

OS JUIZADOS ESPECIAIS COMO TUTELA DIFERENCIADA

LEONARDO GRECO

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

Sumário: 1. Introdução. 2. As críticas mais contundentes. 3. O déficit garantístico dos Juizados. 3.1. Competência. 3.2. Discriminações subjetivas. 3.3. Extinção do processo. 3.4.Redução da oralidade. 3.5.Redução do direito de defender-se provando. 3.6.A autorização a julgamentos de equidade. 3.7. O patrocínio facultativo por advogado. 3.8.Audiência bilateral reduzida. 3.9.Deficiência de fundamentação. 4.Paradoxal estabilidade das decisões. 5.A cognição sumária e as exigências da vida moderna. 6.A tutela jurisdicional diferenciada. 7.A cognição não exauriente. 8.Os juizados como tutela diferenciada. 9.A limitação da coisa julgada. 10. O meio adequado de revisão. 11. Conclusão.

1. Introdução. A emergência dos juizados de pequenas causas na década de 80 do século passado representou uma das mais aplaudidas reformas da administração da Justiça brasileira, pelo impacto positivo que teve na facilitação do acesso à justiça para milhões de cidadãos. A eliminação de barreiras econômicas, como o recolhimento de custas e a contratação de um advogado, e de barreiras burocráticas, através de um procedimento acentuadamente célere e informal, asseguraram o sucesso do novo instituto, que veio a ser contemplado na Constituição de 1988 com dois dispositivos: o inciso X do art. 24 incluiu na competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal a “criação, funcionamento e processo dos juizados de pequenas causas”; e o inciso I do art. 98 determinou que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criassem “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

A Lei 9.099/95 transformou os juizados de pequenas causas em juizados especiais, instituindo os juizados criminais e redefinindo a competência dos juizados cíveis no art. 3º. A Emenda Constitucional nº 22/99 permitiu a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal, o que veio a ser implementado através da Lei 10.259/2001.

Completou-se, assim, o que muitos denominam o microsistema dos juizados especiais, deliberadamente estruturado à margem da organização judiciária tradicional, para constituir uma justiça preponderantemente conciliatória, caracterizada pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (Lei 9.099/95, art. 2º).

Os juizados especiais atenderam, assim, a dois objetivos primordiais: o de facilitar o acesso à justiça das causas de menor complexidade, que, normalmente, ficavam alijadas da tutela através do processo civil tradicional em razão do seu custo e da sua morosidade; e o de aliviar os tribunais de 2º grau e os tribunais superiores da apreciação dessas causas, pela criação de um sistema recursal próprio e sumário, no qual sobressaem a irrecorribilidade das decisões interlocutórias e a limitação de recursos das suas decisões para aqueles tribunais, que hoje estão restritos ao recurso para o Supremo Tribunal Federal estritamente em matéria constitucional que apresente repercussão geral e ao Superior Tribunal de Justiça na remotíssima hipótese em que a orientação acolhida pela Turma de Uniformização dos Juizados Federais contrarie súmula ou jurisprudência dominante desse mesmo Tribunal (Lei 10.259/2001, art.14, § 4º).

Cândido Dinamarco ressalta que o objetivo dos juizados, seguindo uma das ondas renovatórias do processo civil moderno apontadas por Cappelletti, foi oferecer uma justiça mais informal, eminentemente participativa, mais célere e amplamente acessível⁵⁷.

Passado cerca de um quarto de século dessa rica experiência, convém efetuar um balanço dos resultados alcançados e avaliar se os juizados, tal como estruturados, têm condições de projetar-se como a justiça do futuro, se devem manter a sua presença no sistema judiciário como uma jurisdição à parte ou se a sua configuração, delineada nos diplomas apontados, já esgotou as esperanças de realização dos objetivos inicialmente propostos e talvez apresente mais defeitos do que qualidades, impondo-se aperfeiçoá-lo ou, se isso não for possível, abandoná-lo.

Se, de um lado, a justiça das causas mais simples deve potencializar a informalidade, a eliminação de barreiras econômicas e burocráticas e a celeridade, em busca da facilitação do acesso à Justiça e da efetividade do processo, de outro, é imperioso constatar que a implementação do Estado Democrático de Direito Contemporâneo elevou ao nível de direitos fundamentais um rol de garantias fundamentais do processo, cuja observância se impõe como exigência da eficácia concreta dos próprios direitos constitucionalmente assegurados e de seu efetivo respeito nas relações jurídicas entre os cidadãos.

Nesse sentido, não é despicienda a preocupação de muitos com o risco de que os juizados tenham se tornado uma *justiça de 2ª classe*, uma justiça de baixa qualidade, que, a pretexto de ser eminentemente pacificadora ou conciliadora, rápida, informal e amplamente acessível, prioriza a eliminação da litigiosidade a qualquer preço, mesmo em detrimento do tratamento isonômico de todos os cidadãos, da apuração adequada da verdade dos fatos, do contraditório participativo e da ampla defesa.

Se, para atender às demandas quantitativas, é preciso impor limitações cognitivas, temporais e até de garantias, é preciso encontrar meios de compatibilizar a satisfação dessas demandas com os ideais de uma justiça de qualidade, cuja legitimidade, como expressão do poder político, somente se impõe se a sociedade a que serve puder ter a certeza de que as suas decisões são o resultado do maior esforço possível para a revelação da verdade e a tutela do interesse daquele que efetivamente é o titular do direito material.

Conforme leciona Michele Taruffo, em um dos seus brilhantes estudos⁵⁸, uma decisão justa pressupõe: a) correta escolha e interpretação da regra jurídica aplicável; b) o reconhecimento

⁵⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p.802.

aceitável da verdade dos fatos relevantes; c) um procedimento válido e justo, ou seja, um meio justo para um fim justo.

E Barbosa Moreira⁵⁹ igualmente alertou:

“Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”.

2. *As críticas mais contundentes.* O paradoxo que caracteriza os juizados especiais foi objeto de críticas abalizadas de parte da doutrina. Em palestra proferida em Porto Alegre em março de 2005, José Ignácio Botelho de Mesquita censurou a experiência dos juizados especiais, ressaltando que os seus julgamentos se localizariam no âmbito da jurisdição voluntária, pois somente a esta é facultado decidir sem a observância do critério da legalidade estrita, e enfatizando: “É, portanto, jurisdição que não se submete nem ao princípio da legalidade (CF art. 5º, II), nem à garantia do devido processo legal (CF art. 5º, LIV e LV)”⁶⁰. Após equiparar os juizados à mediação, à arbitragem ou aos juizados de paz, o Autor recomendou, para a sua sobrevivência, que o seu acesso fosse facultativo para ambas as partes, pois no Estado Democrático de Direito “é impensável que possa ficar à opção de uma das partes do litígio privar a outra do benefício da lei e das garantias do devido processo legal”.

Igualmente Calmon de Passos manifestou sua repulsa aos juizados, que considerou

“uma afronta à nossa Constituição e um desserviço ao que se revela hoje como valor prioritário – se pretendermos uma sociedade mais humana no futuro – a solidariedade”. E, mais adiante, qualificou de fundamental “partir-se de um devido processo constitucional de produção do direito, que se desdobra, para atingir a dimensão do concreto das relações sociais, em um devido processo constitucional de produção legislativa, administrativa, negocial e jurisdicional do direito. Vendo as coisas sob esse prisma, não consigo colocar os Juizados Especiais no abrigo protetor da Constituição, pensada e aplicada democraticamente”⁶¹.

Analisando o regime dos juizados cíveis à luz das garantias fundamentais do processo, Fernando Gama de Miranda Netto adverte que transportar para o seu procedimento sumaríssimo todas as garantias do Código de Processo Civil poderia significar a sua ordinarização. Repudia, entretanto, o obstáculo oposto no acesso a esse procedimento pela obrigatoriedade do comparecimento pessoal do autor à audiência (Lei 9.099/95, art. 51, I), especialmente para as pessoas portadoras de deficiências físicas ou com dificuldade de locomoção. Condena a proibição da utilização do regime dos juizados em face da fazenda pública estadual e municipal, assim como a desigualdade gerada pela livre escolha desse regime por parte do autor, bem como a extensa proibição de todas as modalidades de intervenção de terceiros, a irrazoabilidade de exigir que o

⁵⁸ Michele Taruffo, “Idee per una teoria della decisione giusta”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano, 1997, p.319.

⁵⁹ “O futuro da justiça: alguns mitos”, in: *Revista Forense*, vol. 352, p. 118.

⁶⁰ “O Juizado Especial em face das garantias constitucionais”, in: *Revista Jurídica Notadez*, nº 330, São Paulo, abril de 2005, pp.9-13.

⁶¹ “Prefácio”, in: Alexandre de Freitas Câmara, *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais – uma abordagem crítica*, 5ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

autor se pronuncie sobre a contestação do réu apresentada somente na audiência final. Discorda da proibição de rescisória, da ausência de recurso contra a sentença terminativa nos juizados federais e da vedação do recurso adesivo⁶².

3. *O déficit garantístico dos Juizados.* As chamadas *garantias fundamentais do processo* são o conjunto de regras mínimas que estruturam o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, consagradas explícita ou implicitamente na Constituição⁶³.

O respeito a essas garantias no processo judicial é exigência impostergável do cumprimento da promessa constitucional do Estado de Direito, expressa no § 1º do art. 5º da Carta Magna, de que todos os direitos fundamentais têm eficácia concreta.

Augusto Mario Morello e Luigi Paolo Comoglio divulgaram em época recente um projeto de bases constitucionais mínimas do processo civil *justo* para a América Latina, que sintetiza as garantias fundamentais do processo nos sistemas jurídicos latino-americanos, no qual merecem destaque para o nosso estudo: 1) o amplo acesso de todos à justiça, para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos, sem qualquer discriminação irrazoável; 2) o amplo acesso aos meios adequados de tutela efetiva, que assegurem a plena reintegração dos direitos violados; 3) o direito de que a causa seja examinada, discutida e decidida equitativa e publicamente, em um prazo razoável, perante um juiz independente e imparcial, preconstituído pela lei; 4) o direito ao contraditório e à ampla defesa em condições de igualdade; 5) o direito de valer-se de todos os meios de prova, mesmo atípicos, de prova direta ou de contraprova, que sejam legalmente admissíveis e pertinentes; 6) independência, preparação profissional e inamovibilidade dos juízes; 7) oralidade; 8) a motivação das decisões; 9) o duplo grau de jurisdição; 10) o recurso por violação da lei, perante tribunal superior de justiça, contra qualquer resolução judicial definitiva⁶⁴.

Em estudo anterior, seguindo ensinamentos de Cappelletti, Comoglio, Guinchard e Morello, identifiquei, como garantias fundamentais do processo, ainda mais as seguintes: 11) a assistência jurídica e judiciária aos pobres; 12) a inércia da jurisdição; 13) a coisa julgada; 14) a impessoalidade e permanência da jurisdição; 15) a efetividade qualitativa; 16) um procedimento legal, flexível e previsível; 17) a legalidade estrita no exercício do poder de coerção; 18) o respeito à dignidade humana⁶⁵.

3.1. *Competência.* A delimitação da competência dos juizados cíveis, tal como estabelecida no art. 3º da Lei 9.099/95 e no art. 3º, da Lei 10.259/2001, não atende à previsão constitucional (art. 98-I) de juizados especiais destinados às *causas cíveis de menor complexidade*.

⁶² Fernando Gama de Miranda Netto, “Juizados Especiais Cíveis entre autoritarismo e garantismo”, in *Revista de Processo*, ano 33, nº 165, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, novembro de 2008, pp.185-200.

⁶³ Leonardo Greco, “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. In PEIXINHO, Manoel Mesias, GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 369-406.

⁶⁴ Luigi Paolo Comoglio, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, ed. G. Giappichelli, Torino, 2004, pp.409-421.

⁶⁵ Ob. e loc. citis.

Outras causas de reduzida complexidade estão alijadas por esses dispositivos da competência dos juizados, sem qualquer motivo razoável, numa discriminação injustificável.

O Enunciado nº 8 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), por exemplo, entende, sem qualquer justificativa objetiva, que “*as ações cíveis sujeitas aos procedimentos especiais não são admissíveis nos Juizados Especiais*”. A esse entendimento se opõe o Enunciado nº 9 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF), que dispõe: “*Além das exceções constantes do § 1º do artigo 3º da Lei n. 10.259, não se incluem na competência dos Juizados Especiais Federais, os procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil, salvo quando possível a adequação ao rito da Lei n. 10.259/2001*”.

O Enunciado nº 54 do FONAJE restringe o exame da *menor complexidade* ao “*objeto da prova e não em face do direito material*”, o que significa que causas de grande complexidade jurídica, como aquelas em que contendem usuários com empresas concessionárias de serviços públicos, nas quais se discutem questões relativas à validade e eficácia de cláusulas de contratos de concessão e dos editais de licitações públicas que antecederam a esses contratos, com graves repercussões nos custos desses serviços e no equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, são apreciadas pelos juizados, apesar das limitações cognitivas e temporais e da informalidade do seu procedimento. E o mais surpreendente é que, não obstante a *menor complexidade da causa* seja um requisito essencial da moldura constitucional dos juizados, o Supremo Tribunal Federal, em decisões ainda recentemente ratificadas⁶⁶, considera a abrangência desse conceito matéria infraconstitucional e, portanto, alheia à sua competência recursal, o que, à falta de recursos a outras instâncias superiores, conferiu aos próprios juizados o poder quase absoluto de decidir os limites da sua própria atuação. A jurisprudência do Superior tribunal de Justiça tem reduzido em parte esse déficit, admitindo a impetração de mandado de segurança contra decisão de Turma Recursal para permitir o controle da competência dos Juizados pelos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais.

3.2. *Discriminações subjetivas.* As exclusões do art. 8º da Lei 9.099/95, relativas ao incapaz, ao preso, às pessoas jurídicas de direito público e, como autoras, às pessoas jurídicas, salvo microempresas e empresas de pequeno porte, violam o princípio da isonomia.

Há inconstitucionalidade na exclusão das pessoas jurídicas, pois a estas a Constituição assegura os mesmos direitos e garantias das pessoas físicas, desde que compatíveis com a sua natureza. A proibição agride o princípio da igualdade das partes (CF, art. 5º, caput) e o direito de acesso à justiça (art. 5º-XXXV). No acesso à Justiça, que é consequência da igualdade de oportunidades, não pode haver discriminações de natureza econômica. Ao argumento de que a vedação visa a impedir que os juizados se tornassem instrumentos de cobrança de créditos em benefício de grandes empresas, desvirtuando a sua finalidade de assegurar o acesso à justiça daqueles que de acesso se encontram alijados, poderia o legislador ter dado resposta melhor se tivesse diretamente enfrentado o problema, excluindo da competência dos juizados as ações de cobrança, sem instituir qualquer discriminação em detrimento das pessoas jurídicas que, muitas vezes, são tão carecedoras de um mecanismo ágil, célere e econômico de acesso à Justiça quanto muitas pessoas físicas.

⁶⁶ V. julgamento do Tribunal Pleno no RE 567454-1 em 17/6/2009.

Mas pior é a discriminação do incapaz e do preso, pois estes, justamente pela condição de inferioridade no exercício dos seus direitos em que se encontram, devem ter compensada essa posição de desvantagem com providências que possibilitem superá-la e não serem tratados de modo discriminatório com a proibição de postulação junto aos juizados, cujo objetivo social primordial é justamente o de facilitar o exercício do direito de acesso à Justiça daqueles que, sem eles, estavam impossibilitados de alcançá-lo.

Sob o fundamento de que a exclusão do incapaz é incompatível com a disciplina dos juizados federais, cuja lei de regência (Lei 10.259/2001), no art. 6º, trata exaustivamente da questão, o Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais, em seu Enunciado nº 10, dispôs: *O incapaz pode ser parte autora nos Juizados Especiais Federais, dando-se-lhe curador especial, se ele não tiver representante constituído.*

A exclusão das pessoas jurídicas de direito público, especialmente no pólo passivo, a partir da criação dos juizados federais, passou a constituir um privilégio injustificável em favor dos entes públicos estaduais e municipais, violando a isonomia que exige que a tutela jurisdicional efetiva seja assegurada em igualdade de condições em relação a quaisquer sujeitos.

A impossibilidade de o autor se fazer representar por preposto (art. 51, I, da Lei 9.099/95⁶⁷) constitui uma violação da garantia do acesso à Justiça, não só para pessoas enfermas, idosas, deficientes ou com dificuldades especiais, mas para qualquer pessoa que seja, como normalmente é o autor, um litigante eventual, que tem de abandonar os seus afazeres para comparecer em Juízo.

3.3. Extinção do processo. A simplicidade e informalidade dos juizados provavelmente significava para os seus idealizadores que nos respectivos processos predominasse a forma oral, reduzidos à forma escrita, resumidamente, apenas os atos considerados essenciais (Lei 9.099/95, art.13, § 2º). Entretanto, a tendência burocrática e cartorial à adoção da forma escrita, que largamente predomina no processo ibero-americano, conforme constatação correta de Cappelletti⁶⁸, acabou por sobrepor-se à proposta inicial, que deixou vestígios em dispositivos como os do art. 51, incisos II e III, que determinam que o processo seja extinto, se o juiz reputar inadmissível o procedimento do juizado ou se reconhecer a sua incompetência territorial.

Com a extinção do processo, perdem-se todos os atos do processo e fenecem todos os efeitos da citação, o que implica para o autor o dano de voltar, muitas vezes após longos meses de espera, à mesma situação em que se encontrava antes do ajuizamento da demanda. Aparentemente, essa orientação do legislador não implicaria em violação de qualquer garantia fundamental do processo, constituindo medida de pura opção do legislador infraconstitucional.

Entretanto, em recente estudo⁶⁹, procurei demonstrar que o acesso à justiça como direito fundamental somente é assegurado plenamente se a pluralidade de procedimentos e de juízos competentes não constituir obstáculo à continuidade do processo iniciado, aproveitando-se ao

⁶⁷ V. o Enunciado 20 do FONAJE: O comparecimento pessoal da parte às audiências é obrigatório. A pessoa jurídica poderá ser representada por preposto.

⁶⁸ Mauro Cappelletti, *Procédure orale et procédure écrite*, ed. Giuffrè, Milano, 1971.

⁶⁹ *A translatio iudicii e a reassunção do processo*, in *Revista de Processo*, ano 33, nº 166, dezembro de 2008, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 9-26.

máximo, no procedimento adequado ou no juízo competente, os atos anteriormente praticados no procedimento inadequado ou no juízo incompetente.

Ali ressaltei que a instalação de justiças especializadas ou de procedimentos mais céleres não pode criar na administração da justiça microssistemas herméticos e estanques. A unidade da jurisdição exige que todos os órgãos jurisdicionais operem no sentido de assegurar a máxima eficácia à tutela jurisdicional dos direitos, colaborando uns com os outros para que a jurisdição se exerça de forma legítima ou com o maior proveito possível para os jurisdicionados. Cooperação deve existir não apenas entre os sujeitos do processo, mas também entre todos os órgãos jurisdicionais que forem chamados a desempenhar qualquer atividade no processo, pois todos são detentores do poder jurisdicional do Estado e, por isso, plenamente aptos a praticar com eficácia todos aqueles atos processuais que não dizem respeito à esfera específica de competência de cada um, mas que são comuns a todos os órgãos jurisdicionais.

O processo é meio e não fim em si mesmo, meio válido e apropriado de exercício da jurisdição, que tem por escopo a tutela das situações jurídicas de vantagem agasalhadas pelo ordenamento. Quando o juiz extingue o processo sem resolução do mérito, frustra a realização da finalidade da jurisdição, pois não provê à tutela do direito material das partes. Por isso, o sistema processual deve favorecer os juízos de mérito e não exacerbar requisitos e condições prévios que dificultem o acesso à tutela do direito material. O acesso à justiça somente se concretiza através de provimentos de tutela do direito material das partes e não através de provimentos restritos a questões de conteúdo meramente processual.

Se as partes preenchem as condições da ação, ou seja, se elas evidenciam o seu direito à tutela do direito material, o sistema processual deve facilitar e favorecer que a atividade jurisdicional se exerça de modo útil e proveitoso para elas, não criando obstáculos irrazoáveis aos provimentos de mérito. A incomunicabilidade de jurisdições e de procedimentos acarreta uma inaceitável redução da efetividade da tutela jurisdicional, o que viola a garantia inscrita no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição brasileira.

Nos juizados especiais, os dispositivos que impedem a continuidade do processo em razão da inadequação do procedimento ou da incompetência relativa violam a garantia da tutela jurisdicional efetiva inscrita no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, ou, no mínimo, devem ser considerados revogados pelo subsequente advento da garantia da celeridade, introduzida no inciso LXXVIII do mesmo artigo, através da Emenda Constitucional nº 45/2004.

3.4.Redução da oralidade. Todos têm direito a um diálogo humano e público com o juiz da causa, como instrumento de autodefesa, podendo exigí-lo antes do julgamento, mesmo que o procedimento adotado e as circunstâncias da causa não revelem a necessidade de provas orais. Esse direito à audiência oral integra a garantia do contraditório participativo (Constituição, art. 5º, LV), compondo o direito de influir eficazmente na decisão da causa. Nos juizados, essa garantia é mitigada pela possibilidade de que as audiências de conciliação e de instrução sejam dirigidas por conciliador ou juiz leigo, cabendo a este proferir a decisão, que fica sujeita apenas à homologação do juiz togado. Esse distanciamento ainda maior ocorre nos juizados federais, nos quais a audiência

tem sido considerada facultativa e nos quais tem sido utilizado o sistema do julgamento em lotes dos chamados processos repetitivos⁷⁰.

Há uma equivocada compreensão do contraditório participativo e da oportunidade de diálogo humano a ela inerente, instaurada na audiência, agravada pelas inúmeras hipóteses em que, na ausência de advogado, somente o contacto pessoal entre as partes e o juiz vai revelar com precisão o conteúdo das pretensões formuladas.

3.5. Redução do direito de defender-se provando. Um dos elementos mais importantes do contraditório participativo e da ampla defesa que o integra é o direito de cada uma das partes de propor e de produzir todas as provas que possam ser necessárias ou úteis à demonstração da procedência das suas alegações. Nos juizados esse direito sofre pelo menos duas profundas restrições (Lei 9.099/95, arts. 34 e 35): a limitação a três do número de testemunhas que cada uma das partes pode arrolar; e a redução da prova pericial ao depoimento oral de técnicos da confiança do juiz⁷¹.

3.6. A autorização a julgamentos de equidade. No Estado de Direito que promete ser o guardião dos direitos dos cidadãos, não pode a lei processual sujeitar qualquer litigante em qualquer causa, sem a sua voluntária adesão, a julgamentos por equidade, que significa a autorização ao julgador para adotar a solução que lhe pareça mais justa, ainda que tenha de desprezar a lei e os direitos subjetivos por ela agasalhados. A idéia de uma justiça de pequenas causas construída sobre juízos de equidade se harmoniza com a preponderante função pacificadora das *small claims courts* do direito anglo-americano, compostas preponderantemente por juízes leigos efetivamente representativos das comunidades no seio das quais se travam as controvérsias por elas solucionadas. A essa concepção se afinam os conceitos de *justiça coexistencial* difundido por Cappelletti e de *justice de proximité* dos franceses.

Importamos, através do art. 6º da Lei 9.099/95, a autorização para os julgamentos por equidade nos juizados especiais, que em nada se assemelham, salvo quanto à presumível menor complexidade das causas, às *small claims courts*, à *justiça coexistencial* ou *de proximité*, pois os magistrados que presidem os juizados são juízes profissionais e as controvérsias por eles decididas não se circunscrevem ao âmbito de comunidades de convivência, a que Cappelletti denominou, invocando categoria da sociologia, de *instituições totais*⁷². É a preservação desses elos de solidariedade entre os membros de determinadas comunidades, das quais não podem eles afastar-se

⁷⁰ Resolução 259, de 21 de março de 2005, da lavra do Presidente do TRF da 3ª Região, art. 19: “A Secretaria de cada Juizado, quando da apresentação do pedido no atendimento, independentemente de autuação ou distribuição a magistrado, designará as datas de perícias e de audiência de conciliação, instrução e julgamento, essa última respeitando o prazo de trinta dias a contar da citação, nos termos do art. 9º da Lei n. 10.259/01. (...) § 4º. No caso de sentenças por lote ou de matéria exclusivamente de direito, sem audiência ou cálculo, o processo será distribuído e publicada a sentença, em Secretaria, em até trinta dias da apresentação da contestação ou, quando sujeita a cálculo prévio, a sentença será publicada, em Secretaria, em até trinta dias da apresentação do cálculo submetido ao juiz.”

⁷¹ V. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p.803.

⁷² Mauro Cappelletti, “Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas”, in *Revista de Processo*, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, pp. 127-143.

a não ser com grandes prejuízos à sua qualidade de vida, que depende fundamentalmente da harmonia entre eles, que justifica a preferência pelas soluções conciliadoras e pelos juízos de equidade, mais do que as decisões que dão a cada um o que é seu. Ora, esses pressupostos não se verificam nos nossos juizados. Portanto, para que o art. 6º receba uma interpretação conforme à Constituição, em face da falta de legitimidade política dos juizados e da falta de livre adesão a esse sistema por um ou por ambos os litigantes, é preciso reduzi-lo a uma repetição do disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja, interpretá-lo não como autorizativo de decisões contrárias à lei, mas sugestivo da revelação do seu conteúdo através do método teleológico e da subordinação do seu alcance ao interesse geral da coletividade.

Ocorre que, numa estrutura judiciária eminentemente profissional, composta por juízes técnicos, porta-vozes da vontade da lei, o controle da legalidade das suas decisões por tribunais de âmbito nacional é também uma garantia fundamental do processo, conforme apontado por Morello e Comoglio, no estudo anteriormente citado, porque somente esse controle é capaz de assegurar a igualdade de tratamento de todos os cidadãos e a uniformidade das decisões judiciais.

Jurisdição de equidade é perfeitamente compatível com o Estado constitucional, desde que decorrente de uma das duas seguintes condições, que não se apresentam nos juizados brasileiros: livre adesão dos litigantes, como ocorre na arbitragem de equidade (Lei 9.307/96, art.2º); ou justiça da comunidade, exercida em relação aos seus próprios pares por juízes leigos com investidura democrática⁷³.

3.7. O patrocínio facultativo por advogado. As regras do art. 9º, §§ 1º e 2º da Lei 9.099/95 não são suficientes para assegurar a paridade de armas, no caso da parte que se defende sem advogado, o que afronta as garantias do contraditório e da ampla defesa em condições de igualdade. Essa é uma constatação intuitiva, que todo juiz ou advogado que milita em juizados faz imediatamente, e que se evidencia sempre que uma das partes tem o patrocínio de advogado e a outra não. O § 1º do art. 9º põe à disposição da parte sem patrono o serviço de assistência judiciária, *se quiser*. Já o § 2º determina que o juiz apenas alerte as partes da conveniência do patrocínio por advogado. Isso significa que, se o juiz constatar que a parte não tem condições de se defender sem advogado e se ela não atender à sua advertência, ela efetivamente permanecerá em posição de franca desvantagem em relação ao seu adversário e a única forma de suprir essa inferioridade será o juiz abrir mão da sua imparcialidade e tornar-se de fato o defensor do mais fraco. Ora, por mais especial que seja a justiça do juizado, a imparcialidade do juiz, no sentido de *alteridade* ou *alienidade* em relação às duas partes e ao objeto do seu julgamento, é indissociável de qualquer conceito de jurisdição.

A ausência do advogado é particularmente significativa na conciliação, especialmente quando ela transcorre sem a presença do juiz, pela absoluta desproteção a que é relegado o litigante, confrontado a um adversário assistido por competente advogado e a um conciliador carente de formação e, em geral, ávido de obter o maior número possível de acordos, que são normalmente apontados como indicativos da excelência da sua atuação.

⁷³ É forçoso reconhecer que a doutrina é polêmica a respeito do alcance do art. 6º, quanto à autorização para decidir por equidade, entretanto é inquestionável que o seu texto tem servido para exacerbar o abandono de regras geralmente aplicáveis à jurisdição civil, sob a justificativa dos fins sociais do microsistema dos juizados.

A imposição da presença do advogado, e não apenas o conselho para constituí-lo, nas hipóteses em que a parte não apresenta condições de exercer por si a sua própria defesa e se confronta com a atuação de advogado que patrocina os interesses do seu adversário, poderia remediar essa desigualdade, sem comprometer a imparcialidade do juiz.

3.8. Audiência bilateral reduzida. É sabido que a audiência bilateral (*audiatur et altera pars*) é uma das principais regras decorrentes da garantia constitucional do contraditório. Nada o juiz deve decidir no processo, sem que ambas as partes tenham tido previamente a oportunidade de se pronunciar e, conseqüentemente, de influir eficazmente na decisão. Ora, a audiência bilateral exige que as partes disponham de prazos razoáveis para se manifestarem no processo a respeito de qualquer questão. Nesse aspecto, a Lei 9.099, nos seus artigos 28 e 29, coloca o autor em posição de extrema inferioridade, em relação ao seu adversário. Enquanto o réu pôde preparar a sua contestação durante prazo bastante razoável, o autor dela toma conhecimento na audiência de instrução e julgamento e nessa mesma audiência é obrigado a pronunciar-se sobre a defesa do réu e sobre os documentos a ela anexados, para que o juiz decida de imediato qualquer questão incidente. Há uma flagrante desigualdade de tratamento e a sujeição do autor aos efeitos de decisões nas quais não teve a oportunidade efetiva de influir.

3.9. Deficiência de fundamentação. A cognição do julgador nos juizados se caracteriza por extrema superficialidade, sendo extremamente limitada, tanto no juízo de primeiro grau, quanto nas turmas recursais. Os depoimentos orais não são reduzidos a escrito (art.36), sendo apenas referidos na sentença nos pontos por ela considerados essenciais. O seu reexame pela turma recursal fica restrito à reapreciação das apreciações do próprio julgador de primeiro grau, sem necessário acesso ao conteúdo dos depoimentos. A sentença de 1º grau não contém relatório (art. 38), que integra com a motivação a garantia constitucional da fundamentação, pois é através dele que o juiz evidencia ter exercido efetiva cognição sobre todos os atos do processo, todas as alegações das partes e todas as provas. O juiz togado homologará a sentença do juiz leigo sem ter tido qualquer contacto humano com as partes e com as provas (art. 40). O julgamento da turma recursal pode consistir em simples súmula, quando confirmatório da sentença de 1º grau (art. 46).

Não é ocioso recordar aqui as manifestações candentes da doutrina e da jurisprudência constitucional sobre a importância da motivação e sobre o conteúdo que a compõe⁷⁴. Todo provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentando justificação suficiente do seu conteúdo e evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes. O contraditório participativo se completa na fundamentação das decisões, na medida em que nelas o juiz demonstra que de fato levou em consideração toda a atividade argumentativa e probatória desenvolvida pelas partes e que, assim, estas efetivamente tiveram ampla possibilidade de influir na sua decisão. Por outro lado, o controle da justiça da decisão, seja ele o que as partes efetuam, através da interposição dos recursos, seja o que as instâncias superiores exercem no seu julgamento, seja o controle social que a coletividade exerce, tomando conhecimento das decisões nas causas que a ela interessam e verificando a consistência da sua motivação, pressupõe que todas as questões relevantes tenham

⁷⁴ V. o meu estudo sobre *Garantias*, anteriormente citado, assim como o meu *Resumo do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile (CEDAM, Padova, 1975)*, 2005, in *Revista de Processo*, ano 32, n° 144, fevereiro de 2007, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pp.306-327.

sido adequadamente conhecidas, examinadas e apreciadas pelo juiz da causa. Não basta uma fundamentação racionalmente coerente.

4. Paradoxal estabilidade das decisões. Os tópicos acima assinalados, aos quais outros poderiam ser acrescentados se descêssemos à análise dos enunciados dos fóruns dos juizados nacionais e de alguns juizados estaduais, são suficientes para demonstrar que o microsistema dos juizados especiais é uma justiça a parte, na qual as garantias fundamentais do processo não são respeitadas, porque neles prevalece a busca por decisões simples, rápidas e de baixo custo para as partes e para a própria administração da Justiça. A previsão constitucional os agasalha, mas, por si só, não é suficiente para justificar tantas violações a garantias fundamentais, quase todas elas inscritas como direitos fundamentais de todos os cidadãos no próprio texto constitucional.

No entanto, é paradoxal que, apesar desse déficit garantístico, as decisões dos juizados aparentemente gozem de muito mais estabilidade do que as de quaisquer outros juízos. Com efeito, a inexistência de recurso contra as decisões interlocutórias, salvo contra o deferimento de medidas cautelares nos juizados federais (Lei 10.259/2001, arts. 4º e 5º), a inexistência de recurso para os tribunais de 2º grau e para o STJ por violação da lei federal, o reexame restrito das sentenças pelas turmas recursais em cognição de 2º grau manifestamente sumária (Lei 9.099/95, arts. 36 e 46), a vedação da rescisória (Lei 9.099/95, art.59), e a vedação de recurso contra as decisões terminativas nos juizados federais (Lei 10.259/2001, art. 5º) suprimem os principais mecanismos de controle do arbítrio dos juízes de 1º grau, especialmente diante dos amplos poderes discricionários de condução do processo, de comunicação informal com as partes e com os advogados (art.13, § 2º e art.19), de registro resumido do conteúdo dos atos (art. 13, §3º), de deferimento e produção de provas (arts. 33 e 40), de delegação da instrução a juiz leigo (art.37) e de julgamento por equidade (art.6º).

Por outro lado, é digno de nota que em nenhum dispositivo as Leis 9.099/95 e 10.259/2001 mencionam a formação da coisa julgada nas causas decididas pelos juizados. A expressão “trânsito em julgado” é utilizada nos arts.13, § 3º, 52, incisos III e IV, da Lei 9.099, e 16 e 17 da Lei 10.259, claramente no sentido de decisão não mais sujeita a recurso e não propriamente de coisa julgada como imutabilidade da sentença ou dos seus efeitos de direito material.

5. A cognição sumária e as exigências da vida moderna. O processo de conhecimento sistematizado no racionalismo científico da doutrina e das codificações da primeira metade do século XX caracterizou-se pela amplitude de formas e de prazos, pela rigidez do procedimento, pela subordinação do juiz em suas decisões a critérios de estrita legalidade, sempre em busca de juízos de certeza jurídica que sepultassem as controvérsias com a autoridade da coisa julgada. *Res judicata pro veritate habetur.*

Não foram poucas as críticas a esse modelo pesado e inflexível de processo judicial, que se revelou incapaz de atender aos anseios de tutelas de urgência e de soluções, ainda que menos seguras, porém mais rápidas, estabilizando razoavelmente as relações jurídicas controvertidas de modo mais compatível com a própria velocidade da vida moderna. Em muitos sistemas processuais foram criados ou recriados procedimentos de cognição sumária para atender às mais diversas exigências da sociedade.

Na clássica obra sobre a cognição no processo civil, Kazuo Watanabe ressaltou⁷⁵:

“O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção, que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no *plano processual*, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso”.

Num ensaio recente, Andrea Proto Pisani, um dos mais destacados impulsionadores dessa tendência, observou que

“...o século XX passará à História como o período em que a legislação e a doutrina processuais desenvolveram uma série de instrumentos (alguns de origem antiqüíssima, provenientes do direito comum e da Idade Média), destinados a tornar residual o processo de cognição plena no sistema de tutela jurisdicional dos direitos entendido em seu conjunto”⁷⁶.

Luiz Fux assinalou a importância da obra de Proto Pisani na demonstração de que não existe uma forma única de tutela jurisdicional ideal para todas as situações jurídicas e constatou que o princípio da efetividade, que procura estruturar o processo sob o prisma da sua utilidade social, determinou a busca de técnicas que conferissem ao cidadão uma tutela tempestiva e justa⁷⁷.

A sumariedade temporal, no sentido de redução do tempo do processo, através de um procedimento concentrado, não é incompatível com a cognição exauriente, desde que todas as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento do pedido possam ser suscitadas, debatidas e demonstradas por todos os meios úteis, em contraditório que possibilite às partes influir amplamente e com paridade de armas na decisão final.

Entretanto, a tutela tempestiva e adequada de muitas situações jurídicas tem determinado a criação de procedimentos sumários de cognição não exauriente ou sumária, em que da limitação de garantias ou de possibilidades de defesa podem redundar: i) ou decisões provisórias, como na tutela cautelar ou antecipatória, revogáveis ou modificáveis a qualquer tempo; ii) ou decisões definitivas dotadas da mesma estabilidade das alcançadas através da cognição exauriente, quando as referidas limitações não prejudicaram a efetiva cognição de todas as questões relevantes, como, por exemplo, no mandado de segurança julgado procedente, pois a limitação probatória não impediu o reconhecimento do direito do impetrante, porque não havia controvérsia sobre matéria de fato ou esta se reduzia à apreciação da prova documental pré-constituída; iii) ou um *non liquet*, porque a limitação cognitiva impediu qualquer juízo de probabilidade minimamente confiável sobre o direito material controvertido, como ocorre no mandado de segurança denegado por falta de direito líquido e certo, ou seja, porque há controvérsia essencial sobre questões de fato e o procedimento não possibilita dilação probatória; iv) ou um juízo definitivo sobre a procedência ou improcedência do pedido, fundado em razoável juízo de probabilidade da existência e da titularidade do direito material reconhecido a uma das partes, plenamente eficaz na regulação da relação jurídica controvertida, mas sujeito a ser anulado através de um outro procedimento de cognição exauriente, revestido de todas as garantias.

⁷⁵ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2ª ed., Bookseller, Campinas, 2000, p.143.

⁷⁶ Andrea Proto Pisani, “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.

⁷⁷ Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, ed., Forense, Rio de Janeiro, 2001, p.1085.

Em alguns sistemas processuais, como no procedimento monitório alemão, a possibilidade ou não de revisão do julgado em outro procedimento de cognição exauriente é determinada pelo juiz no momento do julgamento da ação de cognição sumária, através do que se denomina a *condenação com ressalva* (ZPO, § 599)⁷⁸. Imagine-se que num mandado de segurança, por hipótese, havendo controvérsia fática não solucionável no procedimento tipicamente documental, o juiz decidisse a causa apenas com os documentos produzidos, julgando-a procedente ou improcedente, e ressalvasse ao vencido anular a decisão em outra ação que lhe caberia propor, caso avaliasse positivamente a probabilidade de um resultado diverso, na qual se dispusesse a produzir todas as demais provas que poderiam infirmar a anterior conclusão.

6.A tutela jurisdicional diferenciada. A essa multiplicidade de procedimentos e de mecanismos de tutela adequados à diversidade das situações de direito material que o processo civil tem engendrado, Proto Pisani denominou genericamente de *tutelas jurisdicionais diferenciadas*, que podem ser procedimentos de cognição exauriente adaptados às peculiaridades da relação jurídica de direito material controvertida, ou procedimentos de cognição sumária, que acentuam a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional de determinadas situações jurídicas⁷⁹.

Humberto Theodoro Júnior e José Roberto dos Santos Bedaque também adotam essa dupla significação⁸⁰. Cândido Dinamarco prefere associar o conceito à proteção por via jurisdicional “mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária”⁸¹.

Na doutrina contemporânea há outros conceitos de tutela diferenciada, que procuram vinculá-la à outorga ao juiz da responsabilidade de dar especial proteção a determinados direitos fundamentais que merecem tratamento privilegiado. Roberto Berizonce reconhece que o direito processual procura acomodar-se à escala de valores predominante na comunidade numa época determinada. Outrora foram os tradicionais meios de tutela da propriedade (interditos, ações possessórias) ou das relações mercantis (títulos executivos), aos quais se acrescentam atualmente as tutelas diferenciadas dos direitos do trabalho, da seguridade social, da intimidade, da dignidade humana, da saúde, do meio ambiente, mas alerta para os perigos dessa proliferação de meios de tutela, que, a pretexto de compensar desequilíbrios sociais e de proteger os mais fracos, acabaria por criar um processo *sui generis* para cada cidadão ou esbarraria no conflito de direitos fundamentais⁸².

Não divergem os autores em que a criação de procedimentos de cognição sumária, ou seja, não exauriente, para a tutela efetiva e célere de determinadas situações jurídicas que, sem eles frequentemente ficariam privadas de proteção, em razão dos obstáculos econômicos, burocráticos e

⁷⁸ Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, ed. Carolina Academic Press, Durham, 2004, p.426.

⁷⁹ Andrea Proto Pisani, “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”, in *Rivista di Diritto Processuale*, ed. CEDAM, Padova, 1979.

⁸⁰ Humberto Theodoro Júnior, “As liminares e a tutela da urgência”, in *Tutela jurisdicional de urgência – medidas cautelares e antecipatórias*, 2ª ed., América-Jurídica, Rio de Janeiro, 2001, p.4; José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p.25.

⁸¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p.768.

⁸² Roberto O. Berizonce, “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, in *Revista de Derecho Procesal*, 2008-2, Tutelas procesales diferenciadas – I, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp.35-49.

temporais ao acesso à justiça, constitui uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada. Cumpre examinar se os juizados especiais constituem ou não um procedimento de cognição não exauriente e, em caso positivo, que conseqüências daí podem decorrer em face das apontadas reduções de eficácia de garantias fundamentais.

7.A cognição não exauriente. Apesar das limitações cognitivas impostas pelo procedimento dos juizados especiais, a doutrina dominante tem insistido em considerá-lo um procedimento de cognição plena e exauriente⁸³. Kazuo Watanabe assevera que o processo dos juizados especiais, “apesar da extrema simplicidade, informalidade e celeridade”, “é de cognição plena e exauriente, apto portanto à formação da coisa julgada material, e não processo de cognição superficial”⁸⁴. Entretanto, o mesmo autor reconhece, em seguida⁸⁵,

“que as limitações ao direito do contraditório e, por via de conseqüência, da cognição do juiz, sejam estabelecidas em lei processual ou em lei material, se impossibilitam a efetiva tutela jurisdicional do direito contra qualquer forma de denegação da justiça, ferem o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e por isso são inconstitucionais”.

Mas é importante a advertência do mestre sobre a necessidade de estudar o processo “enquanto previsão da lei, vale dizer, no plano abstrato”, que vai permitir verificar se ele atende à cláusula do devido processo legal que inclui, ao lado do contraditório e de outras garantias, o direito “à cognição adequada”⁸⁶.

Seguindo esse ensinamento, examinemos as condições propostas por Proto Pisani para que um procedimento possa propiciar uma cognição exaustiva. No estudo de 2008, acima citado⁸⁷, no qual reproduz quase literalmente o texto das suas *Lezioni*⁸⁸, o Autor aponta as duas características essenciais do que denomina a cognição plena: 1) a predeterminação legal das formas e dos prazos, assim como dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz, especialmente com referência à proposição de demandas, exceções e fatos que constituem o seu fundamento; à fixação dos meios de prova, à predeterminação das modalidades da sua produção e dos sujeitos que podem tomar a iniciativa de produzi-las; aos prazos de defesa das partes na fase introdutiva, no curso do processo e na fase decisória; 2) a realização plena do contraditório em forma antecipada, para que o provimento final do juiz somente seja proferido depois que tenha sido garantida a ambas as partes a possibilidade de fazer valer todas as próprias defesas (exceções, proposições probatórias, demandas reconventionais). Como conseqüência dessas características, ao acertamento contido na sentença é atribuída a autoridade da coisa julgada substancial. A predeterminação minuciosa do modo de realização do contraditório e a sua efetivação em forma plena e antecipada é que fazem que o pronunciamento final do juiz adquira a imutabilidade da coisa julgada.

Nos juizados especiais, parece-me que os defeitos apontados nos itens 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8 e 3.9 são suficientes para evidenciar que ambas as partes, no seu procedimento, sofrem substancial redução nas possibilidades de exercício da sua defesa e de influir eficazmente na decisão final. Com

⁸³ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, 2ª ed., DPJ Editora, São Paulo, 2006, p.87.

⁸⁴ Kazuo Watanabe, ob.cit., p.115.

⁸⁵ Ob.cit., p.118.

⁸⁶ Idem, p.124.

⁸⁷ Andrea Proto Pisani, “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.

⁸⁸ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Jovene, Napoli, 2006, p.546.

efeito, a redução da oralidade, a redução do direito à prova, a autorização a julgamentos de equidade, a desigualdade das partes quando apenas uma delas é defendida por advogado, a audiência bilateral reduzida pela exigüidade de prazos e as deficiências de fundamentação das decisões sacrificam a cognição adequada à tutela jurisdicional efetiva dos direitos em jogo, em benefício da facilitação do acesso à justiça e da celeridade.

Nem na arbitragem, em que ambas as partes definem de comum acordo as regras a serem observadas no seu processo, podem elas abrir mão do contraditório, da igualdade das partes (Lei 9.307/96, art. 21, § 2º) e da exaustiva fundamentação da decisão (art. 26), garantias a que não podem ambas as partes renunciar previamente. O que dizer do regime dos juizados estaduais, em que a opção por esse procedimento é apenas do autor, não do réu; ou dos juizados federais, em que o procedimento dos juizados é obrigatório, não sendo objeto de livre opção nem do autor, nem do réu?

8. Os juizados como tutela diferenciada. Se o procedimento dos juizados fosse o procedimento comum aplicável a todos os tipos de causas, eu não teria dúvida de considerá-lo absolutamente inconstitucional por todos os defeitos enumerados no item 3 acima que, aliás, não constituem um rol exaustivo. Nesse caso, para salvá-lo somente haveria uma solução: ordenar os juizados, o que sacrificaria os objetivos que determinaram a sua criação, que foram a facilitação do acesso à justiça em favor de pessoas e causas que dele estavam alijadas e a celeridade. Parece que o grande sonho dos que o idealizaram, que não merecem críticas por isso, ao contrário, foi o de que os métodos e as simplificações dos juizados pudessem influir no processo civil comum e afinal incorporar as suas características ao próprio processo comum, o que hoje pareceria inteiramente fora de propósito, pela distância em que se encontram os juizados de um procedimento de cognição adequada e plenamente garantístico.

Entretanto, parece-me que boa parte dos déficits garantísticos dos juizados podem ser absorvidos sem comprometê-lo, se compreendermos esse procedimento como uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada. Como vimos acima, uma das características da tutela jurisdicional diferenciada é a de prover especificamente ao acesso à justiça em determinados tipos de relação jurídica que, sem ela, ficariam alijados desse acesso. Para as causas de pequena complexidade, o custo, a morosidade e as exigências formais do procedimento ordinário são barreiras intransponíveis. Os números já demonstraram que, através dos juizados, o Poder Judiciário passou a atender a uma enorme gama de situações jurídicas e de pessoas que não tinham acesso à tutela de pequenos direitos.

Encarar os juizados como uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada permite aceitar muitos dos seus déficits garantísticos, como necessários para que ele alcance os seus objetivos. Há uma perda de qualidade, há uma cognição incompleta, não exaustiva, as partes não têm as mesmas amplas faculdades de propor e produzir alegações e provas, de travar com o juiz um permanente diálogo humano e o juiz não precisa demonstrar que examinou e levou em consideração toda a atividade postulatória, argumentativa e probatória das partes. Mas em compensação, os juizados resolvem satisfatoriamente muitos litígios que, sem eles ficariam sem solução jurídica, nos quais acabava por prevalecer a vontade do mais forte.

9. *A limitação da coisa julgada.* A renúncia ao mais elevado patamar garantístico, em favor da facilitação do acesso à justiça, da simplicidade do procedimento e da celeridade, tem um preço necessário, que preserva os juizados, mas não priva o vencido do direito a um processo com todas as garantias, se num processo ulterior de cognição exaustiva puder demonstrar que perante o juizado não pôde exercer plenamente a sua defesa e que tem a apresentar argumentos ou provas, que, pela superficialidade da cognição, não puderam ser apresentados ou não foram devidamente considerados. Isto significa que a sentença no juizado não pode ter a mesma estabilidade da coisa julgada no processo de conhecimento de cognição exaustiva. Essa, aliás, é uma conseqüência natural das modalidades de tutela diferenciada caracterizadas pela cognição sumária.

Muitos sustentam que a coisa julgada é uma criação do legislador, ou seja, que a lei pode atribuir a imutabilidade dos efeitos da sentença por opções de política legislativa, mesmo sem cognição exaustiva, como fez o Código de 73, por exemplo, com a homologação da transação, por ele definida como sentença de mérito (art. 269, III) e título executivo judicial (art. 584, III, substituído pelo art. 475-N, III). Assim, não havendo na legislação especial relativa aos juizados qualquer regra especial sobre a coisa julgada e aplicando-se subsidiariamente ao seu procedimento as disposições do Código de Processo Civil, a sentença nos juizados é um título executivo judicial que faz coisa julgada como qualquer sentença proferida no processo civil de conhecimento⁸⁹.

Não é este o momento de comentar a técnica de redação adotada pelo Código de 73, mas apenas observo que as sentenças nos procedimentos de jurisdição voluntária resultam muitas vezes de processos de conhecimento, são títulos executivos judiciais e, no entanto, não fazem coisa julgada. A equiparação da transação à sentença vem de uma tradição medieval (*confessus pro judicato habetur*), aliás, reproduzida até no Código Civil de 1916 (art. 1.030), e, não obstante o disposto no art. 485, VIII, do CPC, a jurisprudência tem admitido ação anulatória, independentemente de rescisória, quando o defeito apontado se encontra no próprio acordo, e não na sentença que o homologou.

Vem se solidificando na doutrina, entretanto, o entendimento de que a coisa julgada somente pode ser estabelecida em relação a sentenças que resultaram de procedimentos de cognição exauriente. Assim, Eduardo Talamini observa que a lei não pode atribuir a autoridade da coisa julgada a pronunciamentos emitidos sem a observância do contraditório e a presença de cognição exauriente⁹⁰.

Citando Flávio Yarshell⁹¹, com o qual concorda, no sentido de que não é inconstitucional a proibição da ação rescisória no regime dos juizados especiais, Talamini discorda do professor paulista para admitir o mandado de segurança como via adequada para a revisão das decisões finais dos juizados⁹². Alexandre Freitas Câmara sustenta a admissibilidade da querela de nulidade, nas mesmas hipóteses de rescisória, apenas com juízo rescindente, não rescisório, da competência do juízo comum e com o mesmo prazo decadencial do art. 495⁹³.

⁸⁹ Cândido Dinamarco, por exemplo, embora reconheça que, por vários modos, a profundidade da cognição é limitada nos juizados, considera que essas restrições não interferem na segurança da decisão, à qual se aplicam todas as disposições sobre a coisa julgada do Código de Processo Civil (*Instituições*, vol. III, pp.803 e 841-842).

⁹⁰ Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, pp.53-54.

⁹¹ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, 2ª ed., DPJ Editora, São Paulo, 2006, p.88.

⁹² Ob. cit., p. 523.

⁹³ Alexandre Freitas Câmara, *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais – uma abordagem crítica*, 5ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, pp. 164-168.

Com a devida vênia dos que pensam em contrário, o problema não está em saber se existe ou não a previsão legal de uma ação típica para desconstituir a sentença final proferida no juizado especial, em face da vedação expressa à ação rescisória, pois, de acordo com o inciso XXXV do art. 5º da Constituição, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, mas de saber se existe ou não coisa julgada, porque se esta existe não há mais de falar-se em lesão ou ameaça a direito, porque o direito das partes será aquele que a sentença declarou.

Os fundamentos da tutela diferenciada (simplicidade, celeridade e facilitação do acesso à justiça para conflitos que versem sobre relações jurídicas de menor complexidade) justificam um processo com menos garantias, 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, pois, repito, se o Estado de Direito não oferecer ao titular do direito material o meio adequado de demonstrar a sua existência e de obter a sua proteção através de uma cognição adequada, estará descumprindo as promessas constantes do referido inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna e recusando a eficácia concreta e imediata dessa garantia e de quaisquer outros direitos fundamentais cuja tutela possa ser posta em jogo perante os juizados (art. 5º, § 1º).

Examinando a correlação entre a tutela sumária e as garantias fundamentais do processo, Lucio Lanfranchi assevera que nenhum procedimento de cognição sumária pode exaurir-se em si mesmo, sem oferecer ao prejudicado a possibilidade de defender-se num momento posterior, no qual a demanda judicial seja submetida a um juízo de cognição plena e a execução provisória da sentença seja suscetível de suspensão ou de revogação⁹⁴.

10. O meio adequado de revisão. Embora não me preocupe a tipicidade da ação cabível para a revisão do julgado no juizado, mesmo porque me parece que o direito à ação de revisão decorre da própria Constituição, podendo ser utilizado mais de um procedimento, aquele que parecer ao prejudicado mais adequado de acordo com o fundamento do pedido de revisão, considero perfeitamente admissíveis, para resolver a maior parte das situações, o mandado de segurança e a ação anulatória do artigo 486 do CPC. Se a controvérsia for exclusivamente de direito, o mandado de segurança pode oferecer solução mais rápida. Mas certamente não se prestará às hipóteses em que o prejudicado necessite produzir provas inartificiais, como a prova testemunhal, pela limitação quanto à extensão cognitiva a que está sujeito o mandado de segurança.

Em qualquer hipótese, parece-me que a ação de revisão será, em caráter principal, uma ação de anulação de ato jurídico. A preclusão de todos os meios de impugnação no processo em que foi proferida torna a sentença do juizado anulável através de ação autônoma de impugnação, em todos os casos em que nulo ou anulável é qualquer ato jurídico, nos termos da lei civil. Os motivos de nulidade do ato jurídico em geral, são reputados motivos de anulabilidade da sentença que, pela preclusão ou esgotamento de todos os recursos no processo em que foi proferida, produzirá todos os efeitos válidos, como ato de vontade do Estado, enquanto não for desconstituída por uma nova sentença em procedimento de cognição exaustiva (Código Civil, art.177).

A sentença que for impugnada pelo cerceamento da amplitude da prova, de outro elemento componente de uma garantia fundamental do processo ou pela violação do princípio da legalidade,

⁹⁴ Lucio Lanfranchi, *La roccia incrinata – garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, 2ª ed., G. Giappichelli, Torino, 2004, p.66, citando Comoglio.

será anulável pela violação da garantia constitucional ou do referido princípio e, ao pedido de sua desconstituição, poderá ser cumulado o de novo julgamento da causa em cognição exauriente. Dependendo do fundamento da ação de anulação, variará o respectivo prazo decadencial (v. arts. 178 e 179 do Código Civil).

A admitir-se essa ação anulatória autônoma, dever-se-á admitir também que ela seja também proposta incidentalmente, perante o próprio juizado, através dos embargos previstos no art.52, inciso IX, da Lei 9.099/95 ou da impugnação instituída pela Lei 11.232/2005⁹⁵. 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 julgada⁹⁶. Normalmente os embargos à execução, assim como a impugnação criada pela Lei 11.232/2005, são ação 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.

Fora do prazo dos embargos, não se pode excluir a hipótese de o vício da sentença ser argüido através de exceção de pré-executividade, para impedir a continuidade da execução, mas com a impossibilidade de formação de coisa julgada, em face da cognição sumária que caracteriza esse incidente⁹⁷.

Todos esses caminhos podem gerar a falsa impressão de que despir a sentença final nos juizados especiais da autoridade da coisa julgada, criará uma vulnerabilidade de tal dimensão, que tornará inócuo todo o esforço dos juizados. Esse temor já foi desmentido em todos os países que possuem procedimentos cognitivos sumários sem coisa julgada ou com uma coisa julgada mitigada. O índice de sentenças que vieram a ser impugnadas em procedimentos de cognição exauriente é mínimo. Isso certamente ocorrerá no Brasil, se o entendimento aqui defendido vier a ser adotado entre nós, porque, para anular a decisão do juizado, será necessário demonstrar: 1) que o prejudicado teve o seu direito de defesa cerceado pela violação de uma das garantias fundamentais do processo que têm eficácia reduzida nos juizados; 2) que no procedimento de cognição exauriente o prejudicado é capaz de obter uma decisão diversa daquela que o atingiu no juizado.

Assim, por exemplo, se eu alego a nulidade da sentença porque somente pude ouvir três testemunhas, terei de demonstrar: a) que eu teria outras testemunhas a inquirir; b) que, colhendo agora no procedimento de cognição exauriente o depoimento dessas outras testemunhas e somando-os aos das que foram ouvidas no procedimento perante o juizado, eu consigo evidenciar que a sentença primitiva foi injusta.

⁹⁵ Tenho entendido que, no silêncio da Lei 11.232/2005, o regime do chamado cumprimento da sentença por ela instituído se aplica aos procedimentos especiais, salvo naquilo em que estes possuem disposições expressa diversas. Por isso, me parece que o meio de defesa na execução de sentença dos juizados continua a ser o dos embargos do executado, expressamente previstos no referido art. 52, IX, da Lei 9.099.

⁹⁶ Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, vol. 2, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p.599.

⁹⁷ V. Leonardo Greco, *As ações na execução reformada*, in *Execução civil - estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior* (coord. Ernane Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp.850/867.

11. Conclusão. Neste ponto vou me deter. A redução da estabilidade das decisões não oferece remédio a todos os defeitos dos julgados especiais. Aqui mesmo aponteí outras questões, como o incumprimento da delimitação constitucional da sua competência e as exclusões subjetivas francamente violadoras da isonomia, para as quais a via da ação autônoma de impugnação certamente seria muito penosa, devendo encontrar outro tipo de solução. A questão da competência somente encontrará solução por via legislativa, a menos que o STF venha a alterar o seu atual entendimento, de que se trata de questão infraconstitucional, ou que os próprios julgados venham a acolher postulações de menor complexidade, mesmo além do rol dos arts. 3º da Lei 9.099/95 e 3º da Lei 10.259/2001. Já as exclusões subjetivas discriminatórias poderiam vir a ser impugnadas através de ação de controle concentrado de constitucionalidade, assim como serem ignoradas pelos próprios julgados, como o fizeram os julgados federais em relação ao incapaz, através do Enunciado nº 10 do FONAJEF.

A extinção do processo com fundamento nos incisos II e III do art. 51 pode ser remediada por diversas vias, como o recurso do art. 41 da Lei 9.099/95 nos julgados estaduais, ou o mandado de segurança nos julgados federais.

Em qualquer caso, a implementação de mecanismos de revisão das decisões dos julgados pela justiça civil comum certamente romperá o hermetismo desse chamado microssistema, o que será extremamente saudável para que, a par de uma justiça célere e acessível a todos, possamos dizer que temos uma justiça democrática e necessariamente igual para todos, subordinada em todos os seus meios de expressão ao princípio da legalidade.

Por outro lado, o reconhecimento de que os julgados constituem uma modalidade de tutela diferenciada apresenta pelo menos uma outra consequência que me parece extremamente positiva: a de demonstrar que o arrojo do legislador na solução do problema do crescimento do volume de causas, através da criação de procedimentos mais ágeis, mesmo com limitações cognitivas, não é uma solução pragmática que a teoria repudia, mas é perfeitamente conciliável com uma justiça de qualidade, plenamente respeitadora das garantias fundamentais do processo constitucionalmente asseguradas, desde que o intérprete seja capaz de identificar, sem medo, as reduções garantísticas impostas por esses procedimentos, daí extraindo o reflexo necessário na estabilidade das decisões e na identificação dos meios para a sua eventual correção.

Rio de Janeiro, 9 de agosto de 2009