecem acentuadamente a cognição exauriente. V. Leonardo Greco, *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 4, nº 5, janeiro a junho de 2010, ed. Programa de Pós-Graduação em Direito - linha de pesquisa de Direito Processual, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, endereço eletrônico www.redp.com.br, p.5-62.

revelia do réu. Em todos esses casos, a estabilidade pode vir a ser destruída em procedimento subsequente. E mesmo quando falta a previsão expressa do legislador, a doutrina e a jurisprudência se esforçam no alargamento do campo de aplicação da ação rescisória e na busca interminável de outros meios, por alguns chamados de *transrescisórios*, de livrar-se de decisões ilegais ou injustas.

9. A importância da manifestação de vontade das partes.

Uma divergência que sempre grassou na doutrina é a relacionada à importância que possa ter para a geração da coisa julgada nos procedimentos de cognição sumária a autonomia da vontade de uma ou de ambas as partes. Já houve tempo em que a confissão perante o juiz ou o notário tinha a mesma eficácia jurídica da sentença transitada em julgado (*confessus pro judicato habetur*). Penso que aqui reside o aspecto mais delicado da cognição sumária. Em que medida pela renúncia, pelo reconhecimento, pela transação, pela revelia ou até mesmo pela aceitação expressa ou tácita das limitações cognitivas, pode estar a parte suprindo essas limitações e propiciando a formação da coisa julgada, ou em que medida, mesmo em uma dessas situações, deve a parte (uma delas ou ambas) reter a possibilidade de impugná-la no mesmo ou em outro processo?

As respostas a essas perguntas vão influenciar de modo diverso as várias modalidades de procedimentos de cognição sumária, mas, antes de examiná-las, impõem-se algumas considerações gerais.

Começo por uma constatação, que me parece óbvia e indiscutível, de que a profundidade da cognição do juiz depende fundamentalmente da atuação das partes. O juiz responde ao que lhe é proposto pelas partes. Por mais intensos que sejam os seus poderes de iniciativa, que sabemos que variam muito de um país para outro, a realidade é que a maior parte do material cognitivo é trazido pelas partes, pois são elas as protagonistas do litígio real. Se esta ou aquela questão, se esta ou aquela circunstância fática não for suscitada pelas partes, dificilmente o juiz poderá examiná-la, mesmo em sistemas que lhe reservam grandes poderes de iniciativa, tanto nas questões de fato como nas de direito⁴³. Aliás, na maioria dos sistemas, ressalvadas as questões de ordem pública, o juiz está até mesmo impedido de examinar o que não for suscitado por um dos litigantes. Mas o direito

⁴³ Alois Troller, *Dos fundamentos do formalismo processual civil...*, p. 20.

processual tradicional, quanto à formação da coisa julgada, tende a adotar uma postura de indiferença em relação ao comportamento das partes. Se a lei lhes oferece as oportunidades suficientes para se defenderem, é juridicamente irrelevante se elas fizeram ou não uso dessas faculdades. Em qualquer caso, o resultado será o mesmo: uma sentença imutável pelo advento da coisa julgada.

Há algum tempo o nosso legislador tem reconhecido que o comportamento das partes pode afetar a imutabilidade da coisa julgada, como no processo que transcorreu à revelia do réu (CPC, art. 475-L, inciso I), se houve vício de citação, ou se houve erro de julgamento em razão da não apreciação de fato relevante que a parte não alegou (CPC, art. 485, inciso IX). Mas outras hipóteses, igualmente possíveis, estão muito longe de terem recebido da doutrina e da jurisprudência a merecida atenção, o que espero venha a ocorrer em futuro próximo, porque tem sido geralmente adotado no processo o entendimento de que a autonomia da nossa área de conhecimento pode levar à perda de direitos subjetivos materiais muito além dos limites em que essa perda é admitida pelo próprio direito material. Se o titular de um direito subjetivo tiver de exigir de outrem o respeito ao seu direito, terá um longo prazo prescricional para fazê-lo. Entretanto, esse mesmo direito pode ser posto a perder no processo em apenas quinze dias, se o seu titular não tiver o cuidado de exercitar, a seu respeito, o seu direito de defesa no prazo previsto na lei processual. Parte da doutrina, não necessariamente a mais expressiva, já havia percebido, entretanto, que a pretensão à tutela jurídica não é um mero conceito processual, mas uma projeção do próprio direito material⁴⁴.

Por outro lado, por vezes o direito processual extrai das ações ou omissões das partes ilações que excedem de muito à sua real intenção. Assim, o art. 302 do nosso CPC presume verdadeiros os fatos não impugnados pelo réu, quando normalmente constitui um exagero admitir que o réu, que se defendeu, tenha efetivamente querido, por eventual silêncio sobre um fato determinado, pôr a perder o direito pelo qual luta. A própria força probante da confissão muitas vezes excede exageradamente a real intenção da parte⁴⁵, especialmente quando se trata de confissão extrajudicial. Antonio Carratta adverte, quanto aos fatos não contestados, que a antecipação da tutela concedida nesses casos não deve

⁴⁴ Cf.: Alois Troller, *Dos fundamentos do formalismo processual civil...*, p. 31, nota 25, e p. 37.

⁴⁵ Alois Troller adverte para os riscos do depoimento pessoal das partes e informa que diversos cantões suíços o adotaram como meio de prova subsidiário. In: *Dos fundamentos do formalismo processual civil...*, p. 79.

precluir a continuação do juízo, mesmo a respeito da parte do pedido sobre o qual incidiu a decisão interlocutória, desde logo executiva. “Pode acontecer, por exemplo, que o juiz instrutor no curso da fase instrutória ou o colegiado, por ocasião da decisão final, adquira a convicção, com base nas provas produzidas ou em outros fatos notórios, que os fatos não contestados não são verdadeiros”⁴⁶.

Veja-se, ainda, a figura dos contratos de procedimento, existentes no direito europeu e que se pretende introduzir no Brasil. Linhas acima sustentei que a sumarização do procedimento, para propiciar a formação da coisa julgada, seja estritamente regulada pelo legislador. Entretanto, em estudo recente, igualmente defendi a implementação desses contratos, entre nós⁴⁷.

Creio que, se os *contrats de procédure*, que eventualmente venham a ser introduzidos no Brasil, sob estrita supervisão judicial, se referirem a procedimentos de cognição exauriente, deverão igualmente observar todos os requisitos desse tipo de cognição, que já enumeramos no item 8, ao qual nos reportamos. Se a lei exige para determinada causa um procedimento de cognição exauriente, não podem as partes instituir um procedimento que não preencha tais requisitos. Se é certo que as partes podem em certa medida abrir mão das suas faculdades processuais, como a de recorrer ou a de propor e produzir determinada prova, igualmente certo é que em nada podem as partes reduzir os poderes do juiz.

Outra questão relevante, a que será necessário dar maior atenção, é a que diz respeito à disposição de faculdades processuais nas causas que versam sobre direitos indisponíveis. Já vimos acima que na Espanha, no procedimento monitório, a ausência de reação do réu equivale à coisa julgada plena, se a causa versa sobre direito disponível. Andrea Graziosi lança um alerta sobre essa questão, advertindo que nas causas sobre direitos indisponíveis ou da personalidade, o sistema de garantias merece um especial reforço⁴⁸. O nosso legislador distingue claramente, em alguns casos, a eficácia dos atos das partes, conforme verse a causa ou não sobre direitos disponíveis. É o que acontece, por exemplo, com o efeito substancial da revelia (CPC, art. 320) e com a força probante da confissão (CPC, art. 351). Também o direito alemão considera que a renúncia do autor ao

⁴⁶ Antonio Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*. Ed. Giuffrè, Milano, 1995, p. 397.

⁴⁷ Leonardo Greco, *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*, inédito.

⁴⁸ Andrea Graziosi, *La cognizione sommaria del giudice civile...*, p.174.

direito e o reconhecimento do pedido pelo réu não são admissíveis nas causas que versam sobre interesses indisponíveis⁴⁹. Daí não é difícil extrair a ilação de que qualquer ação ou omissão da parte que possa implicar em sacrifício de direito indisponível seja considerada absolutamente ineficaz e não possa merecer a homologação judicial, como a renúncia, a transação ou o reconhecimento do pedido, que tenham essa consequência. Entretanto, é preciso também admitir que as decisões do juiz que, de algum modo, tenham implicado no sacrifício de interesses indisponíveis, como o indeferimento de prova potencialmente útil à comprovação da procedência de um desses interesses, deva ser considerada nula, sujeita, pois, a alguma via impugnativa, como a ação rescisória, após o trânsito em julgado da sentença.

Se a vontade das partes pode influir na profundidade da cognição do juiz, é preciso exigir que essa atuação seja livre e consciente, ou seja, que a parte, ao ditar o seu comportamento no processo, o tenha feito como uma expressão legítima da autonomia da sua vontade, e com a consciência efetiva das consequências desfavoráveis que sobre ela poderão recair como resultado desse comportamento. Com todo o respeito que merecem a doutrina e a jurisprudência de países mais desenvolvidos, frequentemente invocadas entre nós, parte expressiva das pessoas que litigam em juízo no nosso país não têm consciência dos riscos que lhes possam resultar das suas ações ou omissões. Nem mesmo os advogados, muitas vezes, são capazes de antever esses riscos e os que os antevêm são frequentemente induzidos a uma conduta pouco colaborativa, em que negam tudo, não concordam com nada, recorrem de tudo. Enquanto o nosso processo penal já evoluiu no sentido de que o silêncio da parte não pode ser interpretado em seu prejuízo (Código de Processo Penal, art.186), o processo civil estabelece exatamente o contrário. Se a transação, o reconhecimento ou a renúncia foram viciados pela incapacidade do sujeito, pela ilicitude do objeto, por preterição de formalidade essencial, por fraude à lei ou pela violação da ordem pública, ou por qualquer outro defeito na manifestação de vontade, a decisão meramente deliberativa que a homologa, que não teve qualquer possibilidade de examinar essas circunstâncias, porque delas não alertada, não pode gozar da mesma estabilidade de um provimento jurisdicional resultante de ampla cognição.

Questão não menos relevante, na linha destas últimas observações, é a da forma autoritária como o processo civil brasileiro trata o jurisdicionado. Não pode ser esquecida a

⁴⁹ Antonio Carratta, *Il principio della non contestazione...*, p. 523.

advertência de Calamandrei no seu *Processo e Democracia*⁵⁰ de que o processo do nosso tempo é composto de sujeitos de carne e osso, com seus compromissos, suas responsabilidades e seus dramas. Se o autor pode, em certa medida, escolher o melhor momento para desencadear o processo, o réu, surpreendido com a citação, tem de largar tudo, seus afazeres, suas responsabilidades pessoais e profissionais, para procurar um advogado, correr atrás de documentos, formular e ajuizar a sua defesa em exíguos quinze dias. É o súdito que, convocado pelo soberano, larga a família, a lavoura e o rebanho e vai se prostrar de joelhos diante do seu amo e senhor que sobre ele tem o direito de vida e de morte. Isso não é mais admissível no Estado de Direito erigido sobre a pedra fundamental do respeito à dignidade humana. O réu, surpreendido pela citação, em momento da sua vida que não lhe permite afastar-se dos seus afazeres pessoais para preparar desde logo a sua defesa, ou submetido temporariamente a condições desvantajosas para o seu pleno exercício, deve ter uma segunda oportunidade, ainda que sujeito a determinados ônus, de, em momento subsequente, tomar a iniciativa de se defender e de demonstrar a procedência do seu direito. É a solução que o direito alemão dá à revelia, permitindo, nas seções 338 e 339 da *Zivilprozessordnung*, que o réu, intimado do julgamento, proponha no prazo de duas semanas uma nova ação (*Einspruch*) para revogar a sentença⁵¹.

Outros sistemas processuais mais humanos já perceberam o autoritarismo desse processo alcunhado de publicístico. Assim, por exemplo, o Código Português, na redação em vigor do art. 145º, permite a prática do ato processual da parte, sujeito a prazo peremptório, nos três primeiros dias úteis subsequentes ao decurso desse prazo, mediante o pagamento de uma multa. Como diz José Lebre de Freitas, a gravidade da consequência “tem progressivamente levado o legislador a ser menos rígido quanto às condições em que ela se verifica”⁵².

Por fim, sobre a presente questão, parece-me indispensável que as partes não possam ter nenhuma possibilidade de dispor de um procedimento de cognição exauriente em benefício de um procedimento de cognição sumária, quando aquele for exigido pela lei, porque o procedimento legal e previsível, embora flexível, é uma garantia não só da plenitude de defesa das partes, mas também da cognição adequada do juiz, que não pode

⁵⁰ Piero Calamandrei, “Processo e Democrazia”, in *Opere Giuridiche* (a cura di Mauro Cappelletti), vol. I, Morano Ed., Napoli, 1965, p. 627.

⁵¹ Peter L. Murray; Rolf H. Stürner, *German Civil Justice...*, pp. 317-322.

⁵² José Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 269.

ser objeto de atos de disposição, ainda que justificados pela economia processual ou pela celeridade.

10. *Técnicas de sumarização.*

As premissas até aqui apresentadas, embora devam ser submetidas ao mais amplo debate, do qual poderão resultar soluções mais ou menos prestigiadoras da coisa julgada na jurisdição de conhecimento, me parecem suficientes para a análise dos diversos exemplos em que, a meu ver, a lei institui a sumariedade da cognição, do seu reflexo sobre a imutabilidade da coisa julgada, bem como dos possíveis instrumentos de sua flexibilização ou superação. Em alguns casos, essa análise permitirá a solução que se me afigura mais adequada sob a égide do direito positivo brasileiro vigente. Em outros casos, entretanto, ela exigirá alterações legislativas, porque não acredito que simples artifícios hermenêuticos possam superar todas as insuficiências da ordem jurídica positiva na estruturação de procedimentos processuais satisfatoriamente apropriados à necessidade de respeito às garantias fundamentais do processo.

10.1. Postergação ou inversão do contraditório. Uma das mais importantes técnicas de sumarização da cognição é a postergação ou a inversão do contraditório. A primeira é em geral adotada na tutela da urgência, por imposição da necessidade de preservação de eficácia da tutela jurisdicional em face do perigo de lesão grave, de difícil ou impossível reparação. Já a segunda é normalmente fruto de uma escolha do legislador de oferecer a certos interesses, aos quais atribui proeminência, especial proteção e uma certa posição de vantagem, ainda que provisória, em relação a outros interesses a eles contrapostos. É o que ocorre com as liminares possessórias e de alimentos e com os mandados monitorios.

Embora coloque um dos litigantes, o réu em todos esses exemplos, em uma nítida posição de desvantagem no acesso à tutela dos seus interesses, essa sumarização não me parece inconstitucional, no primeiro caso (tutela de urgência), porque fruto de ponderação em concreto realizada com os rigores da técnica de solução dos conflitos entre direitos fundamentais; e no segundo caso (proeminência de certos interesses), porque o balanceamento dos interesses em jogo foi efetivado em abstrato pelo próprio legislador, sujeito apenas ao crivo da razoabilidade, caso a escolha tenha sido abusiva.

Deixando de lado a tutela da urgência, que não é objeto da jurisdição de conhecimento e, portanto, deste estudo, limitemo-nos ao exame do que ocorre nas liminares possessórias e de alimentos e nas ações monitórias. O juiz expede provimento favorável ao interesse do autor mediante cognição do material fático e jurídico que este lhe oferece unilateralmente. Nas ações possessórias e de alimentos, esse provimento é imediatamente exequível, cabendo ao réu impugná-lo na subsequente contestação. Nas possessórias o autor prova sumariamente a sua posse e o esbulho, a turbação ou a ameaça que alega sofrer, e isso é suficiente para que o juiz proteja a sua posse (CPC, art. 928). Nas ações de alimentos, o autor instrui a inicial com a prova do vínculo familiar e pede a pensão. O juiz, ao despachar a inicial, com os poucos elementos trazidos pelo autor, arbitra de ofício os alimentos provisórios que o réu passará a pagar a partir da citação, salvo se o autor expressamente declarar que deles não necessita⁵³. Nas ações monitórias, apresentada pelo autor prova escrita do crédito, o juiz deferirá de plano a expedição de mandado de pagamento ou de entrega (CPC, art. 1.102-B). Nos três casos, a iniciativa de pleitear a sustação ou a revogação do provimento caberá ao réu, pelo meio de defesa que a lei prevê, sendo que na monitória, caso não o faça, o mandado executivo se tornará definitivo.

Nas liminares possessórias e de alimentos, a cognição incompleta será suprida posteriormente no próprio procedimento que, afinal, ratificará ou não o provimento não cautelar concedido com postergação do contraditório. Na monitória, segundo José Rogério Cruz e Tucci⁵⁴, o mandado de pagamento resulta de um provimento condenatório exigível mediante a sumarização da *cognitio* e, por isso, concordo com José Aurélio de Araújo, em que a ausência de embargos não pode gerar coisa julgada e que a impugnação ao cumprimento de sentença não pode ter as limitações cognitivas do art. 475-L, do CPC, para propiciar a cognição exauriente, que também poderá dar-se em ação autônoma⁵⁵. A decisão que manda expedir mandado de pagamento resulta de cognição incompleta sobre a existência do direito do autor e do simples decurso do prazo de embargos, por si só exíguo, não é possível extrair a ilação de que o réu, livre e conscientemente, tenha tido a intenção de concordar com a procedência do pedido do autor.

⁵³ Lei 5.478/1968, art. 4º.

⁵⁴ José Rogério Cruz e Tucci, *Ação Monitória*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 40.

⁵⁵ José Aurélio de Araújo, *A cognição sumária e a coisa julgada...*, p. 102.

10.2. Sentença contumacial. Se o réu foi citado pessoalmente, não contestou a ação no prazo legal e não ocorre qualquer das hipóteses do art. 320, do CPC, a revelia gerará a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pelo autor, isto é, o juiz decidirá a causa com o material cognitivo que lhe foi fornecido unilateralmente pelo autor, sem efetivo contraditório. Neste ponto os sistemas processuais divergem. Para o direito brasileiro, que seguiu o modelo italiano, a sentença contumacial possui estabilidade bastante próxima daquela resultante de processo em que o réu efetivamente se defendeu, ressalvada apenas a hipótese de rescisória, de impugnação ao cumprimento de sentença ou de querela de nulidade por vício de citação, se o processo correu à revelia (CPC, arts. 475-L, I). No sistema alemão, essa estabilidade é um pouco menor, porque ao réu, em determinado prazo, é facultado propor uma ação perante o juízo de primeiro grau para reformar a sentença, com a inversão do ônus da prova, isto é, cabendo a ele demonstrar que os fatos que foram presumidos verdadeiros em razão da revelia não ocorreram⁵⁶. Também neste caso não ocorreu cognição exauriente. Se não teve o réu a efetiva possibilidade de demonstrar a inexistência do direito do autor, a sua inércia não pode ser interpretada como manifestação livre e consciente de reconhecimento do direito daquele⁵⁷.

10.3. Condenação com reserva.

Já mencionei acima a limitação probatória do processo documental alemão. Se o réu alega a necessidade de outras provas, além daquelas permitidas nesse procedimento, e o juiz entende que existe alguma possibilidade de que essas provas infirmem a sua convicção da existência do direito do autor, profere uma condenação com reserva, facultando ao prejudicado rediscutir a sentença em outro procedimento de cognição exauriente, o que raramente ocorre, porque, antes de instaurá-lo, o réu avaliará se efetivamente, com a maior amplitude probatória, terá condições de reverter o resultado desfavorável decorrente do primeiro processo, pois, caso contrário, o seu prejuízo será ainda maior, com o acréscimo das despesas do novo processo. Com essa técnica, o direito alemão alcança no processo documental um provimento final mais rápido com menos despesas, que, na grande maioria dos casos, apesar da cognição sumária, regulará

⁵⁶ V. item 9, acima.

⁵⁷ Cf.: José Aurélio de Araujo, *A cognição sumária e a coisa julgada...*, p.113; Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária...*, p. 215.

satisfatoriamente a relação jurídica entre as partes, acabando por prevalecer, de fato, como a solução definitiva da causa.

Chiovenda chamara a atenção para a diferença entre o processo cambiário italiano e o documental alemão. Enquanto no processo cambiário italiano da época, a reserva alcançava apenas as exceções pessoais expressamente arguidas pelo réu, no processo documental germânico atingia quaisquer matérias que não pudessem nele ser provadas com os meios permitidos. Ademais, na Itália a limitação probatória beneficiava apenas o réu, enquanto na Alemanha também o autor⁵⁸.

Mas decisões finais de mérito com reserva de novas alegações também existem no direito brasileiro, como a exceção de domínio nas sentenças possessórias e nos embargos de terceiro, a alegação de qualquer outra matéria que não seja o vício do processo judicial ou a impugnação do preço oferecido na ação de desapropriação (Decreto-lei 3.365/41, art. 20), bem assim nas já mencionadas hipóteses de improcedência da ação popular e da ação civil pública fundada em interesses difusos ou coletivos por insuficiência de provas, na improcedência da ação civil pública por interesses individuais homogêneos, na rescisória por prova nova, por prova falsa ou por erro de fato e na rescisória ou querela de nulidade por falta ou nulidade de citação se o processo correu à revelia do réu.

A grande originalidade do modelo alemão é que é o próprio juiz da causa primitiva em que a cognição sofreu limitações que decide se oferece ou não ao vencido a possibilidade de um novo julgamento em cognição exauriente. Essa técnica já foi defendida entre nós a respeito da improcedência por insuficiência de provas da ação civil pública fundada em interesses difusos. Acho que a nossa monitória documental deveria adotar o modelo alemão, o que dependeria de reforma legislativa. Entretanto, não sou favorável a que a definição da possibilidade de nova demanda em cognição exauriente fique a critério do juiz da causa antecedente. Ao contrário, deverá ser o juiz da demanda subsequente que, diante de prova cuja produção não foi possível na demanda anterior, avaliará se ela é capaz de reverter a decisão ali adotada, pois, se este mecanismo adota uma pouco recomendável forma interdita de juízes de primeiro grau inibirem, por novos fundamentos, decisões de outros juízes do mesmo grau, pior me parece que fique ao arbítrio do juiz que proferiu a decisão com cognição incompleta permitir ou não a revisão da sua sentença por outro juiz, com outras provas.

⁵⁸ Giuseppe Chiovenda, “Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva” (1915), in: *Saggi di Diritto Processuale (1894-1937)*, vol. 1, Ed. Giuffrè, Milano, 1993, pp.121 e ss.

10.4. Homologação de atos de disposição.

A homologação da transação, entre nós, é sentença de mérito, que constitui título executivo judicial. Na transação, como na renúncia ao direito do autor ou no reconhecimento do pedido pelo réu, quando versam sobre direitos disponíveis, o juiz não exerceu cognição exaustiva sobre o fato e sobre o direito, limitando-se a um juízo deliberativo a respeito da capacidade das partes e dos seus advogados e, quiçá, sobre a não manifesta ilicitude do conteúdo do acordo. No máximo, se o acordo resultou de conciliação conduzida pelo próprio juiz, terá ele verificado, ainda, se o negócio não é acentuadamente desvantajoso para uma das partes. Já tive oportunidade de observar que não é correto associar a coisa julgada à homologação de atos de disposição, por mais de uma razão: a uma, porque a homologação pode ter sido requerida num procedimento de jurisdição voluntária, como o divórcio consensual, ou sem litígio anterior, hipóteses em que, mesmo sem o acordo, não se formaria a coisa julgada; a duas, porque o juiz não proclamou, com a força da autoridade estatal resultante da sua efetiva cognição, que o direito das partes é o que elas ajustaram, porque sobre este não exerceu suficiente cognição. A jurisprudência brasileira lucidamente interpretou os artigos 485, inciso VIII, e 486, do CPC, no sentido de que a rescisória somente é cabível por vício da própria da sentença, sendo a ação autônoma do referido art. 486 o meio adequado para impugnar o conteúdo da transação⁵⁹. No cumprimento da sentença homologatória da transação, a impugnação não poderá ficar restrita às matérias constantes do art. 475-L, do CPC, pelo menos quanto à incapacidade do sujeito, à ilicitude do objeto, à preterição de formalidade essencial, à fraude à lei, à violação da ordem pública ou a qualquer outro defeito na manifestação de vontade.

10.5. Sentença liminar de improcedência.

A redação original do Código de 1973 já previa hipótese de sentença liminar de improcedência no inciso IV do artigo 295, que permitia o indeferimento da petição inicial pelo reconhecimento da decadência ou da prescrição. A Lei n. 11.277/2006 introduziu no diploma processual o artigo 285-A, facultando igual indeferimento se o mesmo juízo já

⁵⁹ Na jurisprudência, cf.: STJ, REsp 151.870, Rel. Min. Pádua Ribeiro, j. em 19 maio 2005, e REsp 841.066, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 15 ago 2006, consultados em: 10 ago 2012 e disponíveis em: www.stj.jus.br.

tiver proferido sentenças de improcedência em casos idênticos, sendo a matéria controvertida unicamente de direito. O projeto de novo CPC manteve a figura, embora sujeitando a rejeição apenas a postulações francamente contrárias à jurisprudência (art. 307, do Projeto de Lei n. 8.046/2010).

A meu ver os dois dispositivos são flagrante e irremediavelmente incompatíveis com a garantia constitucional do contraditório, até mesmo no conteúdo mínimo da audiência bilateral, pois nem o autor nem o réu são ouvidos antes da sentença sobre o fundamento do indeferimento. Se não se pode afirmar que o réu seja prejudicado por esse tipo de decisão, o autor francamente o é, porque lhe é cerceado o direito, integrante da garantia do contraditório, de demonstrar, através de todos os meios legais, que tem razão, mesmo que o juiz, *prima facie*, assim não entenda. Nicolò Trocker, comentando o acórdão *Osman* (1999) da Corte Europeia de Direitos Humanos, elucida esse aspecto do contraditório, a que denomina de *diritto al giudizio*, consistente não apenas no direito ao provimento conclusivo final, mas a todo o iter procedimental que enseja amplamente a cada uma das partes a mais extensa possibilidade de fazer uso de todas as oportunidades facultadas pelo procedimento para tentar convencer o juiz da procedência das suas alegações⁶⁰. Imprestáveis, pois, sob esse prisma, são o indeferimento da petição inicial com fundamento na decadência ou na prescrição e a sentença liminar de improcedência, até mesmo a título de cognição sumária. Que em 1973 o legislador do CPC não atentasse para isso, não surpreende porque os ares da efetividade e do garantismo ainda não haviam chegado a estas plagas. Mas, que o projeto de Código de 2010 repita o erro, parece-me imperdoável e incoerente com a moderna imposição do contraditório, por ele adotada, de que nenhuma matéria que o juiz deva apreciar de ofício possa fazê-lo sem antes ouvir as partes (art. 10, do Projeto de Lei n. 8.046/2010). De qualquer modo, ainda que não venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade desses dispositivos, cumpre encará-los, em face da ausência de cognição exaustiva, como hipóteses de mera extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de justa causa que, conforme já tenho sustentado, integra a condição da ação do interesse de agir⁶¹.

⁶⁰ Nicolò Trocker, *La formazione del Diritto Processuale Europeo*, ed. G. Giappichelli, Torino, 2011, pp.244-245.

⁶¹ Leonardo Greco, *Instituições de Processo Civil*, vol. I – Introdução ao Direito Processual Civil, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2011, pp. 201-206. Cf., também: Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária...*, p. 212.

10.6. *Juizados Especiais.*

Conforme já observei em estudo anterior, bem como no capítulo XVIII do vol. II das minhas *Instituições*⁶², o procedimento dos juizados especiais possui inúmeros déficits garantísticos, que impedem que possa ser considerado um procedimento de cognição exauriente. A redução da oralidade, a limitação do direito à prova, o julgamento por equidade sem a livre adesão de ambas as partes, a desigualdade das partes quando apenas uma delas é defendida por advogado, a audiência bilateral reduzida pela exiguidade de prazos e as deficiências de documentação dos atos processuais e de fundamentação das decisões⁶³ são mais do que suficientes para excluir a cognição exauriente. No entanto, o regime dos juizados não apresenta expressamente qualquer restrição à coisa julgada, embora também não afirme a sua existência, mas, parece pretender que ela seja ainda mais forte do que no regime comum, pois impede a própria ação rescisória (Lei 9.099/2005, art. 59).

Os fundamentos da tutela sumária (simplicidade, celeridade e facilitação do acesso à justiça) justificam um processo com menos garantias, especialmente nas causas de menor complexidade, mas a redução destas impõe que ao eventual prejudicado seja assegurado um outro meio de lutar pela tutela do seu alegado direito, num processo em que tenha ampla oportunidade de contraditório e de exercício do direito de defesa. A via de um procedimento subsequente para corrigir eventuais erros de julgamento nos juizados encontra, portanto, suporte nas garantias constitucionais inscritas no artigo 5º da Carta Magna. Poderá ser o mandado de segurança, se a controvérsia for exclusivamente de direito. Se houver necessidade de produção de novas provas, a ação autônoma de impugnação, ordinária ou de procedimento sumário (que o é apenas quanto à extensão, não quanto à profundidade), cumulada com o pedido de novo julgamento da causa, poderá ser

⁶² Leonardo Greco, “Os Juizados Especiais como tutela diferenciada”, in Humberto Theodoro Júnior e Maira Terra Lauer, *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*, Editora GZ, Rio de Janeiro, 2010, pp. 711-736; Id. *Instituições de Processo Civil*, vol. II – Processo de Conhecimento, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2011, pp. 382-389.

⁶³ As principais deficiências cognitivas se encontram nos artigos 6º, 9º, 28, 29, 34, 35, 36, 37, 38 e 46 da Lei 9.099/2005.

manejada⁶⁴. Essa ação poderá também constituir o conteúdo dos embargos previstos no art. 52, inciso IX, da Lei nº 9.099/1995. Já sustentei essa possibilidade, apesar da limitação cognitiva então imposta aos embargos na execução de título judicial pelo antigo art. 741, do CPC, quando o título executivo fosse sentença proferida na jurisdição voluntária, que não faz coisa julgada⁶⁵. Normalmente os embargos à execução, assim como a impugnação criada pela Lei nº 11.232/2005, são ações de cognição exauriente. Entretanto, pode ocorrer que os embargos venham a sofrer algumas limitações cognitivas próprias do procedimento dos juizados, caso em que não será grande vantagem substituir um provimento final sem coisa julgada, em razão da cognição não exauriente, por outro igualmente sem cognição exauriente e, portanto, também sem coisa julgada.

10.7. Procedimentos documentais.

Denomino de documentais certos procedimentos sumários, como tem sido tradicionalmente entendido, entre nós, o do mandado de segurança, que carecem de fase instrutória ou em que a prova admitida é somente a documental. Se a controvérsia for exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova documental produzida for suficiente para apurar a verdade, a restrição probatória não terá prejudicado a cognição exauriente e a coisa julgada se produzirá plenamente, *secundum eventum probationis*. Se, entretanto, a prova documental não for suficiente, a nossa lei determina (art. 19, Lei 12.016/2009) que o juiz deixe de resolver o mérito da pretensão do impetrante, denegando a segurança, o que implica em extinguir o processo sem resolução do mérito e, portanto, sem a formação da coisa julgada, podendo a mesma pretensão ser novamente veiculada em outro processo. Já manifestei a minha insatisfação com esse sistema de denegação do mandado de segurança por falta de direito líquido e certo⁶⁶ que, muitas vezes, frustra a possibilidade de tutela adequada do direito subjetivo do cidadão, violado pela

⁶⁴ A admissibilidade da ação autônoma de impugnação foi igualmente defendida por Alexandre Freitas Câmara, in *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: uma abordagem crítica*, 6ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 152-156.

⁶⁵ Leonardo Greco, *O Processo de Execução*. Vol. 2, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 599.

⁶⁶ Leonardo Greco, “A *translatio iudicii* e a reassunção do processo”, in: *Revista de Processo*, ano 33, nº 166, dez. 2008, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 9-26; também publicado in: Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Doutrinas essenciais do Processo Civil*, vol. II, Teoria Geral do Processo I, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pp. 299-321.

Administração Pública, mas, de qualquer modo, é forçoso reconhecer que, quanto à inexistência de coisa julgada, está correta a orientação adotada no direito brasileiro.

10.8. Tutela antecipada e tutela da evidência.

A tutela antecipada, introduzida no nosso ordenamento a partir de 1994, adota as modalidades da tutela da urgência e da tutela da evidência. A primeira, a que se refere o inciso I do art. 273 do Código, tem natureza tipicamente cautelar, estando fora do âmbito do nosso estudo. A segunda, a que aparentemente se referem os incisos II do caput do referido artigo e o seu § 6º, é fruto de uma cognição tão incompleta quanto a de qualquer medida cautelar: contraditório postergado, apreciação incidental fora da sequência do procedimento legal, ausência de um procedimento específico que assegure amplas oportunidades de aduzir argumentos e produzir provas. Apesar de duntas opiniões em contrário, não me parece, nem mesmo na hipótese de pedidos incontroversos, que a decisão antecipatória possa adquirir a imutabilidade da coisa julgada⁶⁷. Pode haver incompatibilidade entre o que nela foi decidido e o que se apurar posteriormente em relação à apreciação de outros pedidos. A cognição exauriente posterior deve prevalecer sobre a sumária antecipada, conforme a lição de Antonio Carratta anteriormente exposta⁶⁸. Sou, portanto, contrário a qualquer proposta de tornar definitiva a tutela da urgência ou da evidência. O que nasceu provisório pode estabilizar-se de fato, mas juridicamente continua sendo provisório.

11. Conclusão.

O percurso aqui sumariamente empreendido na seara de inúmeros institutos e procedimentos está muito longe de ter resolvido todas as dificuldades que o tema oferece, mas acredito que esta exposição tenha servido para mostrar a sua importância, assim como que é possível conciliar as modernas exigências de facilitação do acesso à justiça e de celeridade dos procedimentos, almejadas pela cognição sumária, com as garantias do

⁶⁷ O Projeto de Lei n. 8.046/2010, que visa a instituir um novo Código de Processo Civil, estatui em seu art. 283 que, se um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, a solução será definitiva.

⁶⁸ V. nota 47.

processo justo, no rumo do que Sergio Menchini denominou de *novas formas de tutela e novos modos de resolução de controvérsias, em direção à superação da necessidade de acerto com autoridade de coisa julgada*⁶⁹. Assim como alguns, com mais juventude e entusiasmo do que eu, aqui mencionados ou não, já têm empreendido valiosos estudos que enriquecem a reflexão do assunto entre nós, espero que muitos outros igualmente se sintam estimulados a fazê-lo, o que considero que poderá contribuir para um significativo e positivo avanço na evolução qualitativa do nosso direito processual civil.

Por outro lado, estou convencido de que nada se há de temer. É uma ilusão (ou quiçá uma ficção), acreditar que a coisa julgada pacifica os litigantes. Nem a justiça da decisão o faz, mas a crença de que o Estado de Direito se dispõe a corrigir os seus erros e dar ao cidadão, mesmo derrotado, a mais ampla possibilidade de demonstrar a procedência das suas alegações e a maior atenção é suficiente para que a sociedade pressione o vencido a submeter-se à sua autoridade. O que eterniza a litigiosidade é a descrença na justiça da decisão e a facilidade de prolongá-la ou renová-la sem motivos consistentes e sem riscos, o que não é inibido por decisões rápidas de má qualidade, mas sim por outros mecanismos, que devem ser estruturados na disciplina de outros temas, como os das despesas processuais, da admissibilidade dos recursos e dos fundamentos da ação rescisória.

Rio de Janeiro, 10 de agosto de 2012.

⁶⁹ Sergio Menchini, “Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso Il superamento della necessità dell’accertamento con autorità di giudicato”, in: *Rivista di diritto processuale*, ano LXI, n. 3, jul.-set. 2006, CEDAM, Padova, pp. 869 e ss.