



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

José Aurélio de Araujo

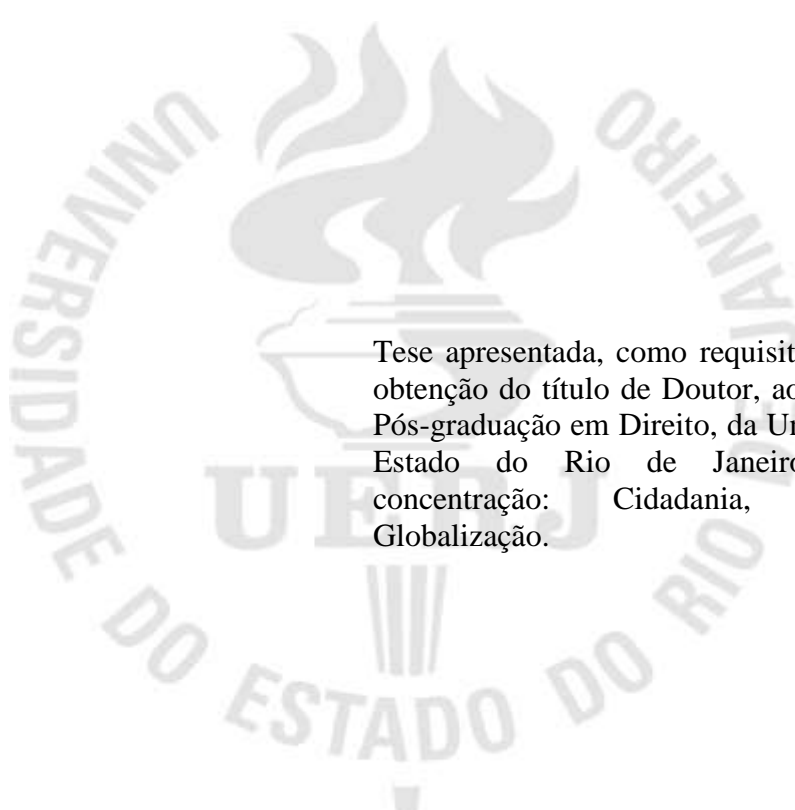
O conhecimento no processo e a coisa julgada

Rio de Janeiro

2016

José Aurélio de Araujo

O conhecimento no processo e a coisa julgada



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A663

Araujo, José Aurélio de.

O conhecimento no processo e a coisa julgada / José Aurélio de Araujo.
- 2016.

312 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Coisa julgada - Teses. 2.Processo civil –Teses. 3.Direito – Aspectos
psicológicos – Teses. 4. Cognição– Teses. I. Greco, Leonardo. II.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.953

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

José Aurélio de Araujo

O conhecimento no processo e a coisa julgada

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em: 1 de abril de 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Leonardo Greco (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Kazuo Watanabe
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Flávio Luiz Yarshell
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Marco Antônio dos Santos Rodrigues
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk
Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

Ao meu irmão José Luiz de Araujo Neto (*in memoriam*), que me ensinou a conhecer e a amar os livros e a música.

AGRADECIMENTOS

Escrevi a presente tese sob a honra e a responsabilidade de ser o último orientando formal do Professor Leonardo Greco na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. O peso dessa responsabilidade, que muitos já carregaram ao longo de todos esses anos de dedicação e generosidade do Professor, certamente não será correspondido por todo o esforço que despendi para responder à sua altitude e honestidade intelectual e humana. Ser orientando do Professor Greco corresponde a ser uma chapa forjada a ferro e a fogo por um habilidoso e insistente ferreiro – que não troca a moral pela simpatia vulgar; a honestidade pelo elogio sem merecimento; a correção pela palavra fácil e rápida; a inteligência e o trabalho pela vaidade. Quem foi seu orientando, e se dedicou plenamente a essa tarefa, sabe que o Professor Greco forja professores, juristas, pesquisadores e homens a ferro e a fogo.

Meu alento é que, em verdade, de longe eu de ser o último de seus orientandos, pois V. Exa., meu Mestre, foi *condenado* por Deus a cumprir sempre e sempre o dom e a vocação de ensinar, de orientar e de educar, pelo método de sua eterna e insuperável generosidade, compreensão e firmeza. Muitos orientandos me seguirão, certamente, e eu só espero ter a honra de continuar a ser um deles, para poder, muitas vezes mais, parar por um segundo diante daquele corredor de livros, após a carinhosa recepção da Sra. Márcia, sob as imagens das gravuras das Universidades nas quais o Professor lecionou, esperar para ser enunciado e respirar fundo na ansiedade de transpassar a porta e sorver tudo o que eu possa ter a capacidade de compreender.

Espero ter correspondido minimamente a suas expectativas com este trabalho que representa uma pequena parte de suas reflexões. O fiz sempre sob um dos ensinamentos que V. Exa. transmitia nas suas aulas, por vezes em palavras quase silenciosas, mas que todos nós saltávamos para ouvir. Essas palavras que, como muitos outros de seus ensinamentos, trago como regra para a vida e que procuro passar para os meus filhos, notadamente quando sobre eles recai o peso das obrigações e dos estudos, dos afazeres e da vida: "Na vida para se conseguir poucas coisas é preciso renunciar a muitas coisas".

Obrigado, meu Mestre.

Aos meus queridos pais, agradeço por tudo o que me permitiu chegar até aqui, minha vida, meus valores e seu amor.

Obrigado, meus queridos.

Nada seria possível sem minha querida e amada esposa, e eterna companheira, Renata, que me confortou e incentivou nos piores momentos, ouviu atentamente meus arremedos

argumentativos e me acalmou quando exageradamente me vi empolgado com algum progresso, e cuidou atentamente de nossos filhos quando eu não podia fazê-lo. Obrigado pelo amor à minha família, nos piores momentos, e me perdoe pelo mau humor de seu velhaco marido. Aos meus filhos, que se viram obrigados à minha ausência por muitos dias nesses anos.

Obrigado, meus amores!

Agradeço ao meu amigo Márcio Carvalho Faria, que percorreu esse mesmo caminho, logo a minha frente, a quem segui atento e que fraternalmente me indicou as portas pelas quais deveria passar e as armadilhas das quais deveria me afastar. Você, meu amigo, para mim é a prova de que, se a vida nos retira algo de valor, Deus nos devolve logo à frente.

Obrigado, meu irmão!

Agradeço aos amigos da pós-graduação e, em especial, àqueles que compartilharam comigo ideias e o convívio no Grupo de Estudos do Observatório das Reformas Processuais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ: Andre Vasconcelos Roque, Baltazar José Vasconcelos Rodrigues, Bernard Gandelman, Cintia Regina Guedes, Clarissa Diniz Guedes, Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Franklyn Roger Alves Silva, Guilherme Kronenberg Hartmann, Iorio Siqueira D’Alessandri Forti, José Augusto Garcia de Sousa, José Quirino Bisneto, Marcela Kohlbach de Faria, Marcela Melo Perez, Marcella Mascarenhas Nardelli, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho, Odilon Romano Neto, Paula Bezerra de Menezes e Rafael Rolo.

Agradeço a todos, por fim, que, mesmo não nominados aqui, contribuíram de alguma forma para este trabalho e estudo.

A todos, meu Muito Obrigado!

O mundo está a se transformar em um lugar sem alternativa onde os cidadãos se vão convencendo de que estão num caminho suicida. Não há ideia crível para nos tirar da situação em que estamos. Precisamos de uma revolução epistemológica.

Boaventura de Sousa Santos

(Entrevista publicada no Caderno Prosa do jornal

O Globo, de 31.10.2015, p. 7.)

RESUMO

ARAUJO, José Aurélio de. **O conhecimento no processo e a coisa julgada**. 2016. 312 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

A presente tese tem por objetivo aplicar os elementos da epistemologia ao processo civil cognitivo, reconhecendo-o como método de produção de conhecimento destinado a alcançar decisões justas, para avaliar as consequências dos déficits cognitivos na formação da coisa julgada material. Partimos da identificação da verdade e da cognição adequada como garantias fundamentais do processo, em contraposição às filosofias cétricas, afirmando que somente a cognição plena e exaustiva é capaz de produzir coisa julgada material. Mostrou-se, portanto, necessária a identificação dos elementos dessa cognição plena e exaustiva, tanto citada pela doutrina, mas cujos elementos foram apontados por poucos, para que pudéssemos seguir na observação dos fenômenos que subtraem a caracterização da plenitude da cognição ou do conhecimento no processo e, por conseguinte, a capacidade de gerar coisa julgada material. Foi possível, assim, ao longo da pesquisa, observar que há normas processuais de natureza probatória e não probatória que influenciam de forma positiva ou negativa o fluxo de conhecimento necessário à prestação jurisdicional justa. Esses déficits ou cortes cognitivos podem ser qualificados como legítimos, quando baseados em outros princípios fundamentais prevalentes, ou ilegítimos, quando subtraem de modo desarrazoado a verdade fática ou jurídica. Foram identificados empiricamente limites probatórios, naturais e econômicos, impostos pela ineficiência das normas não probatórias, pela duração razoável do processo, pela autonomia da vontade das partes e pela aplicação de súmulas vinculantes ou por julgamentos de recursos repetitivos. Agregando a coisa julgada à verdade e à cognição adequada como garantias fundamentais em constante relação no processo, foi constatado que algumas espécies processuais possuem cortes cognitivos, importando reconhecer uma relação de proporcionalidade entre o conhecimento gerado no processo e a plenitude da coisa julgada. Assim, tornou-se necessário erguer uma estrutura de ações posteriores para desconstituição da coisa julgada parcial formada anteriormente, bem como de ações para a complementação da cognição, de modo a propiciar a posterior formação da coisa julgada plena em cognição plena e exaustiva.

Palavras-chave: Conhecimento. Cognição. Coisa Julgada. Epistemologia.

ABSTRACT

ARAÚJO, José Aurélio de. **The knowledge in the process and the *res judicata***. 2016. 312 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

The following thesis has the purpose of applying epistemology elements through the civil proceedings, recognizing it as a method of acquiring knowledge to achieve fair judgments and evaluate the consequences of cognitions deficits in *res judicata*'s finality. We began through the identification of the truth and the adequated cognition as a fundamental process guarantees, against the skeptics philosophies, asserting that just the full and exhaustive cognition is able to produce *res judicata*. Therefore, the identification of the elements of that full and exhaustive cognition so quoted by the doctrine became required, as its elements were only quoted by few. It has been performed this way for achieving the purpose of observing the phenomenas that take away the characterization of the plenitude of cognition or knowledge in the procedures, and consequently the capacity to produce *res judicata*. During the research, it has been possible by observing procedural forms, that there are kinds of evidence law and no evidence law that influenced in the positive or in the negative way the stream of knowledge able to fullfill a due outcome. This cognition deficits or cuts can be qualified as valid, when based in others widespread fundamental principals of law, or not valid, when take away in anon reasonable way the factual and legal truth. Empirical evidence, natural and economics limits of cognition have been identified and it possible to state that those have been imposed by the inefficiency of non evidence law, by the speedy trial right, by the liberty of the parties and by the incorrect application of the *stare decisis* system in the civil law countries as Brazil does through "*súmulas vinculantes*". Adding the *res judicata*, the truth and the adequate cognition as fundamental guarantees, it has been verified that some species of proceedings have cognitives cuts, recognizing one proportional relationship between the knowledge created in the proceedings and the plenitude of *res judicata*'s finality. As it turns out, it became indispensable to create a structure of following actions to revoke the partial *res judicata* formed before, in the manner of actions able to complete the knowledge forming a future and eventually broad *res judicata* of full and exhaustive cognition.

Keywords: Knowledge. Cognition. "Res Judicata". Epistemology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O CONHECIMENTO NO PROCESSO	18
1.1 Justiça substantiva e decisão justa	18
1.2 Filosofia cognitiva do Direito: cognição dos fatos e das normas	24
1.3 O conceito de cognição no Direito Processual Civil brasileiro frente aos tipos de conhecimento reconhecidos pela epistemologia	29
1.4 O objeto da cognição direta e a presença da cognição ao longo de todo processo	33
1.5 Conhecimento como crença verdadeira e justificada	34
1.6 Contra a <i>verophobia</i> ou verdade como valor fundamental do processo	36
1.7 Epistemologia moral e verdade na Moral e no Direito	47
1.8 O valor epistêmico do contraditório	52
1.8.1 <u>A função epistêmica da responsabilidade processual das partes e do juiz</u>	57
1.9 A busca da verdade possível e seus limites	60
2 AS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS E OS ELEMENTOS DA COGNIÇÃO PLENA E EXAUSTIVA	63
2.1 A cognição adequada como valor fundamental do processo justo	63
2.2 A complexidade e a eficácia epistêmica da adaptabilidade	71
2.2.1 <u>A adaptabilidade legal</u>	79
2.2.2 <u>A adaptabilidade em concreto judicial ou em cooperação</u>	83
2.2.2.1 A adaptabilidade no Processo Civil francês	90
2.2.2.2 O calendário processual	92
2.2.2.3 A adaptabilidade no Processo Civil inglês	96
2.2.2.4 A função epistêmica da fase preparatória do processo bifásico	98
2.2.2.5 A decisão de saneamento e a função epistêmica da fixação dos pontos controvertidos: definição de <i>thema probandum</i> e <i>thema decidendum</i> e a técnica epistêmica da abdução	102
2.2.2.6 A adaptabilidade no Código de Processo Civil brasileiro de 2015	104
2.3 A análise cumulativa em abstrato e em concreto da cognição	109
2.4 A cognição plena e exaustiva	113
3 OS LIMITES À COGNIÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO	123
3.1 A classificação dos limites à cognição	123

3.2 Limites de objeto litigioso que caracterizam os processos materialmente sumários: cortes cognitivos.....	125
3.3 Limites probatórios.....	134
3.3.1 Limites probatórios normativos.....	135
3.3.1.1 Presunções.....	145
3.3.2 Limites probatórios concretos: naturais e econômicos.....	149
3.3.3 Limites probatórios em concreto: hipóteses de cabimento da ação rescisória.....	154
3.4 Limites à cognição impostos pela ineficiência das normas processuais não probatórias: a fisiologia interna do processo.....	159
3.5 A duração razoável do processo como limite temporal à cognição.....	162
3.6 Limites à cognição impostos pela autonomia de vontade e pela liberdade individual.....	166
3.7 A cognição <i>emprestada</i> na aplicação de súmulas e julgamentos de recursos repetitivo.....	174
4 A COISA JULGADA PROPORCIONAL À COGNIÇÃO E A <i>PLENA COGNITIO CAUSAE</i>	178
4.1 Coisa julgada e cognição plena e exaustiva.....	178
4.2 A imutabilidade e o Princípio da Segurança Jurídica.....	185
4.2.1 A eficácia preclusiva da coisa julgada, os limites e os cortes cognitivos.....	188
4.3 A coisa julgada como imutabilidade da parte dispositiva da sentença de mérito na proporção da cognição observada na motivação e ao longo do processo.....	194
4.4 O confronto do paradigma coisa julgada/cognição plena em algumas espécies processuais.....	199
4.4.1 Os processos materialmente sumários: subtração parcial de objeto litigioso e coisa julgada proporcional.....	205
4.4.1.1 A ação possessória e o corte total da <i>exceptio dominii</i>	210
4.4.2 Os processos formalmente sumários e a exacerbação da celeridade.....	214
4.4.3 Limitações cognitivas probatórias: corte parcial de cognição e coisa julgada proporcional.....	219
4.4.4 O mandado de segurança: corte parcial de elemento probatório e coisa julgada proporcional.....	220
4.4.5 A ação monitória não embargada e seu corte cognitivo total.....	223
4.4.6 O corte total de cognição nas sentenças homologatórias de resolução de mérito.....	230
4.4.7 A coisa julgada vulnerável <i>ex post</i> na revelia.....	237

4.4.8 <u>A improcedência liminar do pedido e seu corte cognitivo total</u>	246
4.4.9 <u>A estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente</u>	249
4.4.10 <u>O descumprimento do dever de contraditório prévio no julgamento de terceira via</u> ...	261
4.5 As ações de desconstituição da coisa julgada e de complementação, de correção ou de julgamento diferido em cognição plena e exaustiva	263
4.5.1 <u>A <i>plena cognitio causae</i> da condenação com reserva de exceções</u>	267
4.5.2 <u>Requisitos específicos de admissibilidade e efeitos da ação de <i>plena cognitio causae</i></u>	273
4.5.3 <u>As diversas vias processuais para a veiculação das ações desconstitutiva e de <i>plena cognitio causae</i></u>	275
4.5.4 <u>Os efeitos da procedência da <i>plena cognitio causae</i></u>	280
4.5.5 <u>Conclusão do capítulo: os limites, os efeitos e as ações</u>	285
CONCLUSÃO	290
REFERÊNCIAS	294

INTRODUÇÃO

Desde muito que a estrada do processo se desenvolve com vigor, mas paralelamente à estrada da Filosofia do Direito e da Teoria Geral do Estado. Os ramos se desenvolveram doutrinariamente e construíram obras magníficas de grande profundidade intelectual e científica, de modo que por vezes aparentam ser espécies de um gênero diverso. Enquanto a Teoria Geral do Estado e a Filosofia do Direito criaram, a partir de Kelsen, John Rawls, Dworkin, Alexy e muitos outros, um fervoroso debate acerca do Estado de Direito, do conhecimento no Direito e da hermenêutica jurídica, o Processo fundou uma brilhante história de sucesso intelectual em Chiovenda, Calamandrei, Cappelletti, Alfredo Buzaid, Barbosa Moreira e outros tantos mestres, em uma intrincada teia de teses e teorias.

O processo é um dos principais meios pelo qual o Estado de Direito realiza e democratiza suas decisões em um método de absorção de conhecimento para julgar com justiça. Os principais elementos do processo como método de produção e democratização das decisões judiciais justas se encontram e se submetem ininterruptamente às questões do Estado de Direito e da Filosofia do Direito, para responder aos anseios, aos caminhos e às práticas mais comezinhas do dia a dia forense, eliminando a falsa distância entre o que deve ser na teoria e as práticas processuais. Um processo melhor advém do Estado de Direito democrático que valoriza o contraditório capaz de gerar, por sua vez, cognição eficiente como meio para a produção de decisões justas e passíveis de imutabilização.

O que procuramos fazer, nos limites do trabalho, foi revelar a importância da Filosofia Cognitiva do Direito para a valoração da qualidade do fluxo de conhecimento produzido no processo pelas regras processuais, reconhecidas muitas das vezes pela doutrina como meramente procedimentais, e a partir disto reconhecer os limites da imutabilidade das decisões judiciais através da coisa julgada: limite peremptório necessário, mas que somente pode sobrevir após a cognição qualificada como plena e exaustiva. Chegamos a uma rotatória onde as vias paralelas da Filosofia do Direito e do Direito Processual se encontram e se alimentam.

Para tanto, no Capítulo 1, “O Conhecimento no Processo”, estudamos, primeiramente, a cognição a partir da epistemologia. Devemos ressaltar, desde já, que a presente tese não pretende ser uma tese de Filosofia do Direito; nossa ambição não chega a tanto. Somente ingressamos no campo da Filosofia do Direito o bastante para firmar as bases da teoria desenvolvida ao longo do trabalho, sem a pretensão de inovar ou nos aprofundarmos nesse campo. Não vamos criar ou reavaliar uma teoria acerca do que é o direito, ingressando no ramo

da filosofia de conhecimento *sobre* o direito, como objeto de conhecimento, mas de uma filosofia do conhecimento *no âmbito do* direito e, em especial, no processo. Não podemos deixar de afirmar, porém, certos fundamentos filosóficos para podermos prosseguir na defesa da perspectiva cognitiva do processo como produtor de decisões justas em contraditório no Estado de Direito substantivo, e observar até que limites esse conhecimento é capaz de produzir coisa julgada. Não é mais possível estudar a cognição sem adotar fundamentos acerca do conhecimento desenvolvidos na Filosofia do Direito, principalmente depois das obras de Michele Taruffo, Giulio Ubertis, Giovanni Tuzet e outros autores de diversos ramos do Direito que negam o ceticismo e o relativismo.

Perseguimos o reflexo desta filosofia do conhecimento nas normas processuais probatórias e não probatórias, com o objetivo de avaliar seus limites, sua capacidade epistêmica e a repercussão desta avaliação na imutabilidade das decisões. As fundações principais estão na epistemologia de Tuzet, de Susan Haack e de Alvin I. Goldman, na escolha pelo círculo hermenêutico de Heidegger e na abdução como raciocínio judicial de Tuzet, na pré-compreensão de Gadamer e na epistemologia da moral de Dworkin.

Partindo da concepção substantiva do Estado democrático de Direito e da obrigação do Poder Judiciário de buscar quanto possível produzir decisões justas, reconhecidas como aquelas originárias de um processo justo, equânime e devido, que tenha aplicado corretamente a lei sobre fatos reconhecidos como verdadeiros, o conhecimento no processo tem por objeto duas questões: *quaestio facti* e *quaestio juris*.

Há, portanto, conhecimento no processo acerca dos fatos e acerca do direito que, segundo Tuzet, são inseparáveis na hermenêutica em círculo ou espiral de Heidegger. Mas não será objeto da presente tese as teorias acerca do conhecimento *das* normas jurídicas, do raciocínio jurídico e da hermenêutica acerca das proposições jurídicas, disciplinas da Filosofia do Direito, da Teoria Geral do Direito e do próprio Direito Material. Assim, não vamos avaliar a ação rescisória na hipótese de a coisa julgada violar manifestamente norma jurídica (artigo 485, V, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, doravante identificada pela sigla "CPC/1973", e artigo 966, V, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, doravante identificada pela sigla "CPC/2015"), pois se trata de uma ação para correção de vício cognitivo de aplicação de norma jurídica, ou seja, déficit cognitivo normativo. Não vamos adentrar ao estudo dos métodos jurídicos interpretativos.

Em outras palavras, podemos dizer que trataremos da capacidade do processo de produzir conhecimento para compreender e ao mesmo tempo aplicar normas aos fatos, mas não conhecimento acerca do método de aplicação das normas aos fatos. O objeto desta tese é,

portanto, a capacidade epistêmica do processo de cognição produzir conhecimento acerca das questões de fato e das questões de direito, e a repercussão dessa capacidade na coisa julgada.

Apesar de o presente estudo limitar-se às consequências do conhecimento no processo na imutabilidade das decisões, a *densificação* da epistemologia e da hermenêutica nas regras e normas processuais servirá para o estudo da melhoria da qualidade do processo de conhecimento. Se o processo é o método constitucional para conhecer-julgar, se a hermenêutica pós-positivista e a epistemologia identificam métodos de valorização do conteúdo das decisões judiciais, a aplicação dessa filosofia diretamente na formação das regras processuais tende a produzir efeitos benéficos à qualidade substantiva do processo de conhecimento.

Ao final do Capítulo, fazemos importante opção política ao considerar a dialética do contraditório como eficaz método epistêmico para a busca da verdade. O contraditório não só como *auditur et altera pars*, mas como método de admissibilidade, de valoração e de validação das provas e das alegações. Optamos, portanto, por Paolo Ferrua e não por Taruffo, conforme contenda doutrinária exposta por Tuzet.

No Capítulo 2, “As características essenciais e o elementos da cognição plena e exaustiva”, procuraremos, a partir de Leonardo Greco, definir a extensão de uma cognição plena, exaustiva e, principalmente, a forma de esta ser avaliada como tal: em abstrato ou em concreto, sobre o processo em tese, ou sobre um caso específico, em uma ocorrência específica. A questão se situa nos seguintes termos: podemos dizer *prima facie* que todo o processo de conhecimento de rito ordinário, na forma que a lei o estrutura, é um processo de cognição plena e exaustiva, ou é possível dizer que neste ou naquele processo de conhecimento de rito ordinário houve déficit de cognição? Adiantamo-nos a afirmar que nossa opção é pela avaliação comparativa dos dois critérios, em abstrato e em concreto, da plenitude e da exaustividade da cognição para a produção da coisa julgada, como a ação rescisória já o faz, mas sobre parâmetros definidos e graves requisitos de admissibilidade. Concluimos o Capítulo analisando os elementos da cognição plena e exaustiva.

Ainda, o Capítulo 2 ressalta a importância de se qualificar a fisiologia interna do processo a um modelo de interpretação epistêmica, sugerindo a adaptabilidade, a fase preparatória do processo bifásico e a abdução na fase de saneamento como técnicas a serem estudadas para a melhor produção de conhecimento. O processo comum até aqui vem servindo ao modelo interpretativo positivista do silogismo: identificam-se os fatos na fase instrutória para o juiz, então, na sentença, aplicar o direito. Essa fórmula não atende aos métodos interpretativos circular ou em espiral, à dialética ou ao contraditório.

Definida e conceituada a cognição plena e exaustiva, o Capítulo 3, “Os limites à cognição no processo de conhecimento”, pretende identificar e classificar alguns limites que as normas e as garantias fundamentais impõem ao conhecimento no processo, de acordo com sua legitimidade, sua natureza e seus efeitos. Podemos observar que a análise da cognição não é mais externa, não recai mais sobre as diversas formas procedimentais (ordinário, sumário, sumaríssimo ou especial), mas parte da avaliação de regras e procedimentos internos aos processos, da fisiologia interna do processo. Esta perspectiva microscópica permite identificar a existência de normas probatórias e normas não probatórias, legítimas ou ilegítimas, epistêmicas ou contraepistêmicas, no interior de cada processo.

Por fim, o Capítulo 4, “A coisa julgada proporcional à cognição e a *plena cognitio causae*”, parte da premissa de que o Estado de Direito substantivo exige, por um lado, a produção de decisões justas como, por outro, a segurança jurídica da coisa julgada. O objeto da tese é, portanto, relacional: a cognição no processo civil, os limites naturais e normativos que ela possui, a natureza legítima ou ilegítima destes limites e a capacidade do processo cognitivo de produzir coisa julgada.

O Capítulo não pretende estudar todos os contornos do instituto da coisa julgada, mas somente aquilo que é importante para a relação coisa julgada-cognição plena e exaustiva, como o valor da imutabilidade como consectário do Princípio da Segurança Jurídica, a importância da motivação para identificar os contornos da imutabilidade e suas ações impugnativas.

Procuramos apontar os diferentes graus de imutabilidade que a coisa julgada pode adquirir em razão de sua proporcionalidade com a cognição e, conseqüentemente, quais podem autorizar a propositura de ações posteriores de desconstituição da coisa julgada ou de complementação da cognição, a *plena causae cognitio*.

Testamos o paradigma cognição plena e exaustiva e coisa julgada plena em várias espécies processuais para, ao final do Capítulo, de maneira sistemática, fazer a correlação entre os limites cognitivos, os seus efeitos para a imutabilidade da coisa julgada e as ações cabíveis para corrigir o déficit cognitivo.

Devemos, por fim, avventar os limites de nossa tese. O estudo do conhecimento no processo é evidentemente vastíssimo, pois o conhecer é exercitado a todo momento da atividade jurisdicional. Portanto, para garantir a exequibilidade de nossa tarefa, limitamos o nosso estudo ao conhecimento no processo cognitivo e a sua repercussão na formação da coisa julgada.

Excluem-se do estudo, da mesma maneira, a análise psicológica do conhecimento ou da decisão judicial¹, a visão econômica do Direito, a sociologia do Direito e demais campos de estudo que tratam sob outras óticas da capacidade epistêmica do processo. Também não avançamos sobre a atividade cognitiva presente na execução, na tutela provisória e nos processos de jurisdição voluntária, limitando-nos ao processo ou a fase cognitiva que tem por fim atribuir direitos almejando à imutabilidade. Por vezes, é verdade, como nas Seções 2.2, 3.5 e 4.4 socorremo-nos dessas espécies de processos como exemplos para desenvolver raciocínios comparatísticos e fundamentar argumentos da tese, mas não como objeto do estudo, notadamente o processo de execução, o processo cautelar e a jurisdição voluntária.

Observe-se que não estamos afirmando que não se poderá utilizar a presente tese como método de avaliação epistêmica desses institutos, mas não podemos fazê-lo nessa altura sob pena de deixarmos de cumprir nosso objetivo inicial. A teoria dos limites cognitivos poderá, por exemplo, ser aplicada plenamente ao processo arbitral, definindo quais os limites que excluem a força imperativa da decisão desse equivalente jurisdicional e a própria relação da cognição do processo arbitral com o processo jurisdicional.

Com o fim de dar sustentabilidade científica aos argumentos desenvolvidos ao longo da tese, utilizamos o Direito comparado² crítico, observando alguns sistemas processuais estrangeiros relevantes, buscando o quanto possível as fontes na língua original ao alcance de nossas limitações, bem como, através de revistas nacionais e internacionais que veiculam a autorizada doutrina daqueles países. O esforço da *microcomparação* entre institutos processuais se mostra especialmente necessário em razão de o CPC/2015 pretender incorporar em nosso Direito Processual alguns institutos vigentes no Direito Processual estrangeiro.

¹ BONA, Carlo. **Sentenze Imperfette, gli errori cognitivi nei giudizi civili**. Bolonha: Il Mulino, 2010.

² VARANO, Vincenzo. BARSOTTI, Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**, Volume I. Testo e materiali per un confronto civil law common law. Torino: Giappichelli, 2010, p. 7, 11-14.

1 O CONHECIMENTO NO PROCESSO

1.1 Justiça substantiva e decisão justa

A partir da segunda metade do século passado, após a Segunda Grande Guerra, cresceu a convicção de que o positivismo jurídico não era mais suficiente para sustentar uma sociedade que pretendia o Estado de Direito não só como marco regulativo da sociedade, mas como transformador desta sociedade sob o fundamento da realização do bem-estar humano. Nesta altura, o positivismo não conseguia solucionar as contradições direito-justiça ou direito-moral das normas nazistas durante a Justiça transicional às quais o Tribunal Constitucional federal alemão passou a negar qualquer validade.³

Assim, tanto a negação do positivismo quanto o constitucionalismo e as convenções internacionais com seus princípios, a partir da dignidade da pessoa humana, passaram a exigir que o Direito fosse o promotor não só das regras do jogo, mas de um processo "justo", hábil à consecução de decisões justas e veículo para uma ordem jurídica justa. Trata-se da opção por uma Justiça substantiva em desfavor de uma Justiça meramente instrumental.

Quando John Rawls conceitua a Justiça formal, indica que essa é possível a partir do respeito à “administração imparcial e consistente das leis e instituições, independentemente de quais sejam seus princípios fundamentais”⁴, não importando que se apresente ou não como um instrumento de acesso à ordem jurídica justa⁵, como a Justiça substantiva. Bastando à Justiça processual o respeito à isonomia e às garantias fundamentais do processo, o resultado da prestação jurisdicional lhe é ocasional e irrelevante: a decisão pode ou não ser justa.

Portanto, como recorda Michele Marsonet, também a injustiça pode tomar a forma de lei.⁶ Esta perspectiva de prevalência da forma sobre o conteúdo se identifica com o ultrapassado conceito de devido processo legal como processo previsto em lei, deixando de reconhecer que

³ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 6-7.

⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 61.

⁵ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: **Participação e Processo**. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

⁶ MARSONET, Michele. Verità, Scienza e Diritto. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milão: Giuffrè, p. 169.

a Justiça não pode prescindir do objetivo de produzir decisões materialmente justas, sob pena de se autolimitar a um organizado e imprevisível jogo de azar. É certo que não é possível garantir que toda a decisão será justa, mas este deve ser o objetivo a ser perseguido a todo instante, possibilitando o quanto possível a correção de decisões equivocadas. O reconhecimento da Justiça substantiva como meio de se alcançarem decisões justas, não prescinde, à evidência, da necessidade de respeito às garantias fundamentais do processo: a Justiça formal caminha com a Justiça substantiva.⁷

No conceito de Justiça de Ronald Dworkin⁸, o governo legítimo

deve demonstrar igual consideração pelo destino de toda pessoa sobre a qual pretende ter domínio. Em segundo lugar, deve respeitar plenamente a responsabilidade e o direito de toda pessoa de decidir por si mesma como fazer de sua vida algo valioso. Esses princípios orientadores definem quais são as teorias aceitáveis de justiça distributiva – teorias que estipulam os recursos e as oportunidades que o Estado deve disponibilizar ao povo que ele governa.

No mesmo texto, mais à frente, quando se refere à liberdade (*liberty*), o autor ressalta que as pessoas têm “também direitos – entre eles os direitos ao devido processo legal e à propriedade – que derivam de seu direito à igual consideração”.⁹ Certamente, o devido processo legal referido por Dworkin soma a perspectiva adjetiva à substantiva.

A Justiça no Estado de Direito é material e não meramente procedimental, como alerta Canotilho:

Fazer justiça através de tribunais e mediante um procedimento justo poderá traduzir-se num “faça-se justiça” aplicando a lei dura. E a lei dura pode, ela própria, transportar conteúdos injustos. Aqui vem revelar-se outra ineliminável dimensão do Estado de direito enquanto Estado de justiça. As “duras leis” não podem aniquilar a dignidade da pessoa humana, não podem eliminar o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, não podem disfarçar medidas discriminatórias contra cidadãos ou grupos de cidadãos.¹⁰

E foi essa, indubitavelmente, a opção construída pelo nosso constituinte originário como podemos depreender de vários princípios, regras e até mesmo do Preâmbulo da Constituição.

⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 62-63.

⁸ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho – Justiça e Valor**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 5.

⁹ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-espinho – Justiça e Valor**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 8.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 15.

A previsão de direitos individuais e a opção pela igualdade e justiça como *valores supremos* de uma sociedade fundada na harmonia social exprimem não só um Estado democrático de Direito substantivo, mas um Estado de Direito Social. Dentre os objetivos elencados no artigo 3º, estão presentes a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais. No artigo 5º, há previsão da assistência jurídica integral e gratuita, no seu inciso LXXIV, e o artigo 6º é dedicado, somente, à enumeração de direitos sociais, como saúde, moradia, trabalho, educação, segurança, etc.¹¹

Portanto, na Justiça substantiva, é imprescindível que busquemos decisões materialmente corretas, justas, que possuam conteúdo de acordo com o sistema jurídico e com a realidade fática do conflito, como resultado de processos que tenham respeitado as garantias fundamentais. Não é suficiente a resposta argumentativa meramente procedimental de Habermas para alcançar a "resposta correta", o conteúdo dessa resposta deve ser verdade, ou seja, sentenças substantivas com conteúdo.¹² Conforme afirma Alberto Tedoldi, o conceito de justo processo baseado na justiça procedimental pura está superado. O justo processo é aquele que dá às partes o acesso à ordem jurídica justa e que, portanto, tem por objetivo alcançar, através da dialética e da cooperação entre as partes e o juiz, decisão materialmente justa quanto aos fatos e aos direitos, *verbis*:

Um processo pode considerar-se “justo” na medida que aspire e tenda a garantir não só o respeito formal aos procedimentos, mas também a exatidão na definição dos fatos e na solução da *quaestio iuris*, através da compreensão (*cum-prehendere*) e da inteligência (*intuslegere*) do juiz sobre a matéria controvertida, da reconstrução com a maior precisão possível resultado da dialética processual e da aplicação da lei corretamente individualizada e interpretada.¹³

Desta forma, a Justiça substantiva deve dirigir-se à produção de decisões materialmente justas, aqui conceituadas, de acordo com Michele Taruffo¹⁴, como aquelas que conjugam as

¹¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 217-220.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 336-423.

¹³ Tradução do original: “*Un processo può considerarsi "giusto" nella misura in cui aspiri e tenda a garantire non solo il rispetto formale delle procedure, ma anche l'accuratezza nell'accertamento dei fatti e nella soluzione della quaestio iuris, attraverso la comprensione (cum-prehendere) e l'intelligenza (intuslegere) del giudice sulla materia del contendere, da ricostruire con la maggior precisione possibile in esito alla dialettica processuale e alla quale applicare la norma di legge rettamente individuata e interpretata*”. TEDOLDI, Alberto. *Processo civile e giudicato "alla deriva"*, In: CIPRIANI, Franco. (coord.). *Il Giusto Processo Civile – Rivista Trimestrale*. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VIII – n. 4/2013. Milano: 2013, p. 1061.

¹⁴ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 117-118.

três condições necessárias para qualificá-las como tal: a) que tenham sido produto de um processo no qual se tenham respeitado suas garantias fundamentais; b) que tenham sido corretamente interpretadas e aplicadas às normas jurídicas adequadas ao caso; c) que a aplicação da norma tenha ocorrido sobre a verdade dos fatos envolvidos no conflito, pois não se pode admitir o reconhecimento de uma decisão como justa se a norma for aplicada a fatos falsos ou incorretos.

Com conteúdo aproximado, mas diverso em número de condições, Paolo Ferrua¹⁵ afirma que uma decisão pode ser definida como justa quando concorrerem quatro condições: a) requisitos mínimos de equidade previstos na lei processual (imparcialidade, contraditório, duração razoável, etc.); b) observância *in concreto* da forma e das regras processuais; c) a correta qualificação jurídica do fato; e d) a congruência da reconstrução¹⁶ histórica do fato com as provas produzidas. Difere de Taruffo quanto à condição a), pois Ferrua a desdobra em duas: a) garantias na lei e b) aplicação correta do aparato garantístico no processo. Essa diferenciação não é importante para a tese, pois relevantes são as outras duas condições – b) e c) para Taruffo e c) e d) para Ferrua – que representam raciocínio jurídico cognitivo.

Para que o processo possa alcançar pelo menos duas destas três condições – b) aplicação adequada da norma e c) reconstrução da verdade dos fatos –, é fundamental que seja eficiente na sua função de produzir conhecimento, pois o objeto cognoscível é composto pelas alegações das partes e pelas provas, pela matéria de direito e de fato, pela *quaestio facti et quaestio iuris*. A Jurisdição, no exercício de sua função cognitiva¹⁷, dirigida à satisfação dos direitos individuais, coletivos e difusos¹⁸, mediante decisões justas, baseadas na regular aplicação da

¹⁵ FERRUA, Paolo. **II ‘giusto processo’**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 47.

¹⁶ De acordo com Ferrua, tratar-se de reconstrução da verdade, pois os fatos são pretéritos e existiram, sendo incorreto falar em “descoberta da verdade”, considerando que o julgador não se depara com a verdade como se ela só existisse no futuro. FERRUA, Paolo. **II ‘giusto processo’**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 31-34.

¹⁷ "O conhecimento e julgamento da lide (processo de cognição) e a atuação da sanção (processo de execução) são duas formas igualmente importantes da atividade jurisdicional, que se complementam, estando uma a serviço da outra. Julgamento sem execução significaria proclamação do direito em concreto sem sua efetiva realização prática; e, por sua vez, execução sem cognição poderia resultar no arbítrio mais evidente." LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 4.

¹⁸ Adota-se a finalidade da Jurisdição de acordo com Leonardo Greco: “A definição da jurisdição como atuação da vontade concreta da lei, embora aparentemente sedutora como fruto da supremacia do legislador representativo da vontade popular, é insatisfatória na medida em que conduz à errônea conclusão de que a sua finalidade precípua seja efetivar o cumprimento e a observância da lei. Sem dúvida, o exercício da jurisdição pressupõe a busca, no ordenamento jurídico do Estado, das regras de comportamento que este estabeleceu para regular a vida em sociedade; mas a finalidade da jurisdição não é preservar ou aplicar essas normas, embora indiretamente o faça. Se a finalidade da jurisdição fosse a de assegurar a eficácia das normas estatais, ela deveria ser exercida de ofício, para que todas as violações daquelas normas fossem devidamente coibidas e reparadas pelos juízes. [...] Na verdade, seja resolvendo litígios, seja tutelando interesses privados não litigiosos, mas que dependem da intervenção do juiz, a jurisdição está sempre tutelando interesses particulares. [...] Essa é a

norma material e na busca da verdade, somente pode alcançar seus objetivos após exercitar cognição de qualidade e adequada ao objeto litigioso. O juiz só pode prolatar decisão justa se conhecer a verdade dos fatos envolvidos no conflito e aplicar a norma jurídica de maneira correta.

Para julgar, é necessário conhecer; havendo uma relação funcional entre a cognição e o objetivo da jurisdição. Quer entendamos que o objetivo da jurisdição seja o *problem solving* ou a aplicação da norma¹⁹, o conhecimento da verdade é imprescindível para o julgamento.²⁰ Independentemente do conceito de jurisdição, o que se tornou obrigação para o Estado democrático de Direito foi adotar no processo a verdade como ela existe fora do processo e em todo o lugar, desmistificando a existência de uma verdade processual divergente. No Estado de Direito substantivo, a obrigação da função jurisdicional para com os particulares é prestar jurisdição com verdade, e não com meia verdade, verdade processual, verossimilhança ou qualquer outra falsificação cética.²¹

Como ensina Chiovenda, “antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita”.²² A sentença, como ato jurisdicional, não é um ato simplesmente de vontade, mas também um ato cognitivo, pois o juiz vai exercer o poder jurisdicional a partir do conhecimento dos fatos envolvidos no conflito e de sua valoração legal, demonstrados na motivação da sentença. A sentença desprovida de motivação é ato antidemocrático nulo²³, pois priva as partes

verdadeira finalidade da jurisdição: a tutela dos interesses particulares juridicamente relevantes.” GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 74-75, vol. I.

¹⁹ DAMASKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1986, p. 73-80.

²⁰ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli ed., 2013, p. 93-97.

²¹ Nesse sentido John Rawls: "Se as leis são diretrizes endereçadas a pessoas racionais para sua orientação, os tribunais devem preocupar-se com a aplicação e imposição dessas regras da maneira apropriada. Deve haver um esforço escrupuloso para determinar se houve uma infração e para impor a pena correta. Assim, um sistema jurídico deve estabelecer disposições para a condução ordenada de julgamentos e audiências, deve conter normas quanto às provas, garantindo procedimentos racionais de informação. Embora haja variações nesses procedimentos, o estado de direito exige alguma forma de processo devido: isto é, um processo razoavelmente concebido para verificar a verdade, de modo coerente com os outros objetivos do sistema jurídico, para se saber se ocorreu uma violação e em quais circunstâncias." RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 261-262.

²² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, p. 253-254, vol. I.

²³ O vício de falta de motivação é qualificado pela doutrina majoritária como nulidade, como se observa *in* TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 311-312 e

atingidas pelo ato de poder, das razões que a justificaram e que demonstraram o conhecimento acerca do conflito de interesses posto em julgamento. Portanto, "'saber' e 'poder' são elementos essenciais do ato de julgar: sem o saber, a sentença se torna puro ato de força, sem poder perde toda eficácia vinculante".²⁴

Em conformidade com a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck²⁵, poderíamos dizer que conhecimento e julgamento são indissociáveis, como compreender é aplicar na interpretação:

Assim, se a filosofia passou a ser compreendida como hermenêutica, a hermenêutica passou a ser compreendida como filosofia. Do fundamental passamos para compreender. E a interpretação não se faz mais em etapas (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*). [...] Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendermos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.

É este o objeto do presente estudo: a cognição ou o conhecimento produzido no processo capaz de gerar julgamentos justos e imutáveis. A aproximação tradicional que o Direito Processual faz do conhecimento em regra diz respeito à espécie de processo (processo de conhecimento, executivo e cautelar) ou à sumariedade ou à plenitude da cognição. A doutrina em outros países, no entanto, vem analisando o conhecimento no processo a partir do diálogo com a Filosofia do conhecimento, com a epistemologia – reconhecida como a disciplina da filosofia que estuda as dimensões do conhecimento, em termos metafísicos – e a linguagem usada para descrever estados cognitivos.²⁶ Quando optamos pela epistemologia, esta é uma opção normativa que reconhece no conhecimento seu aspecto valorativo de ser instrumento da busca do justo:

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 388-390, vol. I. Não deixamos de recordar que Michele Taruffo entende que tal vício é de inexistência. TARUFFO, Michele. **La motivazione de la sentenza civile**. Padova: Cedam, 1970, *passim*.

²⁴ Tradução do original: “‘sapere’ e ‘potere’ sono elementi essenziali dell’atto di giudizio: priva del sapere, la sentenza sarebbe puro atto di forza, priva del potere perderebbe ogni efficacia vincolante”. FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 24.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermênutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 300 e 305.

²⁶ TURRI, John. **Epistemology – A Guide**. Oxford: John Wiley & Sons, 2014, p. xi.

Mostra-se razoável, de fato, debater acerca de uma *função epistêmica* do processo, considerando-o como estruturado em si de atividade destinada a adquirir conhecimentos verdadeiros dos fatos relevantes para a solução da controvérsia.²⁷

1.2 Filosofia cognitiva do Direito: cognição dos fatos e das normas

A filosofia cognitiva do direito, segundo Giovanni Tuzet²⁸, é a pesquisa e a reflexão sobre a elaboração da informação jurídica relevante. Identifica, pelo menos, quatro esferas de pesquisa: 1) a cognição no processo; 2) a cognição das normas; 3) a cognição para produção e revisão das normas; e 4) a cognição para constituição de artefatos sociais.

As duas primeiras formas são classificadas como retrospectivas, pois têm por objeto fatos passados e normas postas; enquanto as duas últimas, não prospectivas, pois objetivam obter informação para alcançar suas finalidades: produção de normas e criação de artefatos sociais. Interessam, portanto, para a aferição de decisões justas, as cognições retrospectivas, no processo e das normas, pois englobam a cognição sobre o fato e o direito, as duas das três condições que qualificam a decisão como justa²⁹: b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada à norma jurídica adequada ao caso; c) que a aplicação da norma tenha ocorrido sobre a verdade dos fatos envolvidos no conflito.

A cognição no processo, relevante para a filosofia do direito, diz respeito “aos processos cognitivos e inferenciais com os quais os fatos e os eventos discutidos no processo são identificados ou reconstruídos, como também aos processos cognitivos e inferenciais com os quais são coletadas as informações relevantes”³⁰, ou seja, tem por objeto a reconstrução dos fatos, da verdade dos fatos e dos "eventos discutidos no processo" a partir das proposições feitas pelas partes e pelo juiz.

²⁷ Tradução do original: “*Appare sensato, infatti, discutere di una funzione epistemica del processo, considerandolo come un insieme strutturato di attività finalizzate a conseguire conoscenze veritieri dei fatti rilevanti per la soluzione della controversia.*” TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 135.

²⁸ TUZET, Giovanni. **Dover decidere**. Diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci ed., 2010, p. 226-227.

²⁹ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 117-118.

³⁰ Tradução do original: “*i processi cognitivi e inferenziali con cui i fatti e gli eventi discussi nel processo sono percepiti o ricostruiti, nonché i processi cognitivi e inferenziali con cui è raccolta l'informazione rilevanti.*” TUZET, Giovanni. **Dover decidere**. Diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci ed., 2010, p. 226-227.

O raciocínio jurídico que Tuzet³¹ adota para a inferência no processo, mediante avaliação essencialmente epistemológica, é a abdução. Voltaremos ao estudo mais detalhado da abdução em capítulo à frente, mas nesta altura podemos dizer que abdução é a inferência que formula hipóteses explicativas em determinada fase processual – definição de *thema probandum* e *thema decidendum* – que serão testadas nas provas produzidas e na dialética entre as partes.

A cognição das normas importa, por seu turno, no estudo de como são conhecidas e representadas as normas de um sistema jurídico. Consiste, portanto, na aplicação da hermenêutica jurídica, da compreensão acerca das normas e de sua aplicação. Tradicionalmente, o iluminismo no Direito indica como método hermenêutico o silogismo, em que aos fatos (“premissa menor”) é aplicado o direito (“premissa maior”). Tuzet³² critica o método do silogismo por artificioso, não pela inferência, mas porque separa a reconstrução dos fatos da qualificação jurídica, o que é possível *in abstracto*, conceitualmente, mas que são inseparáveis quando do processo cognitivo *in concreto*.³³ Na mesma direção, Lenio Luiz Streck³⁴, criticando o positivismo jurídico e seu método interpretativo, desfaz a separação absoluta entre normas e fatos:

O caso sob comento bem demonstra o problema representado pela construção, por parte dos juristas, de "pautas gerais", "conceitos lexicográficos", "verbetes doutrinários e jurisprudenciais" ou súmulas aptas a "resolver" casos futuros, com o que se sacrifica a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de "pautas gerais", fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico. [...] A interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural. Há sempre um processo de concreção, que é a *applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único; irrepetível.

Percorrendo este caminho, a doutrina vem criticando o que chama de universalismo jurídico³⁵ – que se ocupa unicamente da aplicação da norma em abstrato – e passando ao

³¹ TUZET, Giovanni. **Dover decidere**. Diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci ed., 2010, p. 227.

³² TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli ed., 2013, p. 13-17.

³³ “O julgamento de direito é certamente mais distante daquele histórico, dos fatos e das observações empíricas; mas não é radicalmente independente.” Tradução do original: “*Il giudizio di diritto è certamente più lontano, di quello storico, dai fatti e dalle osservazioni empiriche; ma non ne è radicalmente indipendente.*” FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 41.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 291 e 299.

³⁵ “O universalismo jurídico é objeto de várias críticas, fundadas sobretudo sobre a consideração – lugar comum entre os filósofos do direito – que a decisão nunca é fruto da aplicação mecânica das normas gerais, mas que, ao

particularismo, que dá maior importância ao caso concreto, específico, ou seja, ao caso particular no raciocínio jurídico, a suas circunstâncias e complexidades, do que a mera aplicação mecânica da norma.³⁶

Para Tuzet³⁷ e Streck³⁸, os métodos epistemicamente mais eficazes de hermenêutica são os modelos de círculo ou de espiral. Constituem-se de contínua e circular identificação das hipóteses normativas aplicáveis com base nos fatos e nas provas produzidas, ao mesmo tempo em que identificam os fatos a partir das normas que se quer aplicar, numa construção dialética da decisão justa. Não há, portanto, a precedência da identificação da verdade dos fatos para a posterior aplicação da norma, como historicamente prevê o silogismo. Nesse sentido, Taruffo³⁹ assim descreve a interpretação abdutiva:

invés disso, a aplicação da norma não pode se dar sem a devida referência à complexidade do caso particular sobre o qual a decisão diz respeito. As orientações que de várias maneiras seguem esta perspectiva são chamadas de *'particularismo jurídico'*, e fazem referência em particular ao raciocínio pelo qual são formuladas as decisões judiciais." Tradução do original: "*L'universalismo giuridico è oggetto di varie critiche, fondate soprattutto sulla considerazione – che ormai costituisce un luogo comune tra i filosofi del diritto – che la decisione non è mai il frutto dell'applicazione meccanica di norme generali, e che invece l'applicazione della norma non può avvenire se non facendo riferimento alla complessità del caso particolare su cui verte la decisione. Gli orientamenti che in vario modo seguono questa prospettiva si indicano comunemente come 'particularismo giuridico', e fanno riferimento in particolare al ragionamento con cui si formulano le decisioni giudiziarie.*" TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar. 2014, ano LXVIII, n. 1, Milano, Giuffrè, p. 40.

³⁶ Vide Seção 3.7. *infra*.

³⁷ "De fato, como acredito, os modelos do círculo e do espiral hermenêutico são eficazes na representação da dinâmica cognitiva com qual vêm qualificados os fatos e individuadas as normas relevantes com o fim de determinar as consequências normativas do caso concreto." Tradução do original: "*Infatti, come ritengo, i modelli del circolo e della spirale ermeneutica sono efficaci nel rappresentare la dinamica cognitiva con cui vengono qualificati i fatti e individuate le norme rilevanti al fine di determinare le conseguenze normative nel caso concreto.*" TUZET, Giovanni. **Dover decidere**. Diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci ed., 2010, p. 230. No mesmo sentido, Alberto Tedoldi afirma: "Restam envolvidos em uma espiral hermenêutica de contínua remessa do fato ao direito e vice-versa, como em um jogo de espelhos (ou de 'neurônios espelhos', que segundo a mais moderna pesquisa neurofísica favorecem a empatia, elemento fundamental nas relações interpessoais a para a compreensão autêntica dos fatos), exata individuação e aplicação da norma ou do princípio jurídico à fatiespécie reconstruída no seio do processo [...]" Tradução do original: "*Restano in modo coinvolti, in una spirale ermeneutica che continua a rimandare dal fatto al diritto e vice-versa, come in un gioco di specchi (o di 'neuroni specchio', che secondo le più moderne ricerche di neurofisiologia favoriscono l'empatia, elemento fondamentale nei rapporti interpersonali e per la comprensione autentica dei fatti), l'esatta individuazione e applicazione della norma o del principio giuridico alla fattispecie ricostruita in seno al processo [...]*". TEDOLDI, Alberto. Processo civile e giudicato "alla deriva". In: CIPRIANI, Franco. **Il Giusto Processo Civile** – Rivista Trimestrale. coord. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VIII – n. 4/2013. Milano: 2013, p. 1061.

³⁸ "Penso, por esse motivo, que isso necessita ser mais bem esclarecido, ou seja, é preciso compreender que o círculo hermenêutico caracteriza *determinada* concepção hermenêutica, que tem origem em Heidegger (aliás, esse autor acaba sendo - no mais das vezes - esquecido ao se fazer referência ao *hermeneutische Zirkel*, como se "o círculo" fosse uma criação de Gadamer)." In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 301.

³⁹ Tradução do original: "*Poichè peraltro in questo procedimento di trial and error o – se si preferisce – di abduzione interpretativa, non vi è nulla di meccanico o predeterminato, è un'attività eminentemente creativa che porta il giudice ad attribuire rilevanza a determinati particolari del caso, e a modellare su di essi*

Porque por outro lado, neste procedimento de *trial and error* (tentativa e erro) ou, se preferir, de abdução interpretativa, não há nada de mecânico ou predeterminado, é uma atividade eminentemente criativa que induz o juiz a atribuir relevância a determinados *particulars* do caso, e a modelar sobre eles a interpretação da norma jurídica que pretende aplicar.

Para Ferrua⁴⁰ – em sede de processo penal – a condenação decorre da identificação entre os enunciados referenciais (descrição fática na acusação) e os enunciados legislativos (tipo penal previsto em lei). Salvatore Patti⁴¹ também comunga da mesma conclusão: “A decisão ‘justa’ da lide pressupõe a correta definição dos fatos e, portanto, a busca da verdade.”

Observa-se, então, que, tanto para Tuzet quanto para Ferrua e Streck, a cognição da *quaestio facti* e a cognição da *quaestio juris* ocorre em conjunto, na compreensão, não havendo “uma linha divisória clara – ou uma precedência obrigatória entre reconstrução do fato e qualificação jurídica”.⁴² Segundo Alvin I. Goldman, “As questões de mérito não são idênticas aos fatos físicos: elas se originam da combinação dos fatos físicos e dos critérios normativos”.⁴³

Mas a cognição das normas, como esfera de pesquisa, é mais ampla e engloba não só a aplicação do direito no âmbito do processo, mas também outros objetos. Tuzet⁴⁴ a divide em três espécies: a) cognição *de* direito, que tem o direito como objeto de conhecimento; b) cognição *no* direito, que representa o conhecimento no âmbito do direito, como o processo; e c) cognição *do* direito, que tem o direito como fonte.

Assim, a partir da definição de filosofia cognitiva do Direito segundo Tuzet, podemos concluir que, no processo, há 1) cognição de reconstrução dos fatos (cognição no processo por abdução), 2) cognição de aplicação da norma ao caso concreto ou de subsunção (cognição das

l'interpretazione della norma che intende applicare.” TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar. 2014, ano LXVIII, n. 1, Milano, Giuffrè, 2014, p. 43.

⁴⁰ FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 40-41.

⁴¹ Tradução do original: “*La decisione ‘giusta’ della lite presuppone un corretto accertamento dei fatti e quindi la ricerca della verità.*” PATTI, Salvatore. La disponibilità delle prove. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Numero Speciale, La disponibilità della Tutela Giurisdizionale (cinquant’anni dopo), Supplemento al Fascicolo 1/2011. Giuffrè: Março, 2011, p. 80.

⁴² Tradução do original: “[...] *un confine netto – o una precedenza definitiva – fra ricostruzione fattuale e qualificazione giuridica.*” TUZET, Giovanni. **Dover decidere**. Diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci ed., 2010, p. 230.

⁴³ Tradução do original: “*Merit facts are not identical with physical facts; they ‘arise from’ a combination of physical facts and normative criteria.*” GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 274.

⁴⁴ TUZET, Giovanni. **Dover decidere**. Diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci ed., 2010, p. 231.

normas mediante a hermenêutica circular ou espiral) e 3) cognição das normas, por ora, chamada *abstrata*, ou seja, debate no processo quanto à validade, eficácia e constitucionalidade das normas que as partes e o juiz entendem como *aplicáveis* ao caso. Esta terceira forma de epistemologia das normas, cognição *de* direito no âmbito *do* direito (processo), pode ocorrer no processo subjetivo, mediante o controle difuso de constitucionalidade (das normas aplicáveis ao caso), ou fora do processo subjetivo, como no controle concentrado de constitucionalidade, ou no estudo da doutrina, ou na universidade.

Em determinado processo, por exemplo, no qual o objeto litigioso diz respeito ao direito de um servidor público de acumular aos seus vencimentos determinada verba paga *pro labore faciendo*, de acordo com os requisitos previstos por determinada lei estadual, o juiz e as partes vão ter de enfrentar algumas questões cognitivas: 1) determinar *de fato*, mediante provas, se o servidor cumpriu os requisitos previstos em lei; 2) interpretar se aquela lei é aplicável ao caso concreto; e 3) avaliar se aquela lei estadual é ou não válida e constitucional. São três atividades cognitivas que serão desenvolvidas no raciocínio jurídico no processo pelas partes e principalmente pelo juiz na sentença, e que podem ser teoricamente separadas, mas que no processo se apresentam indissociáveis na hermenêutica circular.

Porém, como já nos adiantávamos acima, a terceira espécie cognitiva, acerca da validade e constitucionalidade das normas, também é abarcada pela indissociabilidade do julgamento das questões fáticas e de direito. Lembremos que Streck descortina a abstração dos controles de constitucionalidade, recordando que se trata de um discurso de *aplicação* da norma ao fato – mesmo no controle concentrado – e não de mera *justificação/fundamentação* como pretende Habermas. Para Streck – a partir de Gadamer –, há faticidade tanto no controle difuso como no concentrado, pois "Só se faz controle concentrado, do mesmo modo que o difuso, a partir de pré-compreensões, que por sua vez estão (sempre) baseadas em situações concretas. Não se faz controle concentrado isolado das situações concretas".⁴⁵ Como reproduzido anteriormente: não há normas sem fatos; ou, se nos é permitido dizer, os fatos são a pré-compreensão das normas.

Definido o âmbito da filosofia cognitiva do Direito pelo qual vamos caminhar, devemos adequar o tipo de cognição no processo aos tipos de conhecimento reconhecidos pela epistemologia.

1.3 O conceito de cognição no Direito Processual Civil brasileiro frente aos tipos de conhecimento reconhecidos pela epistemologia

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168.

Os conceitos de cognição encontrados na doutrina no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro em regra não levam em consideração relevantes aspectos epistemológicos do conceito de conhecimento, necessários à definição dos objetivos e do alcance que deve perseguir o conhecimento no processo.

Já tivemos a oportunidade de recordar⁴⁶ que, conforme Kazuo Watanabe, a palavra *cognitio* somente toma seu significado moderno como atividade necessária anterior ao julgamento⁴⁷ a partir de Cícero em Roma.⁴⁸ Segundo o romanista Remo Martini, a qualificação de *cognoscere* como atividade lógica origina-se dos ensinamentos, além de Cícero, de Catone, Varrone, Títo Lívio, *verbis*:

Conhecer, entretanto, significa juridicamente examinar. [...] Principalmente empregado como a atividade lógica que precede e se distingue daquela volitiva do *statuere* e do *iudicare*, como surge na linguagem de Catone, Cicerone, Varrone, Tito Lívio, havendo por vezes também um significado prevalente de incluir em si a decisão, a emanção da sentença.⁴⁹

Kazuo Watanabe adota conceito semelhante a este histórico, *verbis*:

prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.⁵⁰

Seu conceito, pode-se observar, localiza a cognição na atividade de "considerar, analisar e valorar" alegações e provas que serão fundamento para o julgamento. Giovanni Arieta, por

⁴⁶ ARAUJO, José Aurélio de. A cognição sumária e a coisa julgada no processo justo. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1073-1134.

⁴⁷ A precedência da cognição à execução é dogma do processo, produto da justiça, do contraditório, da razão como também da história, que pode ser afastado em hipóteses excepcionais como na tutela de urgência. "Reafirmaram eles (*os juristas da Idade Média*), em primeiro lugar, o princípio da necessária precedência da cognição; o credor devia sempre submeter suas pretensões à apreciação do juiz em processo contraditório para que fossem julgadas procedentes, ou improcedentes: *primo intentanda est actio* (Glosa); *non est incoandum ad executionem* (Bartolo)." LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986, p. 11.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

⁴⁹ Tradução do original: "*Cognoscere dal canto suo significa giuridicamente esaminare. [...] Per lo più impiegato a indicare l'attività logica che precede e si distingue da quella volitiva dello statuere e del iudicare, come appare dal linguaggio di Catone, Cicerone, Varrone, Tito Lívio, esso ha a volte però anche un significato pregnante tale da ricomprendere in sè la decisione, l'emanazione della sentenza.*" MARTINI, Remo. **II problema della causae cognitio pretoria**. Milão: Giuffrè, 1960, p. 16-17.

⁵⁰ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

outro lado, limita o conceito de cognição ao raciocínio jurídico desenvolvido pelo juiz na fundamentação do provimento jurisdicional.⁵¹ O autor que mais se aproxima do conceito que consideramos adequado para a reflexão que pretendemos empreender é Cândido Rangel Dinamarco. Reconhecendo a amplitude e abrangência da função, o autor enumera algumas das facetas da cognição: interpretação dos fatos (causa de pedir e fundamentos da defesa) e sua adequação a uma categoria jurídica substancial (responsabilidade civil contratual ou extracontratual, posse, mútuo, locação, comodato), interpretação legal e avaliação da veracidade dos fatos mediante a avaliação das provas.⁵² Este conceito de cognição leva em consideração, como objeto, as duas condições⁵³ qualificadoras da justiça da decisão: correta aplicação da norma jurídica e veracidade dos fatos.

Já dissemos alhures⁵⁴ que a cognição é a atividade e o produto desta atividade exercida pelo juiz e pelas partes, seus destinatários, de se contatarem com todos os elementos fáticos e jurídicos necessários à produção de decisões justas – objeto cognoscível. Ou, ainda, que a atividade intelectual exercida pelo juiz e pelas partes no contato e na análise das razões, das alegações e das provas, para o exercício da Jurisdição, sobre qualquer questão em qualquer processo de conhecimento, cautelar ou executivo, quer diga respeito ao mérito, quer trate de aplicação de norma processual, é chamada de conhecimento ou cognição.⁵⁵ Devemos observar, portanto, que a cognição abarca tanto a atividade de "considerar, analisar e valorar" alegações e provas, exercitada pelas partes e pelo juiz ou tribunal, ao longo do processo ou do recurso, como também o raciocínio jurídico exercido pelo juiz, influenciado pelas partes (contraditório antecipado), descrito na motivação da sentença ou do acórdão.

⁵¹ "A sumariedade destas formas de tutela é, em primeiro lugar, sumariedade de cognição, isto é da atividade lógico-jurídica que o juiz é chamado a adimplir ao fim e em função da pronúncia do provimento." Traduzido do original: "*La sommarietà di queste forme di tutela è, in primo luogo, sommarietà di cognizione, cioè dell'attività logico-giuridica che il giudice è chiamato a compiere ai fini e in funzione della pronuncia del provvedimento.*" ARIETA, Giovanni. **Trattato di Diritto Processuale Civile**, Le Tutele Somarie. Milão: Cedam, 2010, p. 3, vol. 10.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 164, vol. I.

⁵³ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 117-118.

⁵⁴ ARAUJO, José Aurélio. A cognição sumária e a coisa julgada no processo justo. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1073-1134.

⁵⁵ "Como facilmente se compreende, ordinariamente o juiz primeiro estabelece contato com a causa e seus fundamentos, entre os quais os de fato e a prova, para depois julgar. Assim é a linha geral dos processos de conhecimento (que devem terminar com uma sentença de mérito), com óbvias razões para que o conhecimento seja o natural apoio do julgamento." In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 164, vol. II.

Salvatore Satta critica a utilização do conceito de processo cognitivo inserido no Código de Processo Civil italiano de 1942, por influência de Chiovenda segundo o autor, pois a atividade cognitiva, além de confundir-se com juízo (*giudizio*), não é suficiente para distingui-lo do processo de execução, pois há cognição "em qualquer provimento do juiz, seja ou não seja contencioso; onde a fórmula processo de cognição aparentaria totalmente inapropriada".⁵⁶

Se o estudo da cognição não pode mais prescindir do diálogo com a filosofia do direito através da epistemologia, o conceito de cognição no Processo Civil brasileiro deve, então, se relacionar com outras espécies de conhecimento reconhecidos pela epistemologia. Amoretti e Marsonet⁵⁷ distinguem três tipos de conhecimento (*conoscenza*): o conhecimento direto, chamado objetivo, que sucede quando mantemos contato com o objeto ou com a pessoa; o conhecimento competente ou prático (*conoscenza competenziale*), quando nos referimos a um fazer, a uma habilidade, capacidade ou competência específica; e o conhecimento proposicional (*conoscenza proposizionale*), quando sabemos que certa proposição *p* é justificada como verdadeira, de acordo com a teoria tripartida de Platão da verdade por correspondência.⁵⁸ São conceitos de conhecimento interconexos, pois podem se relacionar uns com os outros e coexistir como conhecimento jurídico no processo.

Os sujeitos do processo mantêm contato com o objeto cognoscível, exercitando conhecimento sobre as alegações de fato e de direito e as provas. Essa atividade cognitiva direta é exercida ao longo de todo processo, quando da leitura dos atos processuais, incluindo os articulados, da oitiva das partes e das testemunhas, da realização da inspeção judicial, enfim, durante toda a atividade probatória e mesmo para aquele juiz que, apesar de não ter tido contato com a produção da prova, vai prolatar a decisão. Mas, à evidência, o conhecimento direto é apenas uma fração do conhecimento proposicional que será desenvolvido no processo, ou seja, o sujeito cognitivo toma contato com objeto probatório para iniciar a aferição da verdade da proposição.

Por outro lado, os peritos devem demonstrar seu conhecimento prático para produzir laudos através da descrição das convergências e das divergências científicas de sua especialidade, como o juiz, no sistema de magistratura profissional, é selecionado através de

⁵⁶ SATTA, Salvatore. **Cognizione**. Enciclopedia del Diritto, vol. VII, Cir.-Compa. Milão: Giuffrè ed., 1958, p. 306-307.

⁵⁷ AMORETTI, M. Cristina; MARSONET, Michele. Introduzione. Un percorso tra conoscenza e verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. VII-VIII.

⁵⁸ Vide Seção 1.5, *infra*.

concurso público dentre aqueles que contam com no mínimo três anos de atividade jurídica. A atividade cognitiva presente na hermenêutica qualifica o conhecimento como prático, mas não é só. Tuzet, quando expõe sua ideia acerca do conhecimento jurídico, afirma que o conhecimento prático não diz respeito ao saber sobre o direito como objeto, mas à atividade ligada ao direito: saber julgar, saber argumentar ou convencer um tribunal, mas não acerca do próprio direito, não podendo qualificá-lo como conhecimento prático.⁵⁹ De uma forma ou de outra, apesar de não ser o conhecimento desenvolvido no interior do processo – o que nos interessa na presente tese –, o conhecimento prático é uma espécie que influencia externamente a administração da justiça e do processo.

Para Ferrua⁶⁰, tanto no juízo histórico-fático quanto no juízo jurídico, o que há é o confronto proposicional, sendo certo que, no primeiro, a relação ocorre entre as proposições da inicial, da contestação e finalmente da decisão e da proposição probatória, quando, no segundo, a relação se perfaz entre aquelas proposições e a proposição legal, constante na lei. O sistema é o mesmo: congruência entre proposições, diferenciando-se pela forma de obtenção dos significados: uma semântica e outra natural. Não há, portanto, método de verificação da veracidade fora da coerência linguística entre estes dois enunciados. Assim, a justificação da decisão se dá na construção da linha epistêmica de segmentos inferenciais que sucedem na cadeia argumentativa⁶¹.

Por fim, o conhecimento proposicional no processo como atividade destinada a viabilizar o julgamento e justificar a decisão. Conforme Tuzet, "o conhecimento do direito é essencialmente proposicional"⁶²: conhecimento dirigido à identificação da verdade da proposição. Esta última afirmativa – que interessa à presente pesquisa – pressupõe a concordância acerca da existência de vínculo entre o conceito de verdade e o conceito de conhecimento proposicional.⁶³

O raciocínio jurídico dirigido ao julgamento é essencialmente proposicional: o reconhecimento da verdade das proposições fática e jurídica.

⁵⁹ TUZET, Giovanni. **Dover decidere**. Diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci ed., 2010, p. 216.

⁶⁰ FERRU, Paolo. **Il 'giusto processo'**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 47.

⁶¹ UBERTIS, Giulio. **Profili di Epistemologia Giudiziaria**. Milão: Giuffrè, 2015, p. 15-19.

⁶² Tradução do original: "[...] *la conoscenza del diritto sia essenzialmente proposizionale*". TUZET, Giovanni. **Dover decidere**. Diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci ed., 2010, p. 218.

⁶³ AMORETTI, M. Cristina; MARSONET, Michele. Introduzione. Un percorso tra conoscenza e verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. X.

1.4 O objeto da cognição direta e a presença da cognição ao longo de todo o processo

A divisão da cognição no processo em 1) cognição de reconstrução dos fatos, 2) cognição de aplicação da norma ao caso concreto ou de subsunção e 3) cognição da validade e constitucionalidade das normas, além de se adequar às duas das três condições que caracterizam uma decisão como justa, também não é conflitante com os elementos da cognição, ou seja, as questões processuais, as condições da ação e o mérito, estando englobadas, neste, todas as questões de fato e de direito trazidas pelo autor e pelo réu ao processo, através de seus articulados e das provas produzidas.⁶⁴

Assim, o *objeto da cognição* não se limita ao *objeto litigioso*, critério aplicado para o acertamento dos limites objetivos da coisa julgada. O objeto da cognição é mais amplo. A coisa julgada abarcará os elementos objetivos da demanda, pedido e causa de pedir, não podendo se estender a outra ação ou elementos. É certo que o objeto do julgamento estará nos limites do pedido e da causa de pedir trazidos pelo autor: só sobre isso poderá o juiz exercer jurisdição. Do mesmo modo que o *iudex* somente podia julgar dentro dos limites da fórmula, com a *tria eadem*, criada pelo pretor no processo *per formulas*, a partir da participação do autor e do réu, o juiz moderno vai julgar dentro dos limites objetivos da coisa julgada, mas conhecendo as alegações do réu, evidentemente.

Ocorre que, para isso, em razão da bilateralidade do direito de ação, do contraditório, o juiz terá que analisar não só o pedido e a causa de pedir da exordial, mas as questões trazidas pelo réu (defesas processuais e materiais, diretas e indiretas), as provas atinentes aos pontos controvertidos nos limites que o processo lhe permitir, por limitações de rito, de recursos ou de extensão vertical ou horizontal da cognição.

Para Cândido Rangel Dinamarco, o objeto da cognição é amplo, englobando “Todos os pontos sobre os quais o juiz busca inteirar-se suficientemente para julgar”.⁶⁵ Kazuo Watanabe não vincula a cognição apenas à função de embasar a solução do objeto litigioso, do *iudicium*,

⁶⁴ Neste sentido, também são as lições de Kazuo Watanabe. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111-113.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 164, vol. I.

ou seja, à atividade final de julgamento do processo de cognição, ao *silogismo final*⁶⁶, mas também à análise dos pressupostos processuais e das condições da ação. Necessário reproduzir a conclusão de Leonardo Greco aplicada à hipótese:

Mas a cognição do juiz ultrapassa o objeto litigioso, porque, além desses três elementos, cabe ainda ao juiz examinar conclusivamente as questões de direito material suscitadas pelo réu, a chamada *causa excipiendi*, que em conjunto com aqueles compõem o mérito, ou seja, todas as questões de direito material; vai mais além essa cognição, incluindo ainda as questões processuais e relativas à existência do direito de ação e ao impulsionamento do processo. Temos, pois, de distinguir o objeto da jurisdição (o pedido), o objeto litigioso (partes, pedido e causa de pedir), o mérito, como conjunto de questões de direito material (o objeto litigioso + a *causa excipiendi*), e o objeto da cognição (pressupostos processuais, condições da ação e mérito).⁶⁷

O objeto do conhecimento é formado, portanto, pelas proposições feitas pelas partes e pelo juiz através dos enunciados fáticos e jurídicos e das provas produzidas no processo. Então, há conhecimento proposicional em todo processo, em toda fase de processo ou em toda decisão judicial, qualquer que seja a sua natureza: conhecimento, executivo ou cautelar.

1.5 Conhecimento como crença verdadeira e justificada

Há um vínculo imediato e intuitivo entre conhecimento e verdade quando observamos que não é possível conhecer algo de falso, pois, nesse caso, não se trata propriamente de conhecimento, mas de mera crença.

O significado de verdade parte da concepção de Aristóteles de verdade como correspondência com os fatos ou com a realidade⁶⁸, ou seja, um enunciado é verdadeiro *se e somente se* corresponder à realidade: *adaequatio intellectus ad rem*.

⁶⁶ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

⁶⁷ GRECO, Leonardo. **A Teoria da Ação no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 47.

⁶⁸ "[...] o pensamento aristotélico que 'para dizer que isso é o que é, ou o que isso não é não é, é verdade.'" Tradução do original: "[...] *Aristotelian insight that 'to say of what is that it is, or of what is not that it is not, is true'*." HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, p. 9922. "Assim disse Aristóteles: um juízo é verdadeiro, quando deixa ficar-diante como ligado a isso que, também na realidade da coisa, se apresenta ligado; um juízo é falso, quando deixa que, no discurso, fica-diante como ligado a isso que, na realidade da coisa, não fica-diante ligado. A verdade do discurso se determina assim como a adequação do discurso a coisa, quer dizer como adequação do deixar-se ficar-diante com o discurso da coisa deixada ficar-diante. Deriva disso a definição de verdade, bem conhecida a partir da lógica, como *adaequatio intellectus ad rem*." Tradução do original: "*Così dice Aristotele: un giudizio è vero, quando lascia giacere-davanti come unito ciò che, anche nella realtà della cosa, si presenta*

A Teoria Semântica de Alfred Tarski⁶⁹ moderniza a definição de verdade como correspondência de Aristóteles em uma fórmula de duas condições: o enunciado "a neve é branca" é verdade se e somente se a neve for branca. A verdade está em uma relação de correspondência entre o enunciado e o seu objeto.

Para Ferrua⁷⁰, esta definição é contraepistêmica, pois prescinde da justificação: a correspondência é com o objeto e não com outro enunciado, no caso do processo com a justificação mediante prova ou argumentação. Isto ocorre pois o fato pertence ao passado e o juiz reconstrói o fato mediante as provas, ou seja, fatos presentes.

Platão (*Teeteto*)⁷¹, por seu turno, reconhecia a conexão entre conhecimento e verdade: a crença meramente acidental de ser verdadeira uma proposição não é propriamente conhecimento, pois este exige a devida justificação. A simples crença não é conhecimento, e esta perspectiva é especialmente relevante para o grego, pois o termo epistemologia deriva de *episteme*, que significa o conhecimento objetivo em contraposição à *doxa*, que significa mera crença subjetiva ou opinião.⁷² Para ressaltar essa diferenciação, Platão criou a definição

unito; un giudizio è falso, quando lascia che, nel discorso, giaccia-davanti come unito ciò che, nella realtà della cosa, non giace-davanti unito. La verità del discorso si determina così come adeguatezza del discorso alla cosa, vale a dire come adeguatezza del lasciar giacere-davanti col discorso alla cosa giacente-davanti. Deriva da qui la definizione della verità, ben nota a partire dalla logica, come adaequatio intellectus ad rem.". GADAMER, Hans-Georg. **Che cos'è la verità?** Soveria Mannelli: Rubbettino, 2012, p. 112-113.

⁶⁹ HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, p. 9863 e FERRUA, Paolo. **Il 'giusto processo'**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 44. UBERTIS, Giulio. **Profili di Epistemologia Giudiziaria**. Milão: Giuffrè, 2015, p. 16.

⁷⁰ FERRUA, Paolo. **Il 'giusto processo'**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 43. UBERTIS, Giulio. **Profili di Epistemologia Giudiziaria**. Milão: Giuffrè, 2015, p. 18.

⁷¹ PLATÃO. *Teeteto*. In: REALE, Giovanni (dir.), **Tutti gli scritti**. Milão: Bompiani, 2014, p. 192-257. AMORETTI, M. Cristina; MARSONET, Michele. Introduzione. Un percorso tra conoscenza e verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. X. VASSALLO, Niela. Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007. GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 3.

⁷² "E então, mais uma vez: 'Mas um homem de discernimento como poderia equiparar o saber exato com aquele de natureza oposta?' Bravo – diz-se –, é claro que estamos de acordo ao dizer que uma coisa é a ciência e outra a opinião". Tradução do italiano: "*E quello, di rimando: 'Ma un uomo di senno come potrebbe equiparare il sapere esatto con quello di natura oposta?' Bravo – dissi –, è chiaro che ci troviamo d'accordo nel dire che altro è la scienza, altro l'opinione.*" PLATÃO. *Repubblica*, V 476 E – 478 A. In: REALE, Giovanni (dir.), **Tutti gli scritti**. Milão: Bompiani, 2014, p. 1210. "Platão chama *doxa* ou *opinione* a forma de conhecer do sensível, distinguindo-a claramente da verdadeira *scienza*, que verte entorno do verdadeiro ser." Traduzido do original: "*Platone chiama doxa o opinione la forma di conoscere del sensibile, distinguendola nettamente dalla vera scienza, che verte intorno al vero essere.*" REALE, Giovanni. *Introduzione generale*. In: Platone: **Tutti gli scritti**. dir. REALE, Giovanni, Milão: Bompiani, 2014, p. LI. AMORETTI, M. Cristina; MARSONET, Michele. Introduzione. Un percorso tra conoscenza e verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. XXIV. GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 7.

tripartida do conhecimento, segundo a qual conhecimento é uma crença verdadeira e justificada, ou seja, determinado sujeito cognitivo *S* crê que a proposição *p* é verdadeira se e somente se⁷³ (1) *S* acredita que *p* seja verdadeira, (2) *p* é verdadeira e (3) *S* tem justificativa para acreditar que *p* seja verdadeira.

Estas três condições são chamadas, respectivamente, de condição objetiva do conhecimento ou condição da verdade, condição subjetiva do conhecimento e condição de justificação. Significa dizer que o conhecimento não pode prescindir da verdade e que esta verdade – ou a proposição verdadeira – há de estar justificada. Ou, ainda, que o requisito mínimo para conhecer é ter uma crença verdadeira justificada.⁷⁴

Algumas teorias filosóficas acrescentam a esta fórmula do conhecimento uma quarta condição: a exclusão de alternativas possíveis. Assim, para que uma proposição *p* seja verdadeira, o sujeito *S* deve acreditar que *p* seja verdadeira com base em provas que justifiquem acreditar que *p* seja verdadeira e que excluam todas as outras possibilidades. Essa fórmula expressa o que os filósofos chamam de conhecimento *em sentido forte* em contrapartida a conhecimento *em sentido fraco*.⁷⁵

Parafraseando os vários exemplos prosaicos dos quais se utilizam os filósofos epistêmicos para provar suas convicções, é possível dizer, portanto, que o conhecimento é indissociável da verdade, pois ninguém pergunta, seriamente, para o outro onde estão as chaves do carro, o que há para almoçar, qual o defeito do aparelho, quanto custa a casa, quem foi o culpado pelo acidente ou qual a partícula mínima da matéria, para receber em resposta uma mentira.

1.6 Contra a *verophobia* ou verdade como valor fundamental do processo

Não é possível avaliar o estado de espírito no qual se encontrava Pôncio Pilatos ao se deparar com Jesus, no meio da madrugada, à porta de sua residência, chamado a julgar um

⁷³ VASSALLO, Nicla. Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 3.

⁷⁴ VASSALLO, Nicla. Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 6.

⁷⁵ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, p. 23.

Homem levado por seus pares que, por força da religião, às vésperas da Páscoa, se recusavam a adentrar à casa de um pagão por considerá-la impura. Mas, mesmo incitados por Pilatos a resolver a questão sob sua lei, os incômodos visitantes da madrugada insistiam que a lei de César deveria ser cumprida com a morte e a crucificação de Jesus.

A atitude do Governador da Judeia, de entrar em sua casa e mandar vir o Prisioneiro para ter com ele, demonstra certa impaciência já somada à natural falta de gosto para as coisas, que todo romano demonstrava quando fora de Roma naquela “terra selvagem”, “terra tão odiosa”, como diria o exilado Ovídio na sua *Tristia e le Epistulae ex Ponto*. Ou talvez o tenha feito por respeito ao contraditório, pois inicia uma tomada de depoimento de Jesus acerca das acusações de ser o “rei dos judeus”, frente as quais o Acusado ratifica Sua missão de ter nascido e vindo ao mundo “para dar testemunho da verdade”.

Então, da boca do Governador romano, homem provavelmente culto, conhecedor das filosofias aristotélica e platônica, saem as céticas palavras: “*Quid est veritas?*”. Dito isso, vai ao encontro dos judeus para dizer-lhes que não via culpa no Acusado, mas que concederia o perdão judicial da Páscoa a quem eles decidissem. Ao não esperar resposta de Jesus a sua pergunta, Pilatos demonstra seu ceticismo, desdenhando do que Ele disse ser a verdade.

Não é possível saber qual o estado de ânimo de Pilatos naquela madrugada que mudou a História, mas, se tivesse acreditado no que conheceu, no que viu e ouviu, na percepção que tivera de estar diante de uma acusação vazia, talvez não tivesse optado por uma decisão subjetiva e política de evitar a balbúrdia em sua governança e, então, vendo e ouvindo o que via e ouvia, pudesse ter julgado com a verdade.

Friedrich Nietzsche⁷⁶ não teve dúvida quanto ao ceticismo e ao “escárnio nobre” contidos nas palavras de Pôncio Pilatos, nesta, a meu ver, belíssima e dramática passagem da Bíblia:

Será que eu já disse que no Novo Testamento há apenas uma figura que merece ser respeitada? Pilato, o governador romano. Levar a sério a questão de um judeu, ora, nem mesmo consegue conceber uma coisa dessas. Um judeu a mais ou a menos, que importa? [...] O escárnio nobre de um romano diante do qual a palavra “verdade” foi descaradamente violentada enriqueceu o Novo Testamento com a única frase válida, que é sua própria crítica, sua própria aniquilação: “o que é a verdade?”.

Não, por acaso, Nietzsche⁷⁷ será reconhecido, séculos depois das palavras do governador romano, como o fundador e o grande filósofo do ceticismo moderno: o maior

⁷⁶ NIETZSCHE, Friedrich W. **O Anticristo**. Maldição do Cristianismo. Rio de Janeiro: Int. D.E.L. International Publishers, 1996, p. 71, § 46.

inimigo da verdade e da moral. A verdade, a partir da filosofia a marteladas *nietzschiana*, passa a ser negada pelas diversas formas de subjetivismo, irracionalismo e ceticismo, principalmente, a partir da segunda metade do século XX, com Derrida, Rorty, Deleuze e outros, também qualificados por Alvin I. Goldman⁷⁸ como construtivistas, pós-modernistas, pragmatistas, estudiosos da cultura, estudiosos jurídicos críticos, etc. Goldman crê que estas vertentes filosóficas sofrem de um mesmo mal que pode ser nomeado de *veriphobia*.

Os mais expressivos argumentos das vertentes da *veriphobia*, em especial contra a epistemologia social da qual o Direito faz parte, podem ser resumidos em seis fundamentos teóricos⁷⁹: 1) não existe uma verdade transcendente, mas a verdade é aquilo ao qual acordamos ser a verdade, como crenças sociais negociadas; 2) conhecimento, verdade e realidade são produtos da linguagem; 3) se considerarmos a existência de uma verdade transcendente, ela é inacessível aos seres humanos; 4) não há parâmetros epistemológicos seguros, pois todas as demandas são solucionadas por convenções ou jogos de linguagem; 5) a verdade é um mero instrumento de dominação e repressão; e 6) a verdade não pode ser aplicada, pois as práticas

⁷⁷ Para citar apenas duas das inúmeras passagens em que Nietzsche ataca a verdade: "O que é a verdade, portanto? Um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões, das quais se esqueceu que o são, metáforas que se tornaram gastas e sem força sensível, moedas que perderam sua efígie e agora só entram em consideração como metal, não mais como moedas." (NIETZSCHE, Friedrich W. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. § 1º. In: **Obras Incompletas Os pensadores**. trad. TORRES FILHO, Rubens Rodrigues. São Paulo: ed. Abril, 1978, p. 48). "Supondo que a Verdade seja uma mulher - não existe razão para duvidar que os filósofos, porquanto eles têm sido dogmáticos, falharam em compreender as mulheres - que a terrível seriedade, a desajeitada insistência com que se aproximam da verdade, foram meios inadequados para conquistar a dama? Certamente, ela nunca se deixou ser conquistada; e hoje toda espécie de dogmatismo encontra-se desencorajado - se algum dia esteve em pé! [...] A falsidade de uma opinião não chega a constituir, para nós, uma objeção contra ela, sendo talvez nesse ponto que a nossa nova linguagem se mostre mais estranha." Tradução do original: "*Supposing that Truth is a woman – what then? Is there not ground for suspecting that all philosophers, in so far as they have been dogmatists, have failed to understand women – that the terrible seriousness and clumsy importunity with which they have usually paid their addresses to Truth, have been unskilled and unseemly methods for winning a woman? Certainly she never allowed herself to be won; and at present every kind of dogma stands with sad and discouraged mien – if, indeed, it stands at all! [...] The falseness of an opinion is not for us any objection to it: it is here, perhaps, that our new language sounds most strangely.*" NIETZSCHE, Friedrich W. Preface. **Beyond Good and Evil**. The Modern Library: Nova Iorque, 1937, p. XV.

⁷⁸ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 7. Conforme ressalta Maurizio Ferraris na sua *Presentazione* ao livro de Markus Gabriel, ao final, as próprias filosofias céticas estão a buscar a verdade: "Mas isso não significa que tudo seja socialmente construído, ou que a verdade seja um mal. De resto não nos esqueçamos que quem insistiu sobre o caráter construído da verdade o fez em nome da realidade e da verdade. No fim das contas, se Nietzsche, Freud, Marx escreveram o que escreveram, o fizeram em nome da verdade." Tradução do original: "*Ma questo non significa che tutto sia socialmente costruito, o che la verità sia un male. E del resto non si dimentichi che hanno insistito sul carattere costruito della realtà lo facevano in nome della realtà e della verità. In fin dei conti, se Nietzsche, Freud, Marx hanno scritto quello che hanno scritto, è stato in nome della verità.*" (FERRARIS, Maurizio. *Presentazione*. In: GABRIEL, Markus. **Il senso dell'esistenza: Per un nuovo realismo ontologico**. trad. MAESTRONE, Simone L. Roma: Corocci, e-book 2013, p. 35).

⁷⁹ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 11.

dela decorrentes serão sempre apropriadas e corrompidas pelos políticos ou por interesses pessoais. Esses argumentos, no entanto, não se mostram consistentes, e passamos a enfrentá-los de maneira genérica, na extensão a que nos impomos na presente tese, mediante a demonstração de razões que justificam a verdade.

A epistemologia que defende a existência da verdade não afirma que ela seja absoluta ou transcendente, aquela com "V" maiúsculo⁸⁰, do *l'occhio di Dio*⁸¹ – para utilizar expressão cara à epistemologia – como algumas religiões e filosofias tomam a verdade; mas a existência de uma verdade da qual dispomos, relativa e objetiva, pois se trata de uma verdade por correspondência. É objetiva – independente de nós e de nossa crença (*doxa*) – pois decorre da justificação. Essa afirmativa não é a negação da existência da verdade nem a sua relativização, mas se trata do realismo crítico⁸², que leva em conta a natural falibilidade de nossa capacidade sensorial e da ciência, que deve sempre levar em conta a aproximação hipotética e a possibilidade de erro.⁸³

Susan Haack⁸⁴, para explicar sua teoria acerca da verdade moral, esclarece o duplo uso que fazemos da palavra verdade. A verdade é identificada ora como propriedade e fenômeno, ora como partes específicas deste fenômeno e desta propriedade. É o que ocorre com a beleza ou com as coisas belas. No exemplo da autora, a "beleza está nos olhos da pessoa" significa reconhecer a beleza como fenômeno (*phenomenon*), diverso do que ocorre quando ressaltamos a "beleza do fundo do mar", como uma instância específica (*particular instance*) da beleza.⁸⁵

⁸⁰ “Naturalmente não se fala aqui de Verdade Absoluta, dado que a verdade com inicial maiúscula resta como patrimônio exclusivo de algumas metafísicas e de várias religiões, mas somente da verdade que pode ser descoberta no mundo incerto e frágil das coisas humanas.” Tradução do original: “*Naturalmente non si parla qui di Verità Assoluta, dato che le verità con le iniziale maiucole sono rimaste patrimonio pressochè esclusivo di alcune metafisiche e di varie religioni integraliste, ma semplicemente della verità che può essere scoperta nel mondo incerto e fragile delle cose umane.*” TARUFFO, Michele. *Verità negoziata?* In: CIPRIANI, Franco (Coord.). **Accordi di parte e processo**. Milano: Giuffrè. 2008, p. 75.

⁸¹ PUTNAM, H. **Verità e etica**. Trad. It., Milano, 1978, p. 145 apud MARSONET, Michele. *Verità, Scienza e Diritto*. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). *Conoscenza e verità*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 145, nota 1.

⁸² TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 78.

⁸³ MARSONET, Michele. *Verità, Scienza e Diritto*. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). *Conoscenza e verità*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 152.

⁸⁴ HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press, e-book 2014, p. 9789-9834.

⁸⁵ HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press, e-book 2014, p. 9794.

Como a beleza e a vida, a palavra verdade é usada para identificar a propriedade de ser verdadeiro e para aferir a verdade de uma pretensão, de uma proposição, de uma crença ou de um enunciado. Gramaticalmente poderíamos distinguir verdade de verdades, formando os seguintes enunciados comparativos:

- Existem muitas e várias proposições verdadeiras, mas uma única verdade.
- Algumas proposições verdadeiras são vagas, mas a verdade não é uma questão de grau.
- Algumas proposições são apenas parte da verdade, mas a verdade não se decompõe em partes.
- Algumas proposições tornam-se verdadeiras pelas coisas que as pessoas fazem; mas a verdade é objetiva.
- Algumas proposições fazem sentido apenas compreendidas como relativas a um local, um tempo, um sistema legal, etc.; mas a verdade não é relativa.⁸⁶

As verdades não sendo absolutas são verdades epistêmicas, ou seja, correspondentes à sua justificação. Da mesma forma que a doutrina da verdade por correspondência (Platão)⁸⁷ informa que a verdade corresponde à realidade dos fatos, a verdade no processo corresponde à prova e aos fundamentos de direito.

Os fatos existem independentemente de nós, não são verdadeiros ou falsos, mas as proposições é que podem ser consideradas como verdadeiras ou falsas. Portanto, se, para uma decisão ser considerada justa, ela deve abarcar a aplicação correta da norma a um fato reconhecido como verdadeiro, podemos dizer que a decisão será justa se a proposição final do julgamento aplicar justificadamente a lei de forma correta aos fatos considerados verdadeiros de acordo com a justificação probatória.

Para Dworkin, a verdade é definida como o máximo sucesso (*unique success*) da investigação interpretativa demonstrada pelo melhor argumento: “Uma proposição

⁸⁶ Tradução do original "There are many and various true propositions, but only one truth. Some true propositions are vague; but truth is not a matter of degree. Some propositions are only partly true; but truth doesn't decompose into parts. Some true propositions are made true by things people do; but truth is objective. Some true propositions make sense only understood as relative a place, a time, a legal system, etc.; but truth is not relative." HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press, e-book 2014, p. 9830.

⁸⁷ Como Sócrates questiona Hermógenes: "Nesse caso, aquilo que se diz existir é verdadeiro, como é falso aquilo que não existe?" Tradução do italiano: "E quello che dice gli enti come sono è vero, mentre quello che dice come non sono è falso?". PLATÃO. Cratilo. In: REALE, Giovanni (dir.). **Platone: Tutti gli scritti**. Milão: Bompiani, 2014, p. 136. Na tradução para o italiano de Francesco Callari: "Vero è il discorso che dice le cose come sono, falso quello che le dice come non sono". CALLARI, Francesco. Verità processo prova certezza: il circuito euristico della giustizia penale. **Rivista di Diritto Processuale**. Milão: CEDAM, ano LXVIII (Seconda Serie), n. 6, nov.-dez. 2013, p. 1347.

interpretativa verdadeira é verdadeira porque as razões para aceitá-la são melhores que as razões para aceitar qualquer proposição interpretativa rival".⁸⁸

No processo, a verdade depende dos meios de provas possíveis e disponíveis⁸⁹ e da capacidade de se produzir conhecimento. As proposições fáticas e jurídicas formuladas pelas partes e pelo juiz – sujeitos processuais cognitivos – serão conhecidas como verdadeiras ao final do processo, de acordo e na medida das provas e dos argumentos trazidos que a justifiquem e não em decorrência de avaliação subjetiva do juiz. Portanto, como atenta Taruffo⁹⁰, a verdade do processo é relativa e objetiva:

No contexto do processo é apropriado falar de uma verdade *relativa e objetiva*. A verdade do julgamento dos fatos é relativa – no sentido em que é relativo o seu conhecimento – porque se funda sobre a prova que justifica o convencimento do juiz e representa a base cognitiva sobre a qual encontra justificação o convencimento que um certo enunciado corresponda a realidade dos fatos da causa. A mesma verdade é objetiva enquanto não é fruto da preferência subjetiva e individual do juiz, ou dos outros sujeitos, mas se funda sobre razões objetivas que justificam o convencimento do juiz e derivam de dados cognitivos que resultam da prova.

Francesco Callari⁹¹, quando aplica a função epistemológica ao processo penal, ressalta que a justificação da proposição fática no processo ocorre através da prova:

Se a finalidade do processo penal é o julgamento da verdade acerca da verificação de determinados fatos, para poder aplicar a esses (como consequência jurídica) específica solução normativa, a prova deve ser considerada como o meio através do qual o direito pretende individualizar a verdade das proposições históricas no âmbito da atividade do juízo: "p é verdade" como sinônimo de "p é provado".

Isso evidentemente afasta o necessário consenso como elemento da verdade: a verdade não só prescinde do consenso como prescinde da crença de qualquer um para existir. Alvin I.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2014, p. 171.

⁸⁹ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli ed., 2013, p. 101.

⁹⁰ Tradução do original: "*Nel contesto del processo è appropriato parlare di verità relativa e oggettiva. La verità dell'accertamento dei fatti è relativa – nel senso che è relativa la conoscenza di essa – perchè si fonda sulle prove che giustificano il convincimento del giudice e rappresentano la base conoscitiva sulla quale trova giustificazione il convincimento che un certo enunciato corrisponda alla realtà dei fatti della causa. La stessa verità è oggettiva in quanto non è il frutto delle preferenze soggettive e individuali del giudice, o di altri soggetti, ma si fonda su ragioni oggettive che giustificano il convincimento del giudice e derivano dai dati conoscitivi che risultano dalle prove.*" TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 83.

⁹¹ CALLARI, Francesco. Verità processo prova certezza: il circuito euristico della giustizia penale. **Rivista di Diritto Processuale**. Milão: CEDAM, ano LXVIII (Seconda Serie), n. 6, nov.-dez. 2013, p. 1350. No mesmo sentido FERRUA, Paolo. **Il 'giusto processo'**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 45.

Goldman utiliza como parâmetro demonstrativo o argumento de que a Dorsal mesoceânica (conjunto de grandes cadeias de montanhas submersas no oceano) ou a estrutura helicoidal do DNA são verdades mesmo que ninguém forme crença acerca disto.⁹² Na filosofia ontológica de Markus Gabriel, isso representa o *argumento da faticidade*, ou seja, é admissível que os seres humanos possam criar automóveis, mas sempre haverá algum fato que não dependa do espírito humano, como o próprio fato de que os seres humanos criam automóveis.⁹³

Outro argumento falacioso do ceticismo diz respeito à relação da verdade com a linguagem: para Goldman, a crítica relativista pode ser resumida na afirmativa de Derrida: "A linguagem é tudo e nada existe fora dela".⁹⁴ Ou seja, a verdade, a realidade e o conhecimento existem somente no discurso, são produto deste; não havendo realidade possível independente da linguagem. O absurdo de tais teorias é exemplificado pela manifestação de um antropólogo pós-modernista, contada por Goldman, em simpósio acerca da sexualidade, de que se não existisse a palavra orgasmo, não seria possível uma experiência semelhante a esta.

Alvin I. Goldman, então, passa a descrever, através de vários estudos experimentais modernos em ciência cognitiva, como o valor da linguagem é superavaliado por essas teorias céticas e cita, para tanto, a teoria linguístico-determinista de Sapir-Whorf, anterior mesmo ao pós-modernismo, segundo a qual o pensamento das pessoas é determinado pelo que a linguagem propicia. Para essa teoria, as pessoas dividem o *spectrum* de cores de acordo com as palavras existentes para cores em sua linguagem. Mas – como adverte Goldman – o inverso também é verdadeiro, pois nas cores como vermelho-fogo, verde-limão, azul-celeste, azul-piscina, etc.⁹⁵, a linguagem difere as palavras para cores de acordo com padrões da realidade. Goldman cita, ainda, estudos que demonstram que algumas populações cuja linguagem de cores

⁹² GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 12.

⁹³ Segundo o Professor de cadeira de Epistemologia e Filosofia moderna da Universidade de Bonn: "Ora, se desejamos perguntar se, com tudo isso, somos também os criadores do fato de que nós produzimos automóveis. A resposta parece evidente: não! Podemos por certo produzir automóveis, mas não o fato de produzirmos automóveis. Em outras palavras, é sempre um jogo uma certa *faticidade* que recai sobre nossas costas." Tradução do original "*Ora però ci dobbiamo domandare se, con tutto questo, siamo anche i creatori del fatto che noi produciamo automobili. La risposta pare evidente: no! Possiamo di certo produrre automobili, ma non il fatto che produciamo automobili. In altre parole, è sempre in gioco una certa faticità che si trova alle nostre spalle.*" GABRIEL, Markus. **Il senso dell'esistenza: Per un nuovo realismo ontologico**. trad. MAESTRONE, Simone L. Roma: Corocci, e-book 2013, p. 202.

⁹⁴ Tradução do original: "*The text is all and nothing exists outside of it*" In: GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social Word**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 17.

⁹⁵ Alteramos os exemplos para palavras-cores em português, mas os exemplos realmente utilizados no texto foram *fire-engine reds*, *grass greens* e *lemon yellows*. GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 18.

é limitada ao preto e branco (povo Dani de Nova Guiné) ou ao preto, branco e vermelho aprendem de forma surpreendentemente rápida outras cores, o que demonstra sua capacidade de *pensar* e conhecer a realidade de outras cores que não estavam presentes em sua linguagem originalmente, aparentando possuírem uma experiência não lexical. Outros expressivos experimentos também são citados, como aquele no qual se constata que bebês de cinco semanas de idade já conseguem – mesmo sendo seres pré-linguísticos – fazer operações mentais aritméticas simples como somar um mais um.

Isso não quer dizer que se despreze a linguagem como ser-no-mundo, evidentemente. O método de identificação da verdade, nas palavras de Ferrua⁹⁶, está na congruência inferencial que conjuga o enunciado fático (realidade no passado) com a prova adquirida (realidade no presente): "a verificação fática se desenvolve através de uma linha *epistêmica ou inferencial* que coliga a proposição à ser provada e a premissa probatória". Para o autor, então, os passos do juízo histórico que coligará a verdade acerca do fato passado até a verdade presente são os seguintes: realidade presente → enunciados probatórios → enunciados a provar → realidade passada. Nesse esquema, há um caráter referencial entre os enunciados probatórios com a realidade presente ou/e entre os enunciados a provar com a realidade passada. A verdade não se limita ao mundo da linguagem, mas está na sua correspondência com a realidade e o mundo, através da justificação.

O argumento de ser a verdade um instrumento do poder opressivo ou "o conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder" teve em Michel Foucault um dos seus mais preciosos filósofos.⁹⁷ Mas o poder opressor, autoritário, no exercício de sua *Realpolitik* cria seus enunciados e os qualifica como verdadeiros independente de qualquer responsabilidade com os indivíduos e as coletividades. Não identifica a verdade através da interpretação moral, mas forma juízos de valor falsos e amorais e os qualifica como verdadeiros para justificar suas ações de poder.⁹⁸

No que diz respeito à transcendência da verdade, é possível distinguir – como faz Alvin I. Goldman⁹⁹ – questões radicalmente transcendentais e questões moderadamente

⁹⁶ Tradução do original: "*la verifica fattuale si svolge lungo la linea epistemica o inferenziale che collega la proposizione da provare alle premesse probatorie*" FERRUA, Paolo. **Il 'giusto processo'**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 45.

⁹⁷ FOUCAULT, Michel. **Verdade e Poder**. In: *Microfísica do poder*. org. MACHADO, Roberto. Rio de Janeiro: Graal, 1995, p. 1-14.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2014, p. 18-19.

⁹⁹ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 23.

transcendentes. Questões radicalmente transcendentes seriam aquelas inalcançáveis aos seres humanos, e as transcendências moderadas seriam aquelas outras comprováveis independentemente da concordância das pessoas, mas passíveis de verificação.

As questões postas em julgamento são moderadamente transcendentes, como garantir – no exemplo de Goldman – que há um litro de leite na geladeira, pois comprei um litro de leite há uma hora no supermercado e o coloquei lá. É possível que tenha me equivocado, que o recipiente não seja de leite, mas de suco, ou que meu filho o tenha bebido, mas a transcendência neste caso é moderada – como na maioria dos casos postos em julgamento: ações de alimentos, acidentes automobilísticos, cobranças de dívidas, etc.

É importante ressaltar, por outro lado, que não se deve impor preconceitos de complexidade ou de simplicidade acerca das causas, afirmando-se que *todo* processo de ação de alimentos é simples ou que todo processo de valor da causa acima de 60 (sessenta) salários-mínimos é complexo. A complexidade ou simplicidade pode ser pensada em tese, mas sua aferição efetiva só ocorre em concreto. O que estamos a afirmar, a partir de Goldman, é que a transcendência da maioria das causas trazidas para julgamento – complexas ou simples – não se aproxima sequer da transcendência de questões filosóficas acerca da existência de Deus, por exemplo.

As questões moderadamente transcendentes não são impossíveis de serem conhecidas quer pelo que Goldman chama de "*weak*" *knowledge* – crença verdadeira –, quer pelo que algumas doutrinas filosóficas chamam de "*strong*" *knowledge* – conhecimento que depende de aferição, de justificação, com a exclusão de outras possibilidades sérias, realísticas e genuínas.

Neste ponto, reside a importância do *affidabilismo* ou *reliabilism* como teoria da justificação, quando afirma que conhecimento é crença verdadeira justificada e que a justificação deve ser confiável, baseada em fontes, métodos e processos confiáveis de obtenção do conhecimento.¹⁰⁰

Assim, a mera conjectura, a generalização, o ouvir dizer (*hear say*), a prova pericial produzida por profissional sem a devida qualificação, o processo fracionado e autoritário ou aquele que, em razão da exacerbação da celeridade, como nos Juizados Especiais Cíveis, nega

¹⁰⁰ "Por '*confiabilismo*', na sua versão mais simples, temos então que *S* é justificado a acreditar que *p* seja verdadeira se e somente se a crença de que *p* é verdadeira seja produto de um processo cognitivo, ou de um método, confiável, ou de um processo ou um método que tenda a produzir muitas crenças verdadeiras." Tradução do original: "*Per l'affidabilismo, nella sua versione più semplice, abbiamo allora che S è giustificato a credere che p sia vera se e solo se la credenza che p sia vera viene prodotta da un processo cognitivo, o da un metodo, affidabile, ovvero da un processo o metodo che tende a produrre molte credenze vere.*" VASSALLO, Nicola. Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). *Conoscenza e verità*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 17. GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.

provas e participação das partes, o testemunho por carta precatória e a inadmissibilidade pretérita de provas suspeitas são fontes não confiáveis que tendem a não fornecer crença verdadeira e justificada. Por outro lado, o contato do juiz com as partes e com as testemunhas, o contraditório, a oralidade e a fixação do *thema decidendum* em colaboração entre o juiz e as partes são métodos e fontes confiáveis que tornam o processo um meio melhor para a qualificação de um enunciado como verdadeiro.

É necessário afirmar, portanto, que um dos fundamentos teóricos para a cognição processual justa é o reconhecimento da verdade como valor fundamental do processo.¹⁰¹ A verdade tem a *função reguladora*¹⁰², é o *ideal regulador*¹⁰³ tanto das ciências humanas e empíricas quanto do processo, um objetivo primário que este deve perseguir no exercício em direção ao julgamento: “As pessoas responsáveis podem não chegar à verdade, mas a buscam”.¹⁰⁴

Causa espécie que se possa encontrar processualistas, civis e penais ao mesmo tempo defensores do garantismo e céticos. Quando advogados, promotores, defensores e juízes que afirmam serem garantistas assumem que a lei penal deve ser aplicada com justiça para aqueles que cometeram fatos típicos, defendem o *ius libertatis* até o limite da condenação justa. Mas como será possível admitir que a norma penal foi corretamente aplicada a fatos que não são verdadeiros ou que a busca desta verdade é despicienda e improvável? Como condenar alguém aos insalubres e torturantes cárceres brasileiros a partir de mero duelo discursivo e argumentativo? Da mesma forma, podemos pensar nas ações de perda de poder familiar: como

¹⁰¹ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009. VASSALLO, Niela. Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007. GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999. LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law** – An Essay in Legal Epistemology. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. CALLARI, Francesco. Verità processo prova certezza: il circuito euristico della giustizia penale. **Rivista di Diritto Processuale**. Milão: CEDAM, ano LXVIII (Seconda Serie), n. 6, nov.-dez. 2013, p. 1346-1364. GILLES, Peter; VINSON, Julia. Truth and Efficiency in Civil Proceedings on construction of the truth-postulate by the mainstream german doctrine of civil procedure. In: **Revista de Processo**, vol. 206. São Paulo: RT. 2012, p. 135. TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013.

¹⁰² MARSONET, Michele. Verità, Scienza e Diritto. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 156.

¹⁰³ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 100. TEDOLDI, Alberto. **Processo civile e giudicato "alla deriva"**, In: CIPRIANI, Franco. (coord.). **Il Giusto Processo Civile** – Rivista Trimestrale. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VIII – n. 4/2013. Milano: 2013, p. 1062.

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 171.

será possível afastar uma criança de sua família, de seus pais, sem o reconhecimento da verdade fática e jurídica? Bastante ilustrativo o exemplo de Dworkin¹⁰⁵:

Imagine um juiz que envia um réu penal para a prisão, ou talvez para o corredor da morte, ou que obriga um réu cível a pagar uma imensa indenização, mas admite no meio da sentença que outras interpretações das leis, que exigiriam decisões contrárias, são tão válidas quanto a sua. [...] Por isso, pelo menos na maioria dos casos, a fenomenologia da interpretação – como ela é sentida pelos intérpretes – inclui a noção de que a interpretação visa à verdade.

A contradição é insuperável: ou se adota uma perspectiva meramente positivista do direito e se despreza a verdade na decisão ou se defende os direitos fundamentais e a necessidade da verdade como elemento de uma decisão justa. O ceticismo favorece o obscurantismo, o subjetivismo, enfim, o autoritarismo.

Relacionando a afirmativa de Dworkin¹⁰⁶ sobre o objetivo intrínseco de qualquer investigação interpretativa ser a descoberta da verdade, pois, “Se não tivéssemos esse objetivo, não estaríamos investigando”, com o processo, poderíamos dizer que julgar independentemente da verdade transforma a atividade probatória e a de buscar conhecimento no processo em atividades absolutamente desnecessárias. Qual a utilidade do contraditório sem a verdade? Voltaríamos ao duelo e às ordálias.

A exigência constitucional da motivação das decisões judiciais também se torna desnecessária se prescindirmos da verdade no conhecimento, pois, sem esta, a justificativa da decisão é desprezível ou mero elemento argumentativo, quer para a compreensão, quer para o controle pelos destinatários ou pelo órgão *ad quem*: “Temos afirmado que se renunciarmos à verdade, toda a teoria da justificação não terá mais qualquer sentido. Isso porque não haverá mais senso na própria noção de justificação”.¹⁰⁷

A verdade é condição para uma decisão processual justa, como vemos em Michele Taruffo¹⁰⁸:

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 191.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 232.

¹⁰⁷ Tradução do original: “*Abbiamo affermato che se rinunciamo alla verità, ogni teoria della giustificazione non ha più alcun senso. Questo perché non ha più senso la stessa nozione di giustificazione*”. VASSALLO, Nicola. Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 17.

¹⁰⁸ Tradução do original: “*En el ámbito del valor jurídico de la verdad, es posible resaltar particularmente el valor procesal que se reconoce a la verdad. Este valor procesal resulta evidente si se piensa que el proceso esta dirigido no tanto a resolver controversias, sino más bien a resolver controversias por medio de decisiones*”

No âmbito do valor jurídico da verdade, é possível ressaltar particularmente o valor processual que se reconhece à verdade. Este valor processual resulta evidente se se pensa que o processo está dirigido não tanto a resolver controvérsias mas a resolver controvérsias por meio de decisões justas. Com efeito, a justiça da decisão não depende unicamente do fato de que constitua o resultado de um processo que se desenvolveu de maneira correta, quer dizer, com respeito à todas as garantias e à independência e imparcialidade do juiz e aos direitos das partes, nem unicamente ao fato de que o juiz tenha interpretado e aplicado corretamente a norma que se assume como o critério jurídico da decisão. Estas condições são necessárias, porém não são suficientes para determinar a justiça da decisão. Como afirmam muitos filósofos, vários processualistas, inclusive o *fact-skeptic* como Jerome Frank, nenhuma decisão pode considerar-se justa se se basear em uma reconstrução errada ou não verdadeira dos fatos que constituem objeto do processo. Deste ponto de vista, a verdade da decisão sobre os fatos, constitui uma condição necessária da justiça e da decisão mesma. Como escreveu Mirjan Damaska, "a precisão na determinação dos fatos constitui uma condição prévia de uma decisão justa".

Concluindo: da mesma maneira que a própria epistemologia se mostra impossível sem a admissão da noção de verdade, pois sem esta não é possível conhecimento justificado, não há razão para o Estado de Direito propagar um processo de conhecimento baseado em jogos argumentativos, funcionando como uma arena de debates discursivos, se o seu objetivo é a Justiça substantiva.¹⁰⁹

1.7 Epistemologia moral e verdade na Moral e no Direito

Ao contrário daqueles que diferem a verdade possível nas ciências empíricas mas impossível quanto aos valores – como na moral e no direito –, Ronald Dworkin¹¹⁰ afirma existir uma epistemologia da moral, ou seja, juízos de valor verdadeiros.

*justas. En efecto, la justicia de la decisión no depende únicamente del hecho de que constituya el resultado de un proceso que se ha desarrollado de manera correcta, es decir; con respeto de todas las garantías relativas a la independencia e imparcialidad del juez y los derechos de las partes, ni únicamente en el hecho de que el juez haya interpretado y aplicado correctamente la norma que se asume como criterio jurídico de decisión. Estas condiciones son necesarias, pero no son suficientes para determinar la justicia de la decisión. Como afirman muchos filósofos, varios procesalistas, e incluso un fact-skeptic como Jerome Frank, ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una reconstrucción errada o no verdadera de los hechos que constituyen objeto del proceso. Desde este punto de vista, la verdad de la decisión sobre los hechos, constituye una condición necesaria de la justicia de la decisión misma. Como ha escrito Mirjan Damaska, 'la precisión en la determinación de los hechos constituye una condición previa de una decisión justa'." TARUFFO, Michele. Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 418-419.*

¹⁰⁹ VASSALLO, Nicla. Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 21.

É certo que, como objeto, os valores diferem-se dos objetos da ciência, não sendo, na expressão de Dworkin, como as pedras “em que podemos tropeçar no escuro”.¹¹¹ Para que um valor seja verdadeiro, há de ter uma *razão* para tal. Assim, enquanto a verdade de uma proposição científica ou fática depende de uma prova, a verdade moral depende, ou melhor, existe a partir de um argumento. Essa distinção é importante para a compreensão de como buscar verdade fática e como buscar a verdade no Direito. Em Dworkin¹¹²:

Quando o promotor mostra impressões digitais ao júri, ele produz *provas* de que o acusado esteve no local do crime. Quando cita um precedente para demonstrar que o direito não reconhece determinada defesa, ele apresenta um *argumento* em favor dessa conclusão. O precedente não é prova de um fato ulterior e independente. Se o argumento do promotor for sólido, o precedente por ele citado ajuda a tornar verdadeira a sua alegação.

Assim, o que torna verdadeira a proposição moral é sua justificação formada pela série de argumentos que interligados a compõem. A interpretação consiste justamente na compreensão da coerência entre cada parte da justificação com as demais, dirigida à busca da verdade.

Este debate em geral se insere na distinção feita por alguns filósofos, historiadores e cientistas¹¹³ entre explicação e compreensão: as ciências naturais buscam a explicação, enquanto as ciências humanas buscam a compreensão. Dworkin¹¹⁴ torna idênticas a compreensão e a interpretação: para ele, nas ciências naturais, a verdade do fato existe independentemente da proposição, enquanto, na ciência humana, a verdade existe a partir da própria argumentação, não lhe sendo independente. O objetivo da investigação é a verdade, o máximo sucesso da investigação interpretativa é demonstrado pelo melhor argumento.¹¹⁵

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 150.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 172.

¹¹² DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 175-176.

¹¹³ MARSONET, Michele. Verità, Scienza e Diritto. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 157-166.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 232-235.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 235.

Mas, se estamos falando a todo tempo de moral, como podemos transpor estas noções de epistemologia da moral, de verdade moral e de interpretação para o Direito se as doutrinas, positivistas ou não, diferenciam moral e Direito?

Aqui não se trata de confusão, mas de coerência com a metodologia de Dworkin.¹¹⁶ Para o autor, o direito é um compartimento da moral política, um de seus ramos. Diferentemente do que postula o positivismo jurídico.

No Capítulo 12, “*Nothing Fancy: Some Simple Truths about Truth in the Law*”, do seu livro *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context)*, Susan Haack¹¹⁷ também enfrenta a questão acerca da verdade no direito e sua distinção com a verdade fática.

De acordo com Haack, a verdade no direito pode ser de dois tipos: verdade sobre o Direito como o fenômeno (Direito diverge da Moral), e verdade dos direitos, como previsões normativas nesta ou naquela jurisdição. Não é simples distinguir verdade dos direitos – aqui traduzida como verdade jurídica – de verdade fática, pois pode-se dizer que a “Lei nº 12.016/2009 revogou a Lei nº 1.533/1951” é uma verdade fática, atinente às instituições sociais. Verdades jurídicas são uma subclasse das verdades acerca das instituições sociais em geral¹¹⁸, ou melhor, uma subsubclasse das instituições sociais. São uma subclasse das normas em geral, como as normas de etiqueta, morais, etc.

Ao contrário das verdades científicas, as verdades jurídicas em regra são restritas a um local e a um tempo. Enquanto a verdade científica diz respeito ao fenômeno em si, a verdade jurídica corresponde a em que as pessoas acreditam, a de que têm esperança ou medo. Isso não significa que as instituições sociais não são reais. Nas palavras da Autora¹¹⁹:

Instituições sociais não são completamente independente de nós, e jamais serão completamente independentes do que a maioria das pessoas pensam sobre elas. Mas elas são independentes do que eu ou qualquer indivíduo pensa sobre elas; e isso é suficiente para fazê-las real – e para tornar objetiva a verdade acerca das proposições sobre as instituições sociais.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 614.

¹¹⁷ HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014.

¹¹⁸ HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, p. 10012.

¹¹⁹ Tradução do original: “*Social institutions aren't completely independent of us, and may not even be completely independent of what most people in a society believe about them. But they are independent of what you or I or any individual believes about them; and this is enough to make them real – and to make the truth of propositions about social institutions objective.*” (HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, p. 10026).

Não há tipos diversos de verdade para diversos tipos de proposição: matemática, histórica, moral ou jurídica. A verdade é sempre verdade, o que difere uma proposição jurídica verdadeira de uma proposição científica verdadeira é ao que a proposição diz respeito (*what the propositions are about*) e o que as faz verdadeiras.

No caso de uma proposição jurídica, o que a qualifica como uma verdade jurídica, sendo uma subsubclasse das instituições sociais, é sua construção social, a partir do que pensam primeiro os legisladores e depois os juízes e advogados acerca da legislação, mediante as técnicas interpretativas.

Susan Haack reproduz, então, o conceito de interpretação como construção, de acordo com o exposto no *Black's Law Dictionary*¹²⁰, *verbis*: "interpretação de lei, regulamento, ou de decisão judicial ou de outra autoridade legal" e, mais adiante, "o processo, ou a arte de determinar o sentido, o verdadeiro significado ou a devida explicação de obscuros, complexos, ou ambíguos termos ou provisões legais, em instrumentos escritos ou acordos verbais, ou a explicação sobre o assunto de determinado caso em questão". Esse processo, ainda na conceituação do *Black's Law Dictionary*, "raciocínio à luz derivada de estranhas circunstâncias da lei ou de escritos acerca da mesma questão ou de questões conexas".

Nesse momento, a autora se aproxima do que vimos afirmar anteriormente Dworkin, a verdade jurídica construída por seus agentes sociais. Isso não exclui, evidentemente, reconhecer a complexidade que tal processo exige ou que o legislador ou os tribunais possam estar errados quanto às suas conclusões. O processo de interpretação é complexo, de ampliação, de restrição, de idas e vindas daquilo que se entende das normas e da legislação.

Apesar de Susan Haack tratar a Moral e o Direito como subclasses de normas e Dworkin tratar Moral e Direito como gênero e espécie, ao final, ambos se encontram novamente quando a autora reconhece a verdade também na moral:

¹²⁰ Tradução do original: "*interpretation of statute, regulation, court decision or other legal authority*" [...] "*the process, or the art, of determining the sense, real meaning, or proper explanation of obscure, complex, or ambiguous terms or provisions in a statute, written instrument, or oral agreement, or the application of such subject to the case in question*" [...] "*reasoning in the light derived from extraneous circumstances or laws or writings bearing upon the same or a connected matter*". HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, p. 10105. O conceito de hermenêutica de Gadamer é o seguinte: "A arte ou perícia de que se trata é aquela do enunciar, do fazer do intérprete, de explicar e de interpretar; uma arte que naturalmente inclui aquela de compreender, a qual está no fundamento e é requerida toda vez que o sentido de qualquer coisa resulte pouco claro o ambíguo". "*L'arte o perizia di cui qui si tratta è quella dell'annunciare, del fare da interprete, dello spiegare e dell'interpretare; un'arte che naturalmente, include quella del comprendere, la quale vi sta a fondamento ed è richiesta ovunque il senso di qualcosa risulti poco chiaro o ambiguo.*" GADAMER, Hans-Georg. **Che cos'è la verità?** Soveria Mannelli: Rubbettino, 2012, p. 49.

Meu argumento sugere, de qualquer forma, que *se* as demandas morais têm valores verdadeiros, então é verdade, por exemplo, que é moralmente errado torturar pequenos bebês por prazer se e somente se é moralmente errado torturar pequenos bebês por prazer, como é verdadeiro que a pena de morte é moralmente indefensável se e somente se a pena de morte é moralmente indefensável, etc.¹²¹

A verdade moral possui uma utilidade pragmática para a construção do desenvolvimento humano:

Penso que não tenho para oferecer uma teoria ética totalmente conclusiva. Creio, como o parágrafo anterior revela, que demandas morais são capazes de ser verdadeiras ou falsas. De qualquer forma, não creio que demandas morais são verdadeiras ou falsas *a priori*; ao contrário, acredito que James está certo quando descreve satisfatoriamente quais regras e acordos sociais são moralmente melhores e quais são piores e como não é menos suscetível à falhas o processo de investigação para descoberta das leis da física. E Dewey, creio, avançou significativamente quando ele argumentou que precisamos descobrir não é, como James pensou, o que podemos fazer de melhor para satisfazer nossos desejos, mas o que podemos fazer para satisfazer nossas necessidades: que as regras morais e acordos sociais são genuínos condutores para o desenvolvimento humano.

A partir da definição de Taruffo do que são as condições para uma decisão justa, podemos dizer que, além do respeito ao devido processo legal, a decisão há de alcançar a verdade fática e a verdade normativa.

De qualquer forma, este Capítulo alcança seu objetivo ao reconhecer tanto a verdade fática como verdade jurídica, passível de ser encontrada, ou construída, a partir das proposições das partes e do juiz, da cognição *de* direito desenvolvida no processo. Paramos nesta altura, no limite de profundidade imposto ao trabalho de não adentrar à análise da hermenêutica jurídica.

1.8 O valor epistêmico do contraditório

¹²¹ Tradução do original: “*My argument does imply, however, that if moral claims have truth-values, then it is true, for example, that it is a morally bad thing to torture small babies for fun iff it is a moral bad thing to torture small babies for fun, that it is true that the death penalty is morally indefensible iff the death penalty is morally indefensible, etc.*” [...] “*Thought I have nothing like a fully-developed ethical theory to offer, I think, as the previous paragraph reveals, that moral claims are capable of truth and falsity. I don’t, however, believe that what moral claims are true and what false a priori: on the contrary, I think James was right when he described working out what rules and social arrangements are morally better and what worse as no less fallible an investigative process than discovering the laws of physics. And Dewey, I believe, made a significant step forward when he argued that what we need to figure out is not, as James thought, how best to satisfy the most wants, but how best to satisfy the most needs: what moral rules and social arrangements, that is, are genuinely conducive to human flourishing.*” HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, p. 9944.

O modelo dialético de processo é mais eficiente epistemologicamente que o processo autoritário; não para valorizar o discurso ou a narrativa dos advogados e do juiz, mas para, de acordo com Calamandrei, encontrar através do contraditório "*la verità tutt'intera*".¹²²

Nicola Picardi recorda que o contraditório na concepção originária da *ordo iudiciarius*, compreendido como *ordo quaestionum*, “era o eixo do processo comum europeu, considerado como metodologia de procura da verdade”.¹²³ José Rogério Cruz e Tucci, e Luis Carlos Azevedo¹²⁴ recordam, por seu turno, que o contraditório já era observado na metade do século XII, no *Decreto* do canonista da Universidade de Bolonha João Graciano, por razões de ordem lógica, por força da dialética processual e de natureza ética, ao assegurar o direito de defesa do réu. Também, Leonardo Greco, ao descrever a evolução histórica do contraditório como busca da verdade, esclarece que

A filosofia medieval observou o processo judicial à luz da lógica e da ética, especialmente quanto à sua aptidão de busca da verdade, impondo-lhe a ideia de ordem como pressuposto de qualquer conhecimento. O raciocínio retórico-dialético erigiu o contraditório como base da apuração da verdade, pois, através dele, o juiz adquire um saber que nenhuma mente individual poderia procurar autonomamente, o saber das partes que revela a verdade prática, inatingível pelas ciências demonstrativas.¹²⁵

¹²² "E assim, no processo é indispensável o contraditório: não para inspirar a litigiosidade das partes ou para dar oportunidade de ostentar a eloquência dos advogados, mas no interesse da justiça e do juiz, que na contraposição dialética das defesas opostas encontra sem esforço o melhor meio para ver diante de si, iluminada nos seus mais diversos aspectos, toda a verdade". Tradução do original: "*E così nel processo è indispensabile il contraddittorio: non per inasprire la litigiosità delle parti o per dare occasione di sfoggiare all'eloquenza degli avvocati, ma nell'interesse della giustizia e del giudice, che proprio nella contrapposizione dialettica delle opposte difese trova senza fatica il miglior mezzo per vedere dinanzi a sé, illuminata sotto i più diversi profili, la verità tutt'intera.*" CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. In: **Opere Giuridiche**. Nápoli: Morano, 1983, p. 682, vol. I.

¹²³ Apesar de utilizarmos a referência histórica do autor como fundamento para a argumentação desenvolvida, não se pode deixar de ressaltar que a concepção de contraditório, naquele momento histórico, representava segundo o autor, a solução entre duas hipóteses argumentativas dialéticas apresentadas pelas partes, o que se coaduna com a perspectiva de “ordem isonômica” formulada pela doutrina de Nicola Picardi e Alessandro Giuliani, que admitem a prova na sua função meramente argumentativa, necessária para alcançar uma verdade provável, não objetiva, o que difere em substância da defesa da verdade feita na presente tese. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 60-61.

¹²⁴ CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico** (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.

¹²⁵ GRECO, Leonardo. O Princípio do Contraditório. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 542.

O valor da dialética como método de aquisição da verdade se manteve presente em outros sistemas processuais que valorizaram como princípios básicos a oralidade e o contraditório, como o Código Austríaco de 1895¹²⁶, as doutrinas de Chiovenda¹²⁷ e de Cappelletti¹²⁸ e, modernamente, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, de 2000.¹²⁹ Também o nosso CPC/1973, segundo Alfredo Buzaid¹³⁰, indica, como um dos princípios fundamentais do Processo Civil brasileiro, a oralidade a partir das lições de Chiovenda:

Um dos princípios fundamentais do processo civil brasileiro é a *oralidade*. O ideal seria atingir a oralidade em toda a sua pureza. Mas, quando isso não é possível, “o que importa”, assinala Chiovenda, “é que a oralidade e a concentração sejam observadas rigorosamente como regra”.

Mas não só historicamente o contraditório é reconhecido tanto como uma garantia individual mínima do processo quanto como uma garantia estrutural de ordem objetiva. Na perspectiva instrumental objetiva, o direito ao contraditório é o meio democrático garantidor da influência das partes na formação do convencimento do juiz, na construção da norma jurídica concreta reguladora do conflito de interesses e, portanto, no meio pelo qual as partes atuam diretamente na cognição processual através das suas alegações, atos e provas.

Assim, o conhecimento produzido pelo juiz ao longo do processo é possível, precipuamente, a partir do saber e do fazer das partes que são obrigadas a colaborar para a apuração da verdade.¹³¹ O contraditório é o meio garantístico destinado teleologicamente a

¹²⁶ RECHBERGER, Walter H.; KODEK, Georg E. Introduzione. In: PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **Ordinanza della Procedura Civile di Francesco Giuseppe, 1895**. Testi e Documenti per la Storia del Processo. Milão: Giuffré Editore, 2004, pp. XXVII-XXVIII, vol. VIII; Relazione del Ministro di Giustizia SCHÖNBORN sul Progetto presentato alla Camera dei Deputati il 20 marzo 1893. In: PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **Ordinanza della Procedura Civile di Francesco Giuseppe, 1895**. Testi e Documenti per la Storia del Processo. Milão: Giuffré Editore, 2004, p. 5, vol. VIII. TROCKER, Nicolò. La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo. **Rivista trimestrale II Giusto Processo Civile**. A cura de CIPRIANI, Franco. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VII – n. 1/2012. Milano: 2012.

¹²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1943, p. 91-92, v. I e II.

¹²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Valor Actual del Principio de Oralidad. **La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1972, p. 85-91.

¹²⁹ MONTERO AROCA, Juan; FLORES MATÍES, José. **Tratado de Juicio Verbal**. Navarra: Editorial Aranzadi. 2004, p. 65-67.

¹³⁰ BUZAID, Alfredo. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro. **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**. Notas de adaptação ao Direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

¹³¹ Assim dispõem as normas dos artigos 14 e 339 do CPC/1973 (Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;”

permitir o desenvolvimento do conhecimento no processo, nos limites que o processo tem quanto à capacidade de produzir conhecimento e, portanto, de viabilizar o próprio contraditório.

Ou seja, o contraditório é, ao mesmo instante, garantia fundamental e eficiente método epistemológico; afirmativa com a qual não concorda Taruffo, defensor da verdade como valor fundamental do processo. Para Taruffo¹³², a participação das partes não é dirigida à procura da verdade:

No processo as partes desenvolvem – uma função importantíssima que se manifesta em várias formas e atividades. Se pode todavia excluir que se trate de uma função epistêmica, pela fundamental razão que as iniciativas e as atividades das partes não são orientadas na direção da busca e da descoberta da verdade.

Na perspectiva de Taruffo somente o juiz, como único destinatário da prova, é o encarregado de perseguir a verdade¹³³, enquanto as partes, por outro lado, não têm interesse na verdade mas têm interesse, tão simplesmente, em defender as suas posições, concluindo que o "livre confronto dialético entre as partes"¹³⁴ não é um bom método epistêmico.

Os enunciados são verdadeiros ou falsos, pois somente as proposições da decisão final do processo é que serão justificadas e reconhecidas como verdadeiras ou falsas, com base nas provas e nos argumentos da decisão.¹³⁵ É justo que as partes tenham interesse em obter a vitória

"Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade."), correspondentes aos artigos 77, I, e 378 do CPC/2015.

¹³² Tradução do original: *Nel processo le parti svolgono – ovviamente – una funzione importantissima che si manifesta in varie forme ed attività. Si può tuttavia escludere che si tratti di una funzione epistemica, per la fondamentale ragione che le iniziative e le attività delle parti non sono orientate verso la ricerca e la scoperta della verità.* TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 168. O mesmo alerta é feito por Mauro Cappelletti: "Mas se de um lado a parte é de regra, *para informação*, teoricamente *a melhor* (quando não a *única possível*) fonte de prova, essa porém, de outro lado, pelo *interesse pessoal* que leva aos fatos, sobre a base dos quais requer ao juiz um provimento, é ao contrário ou pode ser *a fonte de prova menos confiável.*" Tradução do original: "Ma se da un lato la parte è di regola, per informazione, *teoricamente* la migliore (quando non addirittura l'unica possibile) fonte di prova, *essa però, d'altro lato*, per l'interesse personale *che porta ai fatti*, sulla base dei quali chiede al giudice un provvedimento, è al contrario o può essere la fonte di prova meno fidata." CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 4.

¹³³ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 172.

¹³⁴ Tradução do original: "*libero scontro dialettico fra le parti*". TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 171.

¹³⁵ "Sob a perspectiva epistêmica, o que vem afirmado é um enunciado hipotético: isso pode ser verdadeiro ou falso em si, no momento em que vem expresso, mas até que não venha formulada a decisão final, isso não é verdadeiro ou falso." Tradução do original: "*Soto il profilo epistemico, ciò che viene affermato è un enunciato ipotetico: esso può essere vero o falso in sé, ma nel momento in cui viene espresso, e sino a che non venga formulata la decisione finale, esso non è né vero né falso.*" TARUFFO, Michele. *Verità negoziata?* In: CIPRIANI, Franco (Coord.). **Accordi di parte e processo**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 87.

no processo, na medida de suas convicções e do respeito ao dever de cooperação. Se a parte tem convicção da veracidade de seus enunciados, ela vai atuar no processo paralelamente à função epistêmica do juiz; se, no entanto, a verdade não for do seu interesse, e desejar atuar de má-fé, vai produzir enunciados falsos e quiçá tentar atordoar a atividade do juiz e da outra parte dirigida à verdade. A verdade por correspondência impõe que a proposição p – ou o enunciado descritivo da parte – seja afirmada como verdadeira por uma parte, e como falsa por outra, e estas proposições somente serão conhecidas como verdadeiras ou como falsas de acordo com a prova e os argumentos legitimamente produzidos.¹³⁶

Nada impede, ainda, que a parte acredite nos seus enunciados que são, de fato, inverídicos. A crença é a verdade injustificada: o sujeito S acredita que p seja verdadeira. Pode ocorrer, por exemplo, que a mãe da criança acredite piamente que o réu da ação de investigação de paternidade é o legítimo pai de seu filho, pois com ele teve duradouro relacionamento amoroso. Mas, se o resultado do exame de DNA, feito com sua voluntária colaboração, alcança resultado negativo, apontando outro homem como pai, com o qual manteve efêmera relação sexual, o seu desejo de obter a verdade, mesmo tendo descrito enunciado falso, serviu francamente para o alcance da verdade.

O valor epistêmico da participação das partes não reside na veracidade ou não de suas proposições, mas nas hipóteses que estas proposições se constituem para alimentar o método abduutivo de busca da verdade, de verificação da verdade mediante o teste das várias hipóteses apresentadas. A inércia jurisdicional dificulta e por vezes impossibilita a aproximação do juiz da realidade dos fatos ou mesmo das versões daqueles fatos. As fontes primordiais dos enunciados e das provas são as partes, o que já é suficiente para reconhecer seu valor epistêmico, para o método de aquisição de conhecimento, facilitando o processo.¹³⁷ O juiz pode exercer, por vezes, conhecimento direto sobre o conflito, mediante inspeção judicial do terreno objeto do litígio possessório, por exemplo, mas o conhecimento da sua existência virá,

¹³⁶ "[...] o método de determinação da verdade está na *congruência* da proposição a ser provada com respeito às proposições que descrevem as provas legitimamente produzidas e admitidas. É esta a verdade do processo". Tradução do original: "[...] *il metodo di accertamento della verità sta nella congruenza della proposizione da provare rispetto alle proposizioni che descrivono le prove legittimamente acquisite ed assunte. È questa la verità del processo.*" CALLARI, Francesco. *Verità processo prova certezza: il circuito euristico della giustizia penale. Rivista di Diritto Processuale*. Milão: CEDAM, ano LXVIII (Seconda Serie), n. 6, nov.-dez. 2013, p. 1350. Também reconhecendo a verdade como correspondência: TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: Giappichelli. 2013, p. 99-102.

¹³⁷ "Il soggetto meglio informato della fattispecie dedotta in giudizio è, normalmente, la parte." CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 3.

irremediavelmente, da parte. O próprio depoimento da parte é ao mesmo instante exercício do direito de defesa e meio de prova.¹³⁸

A participação das partes é epistemicamente superior pois insere no processo a dinâmica dialética em contraposição ao método autoritário, quando a atividade da parte põe à prova os enunciados do adversário. Do confronto entre as concepções de contraditório de Taruffo e Ferrua, Giovanni Tuzet¹³⁹ vai concluir pela valia epistêmica do método dialético, ressaltando que enquanto Taruffo adota uma concepção formal de contraditório *sobre* a prova produzida, Ferrua compreende que o contraditório se dá durante todo o processo instrutório, numa visão de contraditório material: contraditório *sulla prova* e contraditório *per la prova*. Neste sentido, Ferrua¹⁴⁰ vai atestar a superioridade epistêmica do contraditório:

Ora, é evidente que para uma atividade re-constitutiva existem boas razões para acreditar ser superior o método dialético em comparação àquele de pesquisa unilateral e, portanto, no processo o método do contraditório. Dado que a hipótese a ser verificada é insuscetível de confirmação direto na realidade, o meio mais confiável para pesquisar o fundamento é de submetê-la sobre o plano argumentativo às mais severas tentativas de falsificação; e é somente da sistemática ineficácia que a hipótese surgirá convalidada. Não sem razão tem-se escrito que o exame cruzado é o melhor método para determinação da verdade.

Comprendemos, portanto, que o contraditório é funcionalmente epistêmico, porque:

- 1) é fonte de proposições mediante seus enunciados descritivos;
- 2) é fonte das provas que vão justificar a decisão final;
- 3) permite o controle pelas partes do raciocínio jurídico judicial, evitando a decisão sem fundamento no conjunto probatório;
- 4) permite o controle recíproco entre as partes na antítese das proposições e provas da outra parte, qualificando a justificação final;

¹³⁸ “Di qui la inderogabile necessità, sentita da tutti gli ordinamenti civili, di *utilizzare le parti come fonti di prova.*” CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 3.

¹³⁹ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 240-248.

¹⁴⁰ Tradução do original: “*Ora è evidente che per un’attività ri-costruttiva esistono buone ragioni per ritenere superiore il metodo dialettico rispetto a quello dell’indagine unilaterale e quindi, nel processo il metodo del contraddittorio. Dato che l’ipotesi da verificare è insuscettibile di riscontro diretto nel reale, il mezzo più affidabile per saggiarne il fondamento è di sottoporla sul piano argomentativo ai più severi tentativi di falsificazione; ed è solo dal loro sistematico fallimento che l’ipotesi uscirà convalidata. Non senza ragioni si è scritto che l’esame incrociato è il metodo migliore per l’accertamento della verità*”. FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 34.

5) viabiliza o controle das partes durante todo o processo probatório, na admissibilidade da prova, durante a produção probatória, até a avaliação do conjunto probatório e a adequação deste aos enunciados descritivos.

1.8.1 A função epistêmica da responsabilidade processual das partes e do juiz

O valor epistêmico do contraditório será maior, evidentemente, se as partes estiverem em condições iguais, equilibradas, de atuação. A flagrante debilidade de uma parte, seja jurídica, técnica, pessoal ou econômica, pode acarretar um desequilíbrio tal na distribuição de forças, que o contraditório fique limitado à atuação meramente argumentativa de uma parte, a um monólogo processual.

Observe-se a importância do contraditório: quanto menor o equilíbrio entre as partes, maior será a probabilidade de erro no julgamento, pois o juiz só ouvirá o discurso dominador e monolítico de uma parte.

Tanto o juiz autoritário, que suprime a participação das partes, é contraepistêmico, quanto o juiz-árbitro, que controla o processo como a um duelo, distante, permitindo o livre atuar das partes. Imprescindível, portanto, que o juiz permita a atuação das partes, em respeito ao princípio dispositivo, ao mesmo tempo intervenha assistencialmente, para manter o equilíbrio entre elas, e exerça atividade probatória supletiva, pois não há nada mais antiepistêmico que o *sibi non liquet* da improcedência por falta de provas¹⁴¹. A fórmula é encontrada em Leonardo Greco¹⁴², *verbis*:

O art. 130 do CPC/1973 muitas vezes é interpretado no sentido de conferir ao juiz um poder absoluto de iniciativa probatória. Daí a necessidade de que a lei defina com clareza os limites dessa iniciativa e os fundamentos, a serem concretamente verificados, que a justifiquem. O princípio dispositivo deve prevalecer, mas a iniciativa oficial subsidiária precisa sobreviver, especialmente nos litígios sobre interesses indisponíveis e nos litígios entre desiguais.

¹⁴¹ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 230, nota 7.

¹⁴² GRECO, Leonardo. Apresentação ao Anteprojeto de REFORMA DO DIREITO PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. **Revista de Processo**, fev. 2015, p. 63, vol. 240/2015.

Taruffo utiliza como alguns dos seus argumentos para desprezar a eficácia epistêmica da participação das partes as críticas endereçadas ao sistema adversarial, principalmente o americano. Segundo o autor, o elemento essencial do *adversarial system*, a *cross-examination*, talvez seja mais "eficaz na descoberta das mentiras, mas isso não significa que esta sirva por certo a descobrir a verdade".¹⁴³ O sistema de perguntas e reperguntas da *common law* é ensinado nos manuais como uma forma de destruir e massacrar a testemunha e não de obter a verdade acerca do fato.

Comunga desta mesma crítica Alvin I. Goldman¹⁴⁴, quando afirma que o sistema adversarial permite que os advogados enganem os jurados, através da manipulação das testemunhas mediante o *coaching* daquelas por eles arroladas – para *representarem* de acordo com a tese adotada para a vitória de seus clientes – ou da tentativa de desacreditar pessoalmente a testemunha que expõe fatos contrários a suas teses. Um sistema que muitas das vezes é descrito como uma luta ou como um esporte não pode ser qualificado de método eficaz de produção de conhecimento, mas, simplesmente, de um campo de batalha dirigido à vitória de uma parte em detrimento da outra. Possuir um advogado mais bem pago é reconhecido como um fator determinante para se obter uma decisão favorável independentemente de se ter ou não um bom direito.¹⁴⁵

A constatação da ineficácia epistêmica do sistema adversarial não importa na imediata qualificação positiva do sistema continental europeu e principalmente do brasileiro. A presidência da audiência pelo juiz na tomada dos depoimentos adotada no Processo Civil brasileiro, mesmo que as perguntas sejam feitas diretamente pelos advogados às testemunhas (artigo 459 do CPC/2015), é um filtro importante para se repudiar a tentativa de desmoralização das testemunhas ou perguntas impertinentes.

Mas, por outro lado, a relação desequilibrada, e mesmo autoritária, entre juízes e advogados, beirando, por vezes, a subserviência, em razão da dependência econômica do advogado às decisões dos juízes – notadamente em economias menos favorecidas no interior do país –, desqualifica a atuação dos advogados e dos juízes como agentes reais de um processo justo que persegue decisões justas.

¹⁴³ Tradução do original: "*efficace nella scoperta delle menzogne, ma ciò non significa che essa serva davvero a scoprire la verità*". TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 159.

¹⁴⁴ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 297.

¹⁴⁵ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 300.

Se há um problema cultural no sistema da *common law*, também nós não estamos livres da ingerência de elementos exteriores ao processo, como a deficiente formação acadêmica dos profissionais do direito, a dependência econômica de advogados e o "sacrossanto" autoritarismo dos juízes.

Daí a importância da lealdade processual como forma de controle não só da boa-fé das partes, mas como meio de impor o respeito ao devido processo legal pelos magistrados. Se a jurisdição busca decisões materialmente justas, os magistrados devem à sociedade o cumprimento de seu mister com qualidade.

Podemos afirmar, portanto, que os magistrados devem zelar pela boa conduta processual das partes da mesma forma que os tribunais ou órgãos de controle devem zelar pela qualificação dos juízes, pelo cumprimento por estes de prazos, calendários e pelo respeito às garantias fundamentais do processo, para que possamos dialogar francamente acerca de um processo materialmente justo.¹⁴⁶

Esta visão material não pode ser refutada por justificativas cansadas de que se trata de um fenômeno cultural impossível de ser alterado. Não se despreza a força da cultura – quem anda pelos corredores do foro luta primeiramente contra estas "culturas" – mas não podemos nos submeter a práticas distorcidas e autoritárias quando temos a responsabilidade social e profissional de apontá-las e de lutar contra elas.

Não pode haver outro caminho que não o de afirmar e impor a responsabilidade dos cidadãos, dos advogados e dos juízes nas soluções dos conflitos com a verdade. A solução dos conflitos que surgem na vida de cada pessoa não é de responsabilidade única do Estado, mas principalmente da pessoa envolvida, que deve e está obrigada a atuar com responsabilidade na solução deste conflito. Da mesma forma, os juízes e os advogados devem ser responsáveis no exercício de suas funções, e isso não é um ideário utópico, mas uma regra social e jurídica a ser cumprida.

De acordo com Dworkin, a responsabilidade moral está na medida da integridade interpretativa¹⁴⁷ do conjunto das nossas diversas interpretações concretas, "de modo que cada uma delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos autenticamente". Ou seja, não se pode ser moral aqui e não alí, mas é necessário desenvolver uma rede coerente de valores morais.

¹⁴⁶ FARIA, Márcio Carvalho. **A Lealdade Processual na Prestação Jurisdicional** – em busca de um modelo de juiz leal. Rio de Janeiro: UERJ, 2015, p. 416.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 153.

Se uma parte mente, se o advogado ataca a testemunha pessoalmente porque seu depoimento não favorece sua tese, e o juiz nega a produção de uma prova, aplica a presunção de veracidade ou um entendimento sumulado, independentemente de sua convicção acerca da causa, para colocar fim àquele processo em razão de uma exigência estatística imposta pelo seu tribunal, age de forma irresponsável.

Se compreendemos que o processo é o meio legítimo e justo para a solução adjudicada do conflito e ao mesmo tempo agimos deslealmente com a outra parte ou com os princípios e garantias processuais, incorremos em uma esquizofrenia moral, que depõe contra a nossa responsabilidade. Para utilizarmos os termos de Dworkin: "A esquizofrenia moral prejudica a responsabilidade de um jeito diferente: a pessoa se sente comprometida com dois princípios contraditórios e sucumbe àquele que lhe vem à mente no calor do momento, embora isso vá contra seus interesses e suas tendências mais estáveis".¹⁴⁸

1.9 A busca da verdade possível e seus limites

O percurso transcorrido até aqui nos permite consolidar a convicção de que o Estado democrático de Direito exige como política para o processo de conhecimento a busca da verdade: o processo de cognição é o meio constitucional para produção de conhecimento e julgamento dos conflitos de interesses. Assim, a perspectiva cognitiva impõe que o sistema processual persiga a eficiência qualitativa para aprimorar o processo como método epistêmico e confiável em direção à verdade.

Como ressaltado em várias passagens acima (Seção 1.6, *supra*), não se trata, certamente, de uma verdade ingênua, absoluta, do “olho de Deus”, mas de uma verdade objetiva, fruto da justificação probatória, do conhecimento que o processo é capaz de produzir influenciado, portanto, por várias dificuldades que se apresentam ao longo do seu percurso. Este reconhecimento da verdade objetiva e possível não a transforma em uma entidade inatingível e, portanto, desprezível para o processo, mas, por outro lado, torna a verdade um objetivo a ser perseguido pelo juiz e pelas partes, através de fontes confiáveis disponíveis como qualquer ciência a persegue. Calamandrei, na sua célebre obra na qual distingue verdade de

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 158.

verossimilhança, afirma que apesar da diferença e convivência de ambas no processo, se a humanidade não é capaz de atingir a verdade absoluta, tem o dever de honestidade de buscar a aproximação máxima desta meta inalcançável.¹⁴⁹

Nos próximos Capítulos, e em especial no Capítulo 3, veremos que há, portanto, dificuldades e limites ao processo de aquisição do conhecimento e, então, à busca da verdade, que se originam de várias causas como da lei, de fatos da realidade e do próprio arcabouço garantístico que equilibra o direito à verdade, ao contraditório e à prova, com outras garantias fundamentais como o direito à liberdade individual e à segurança jurídica. A verdade é um valor indispensável ao processo judicial como método de aquisição de conhecimento¹⁵⁰ que por sua vez é inerente à função de julgar; mas, certamente, não é o único valor envolvido nesta busca.¹⁵¹

¹⁴⁹ "Portanto se estamos convictos de que a natureza humana não é capaz de alcançar as verdades absolutas, é dever de honestidade de trabalhar com todas as forças para conseguir se aproximar o quanto possível dessa meta inalcançável: assim no processo, mesmo que se convença de que a sentença final não pode ser outra coisa que não um juízo de verossimilhança que não exclui a possibilidade de um erro judiciário, isso não retira que a estrutura do procedimento deva ser preordenada a propiciar a mais possível, aprofundada e controlada busca da verdade, de modo que a distância entre esta e a verossimilhança se reduza ao mínimo." Tradução do original: "*Anche se siamo convinti che la natura umana non è capace di raggiungere le verità assolute, è dovere di onestà adoparsi con tutte le forze per cercare di approssimarsi quanto più si può alla meta irraggiungibile: così nel processo, anche se si è convinti che la sentenza finale non può essere altro che un giudizio di verosimiglianza tale da non escludere mai in maniera assoluta l'errore giudiziario, ciò non toglie che tutta la struttura del procedimento debba essere preordinata a rendere il più possibile approfondita e controllata la ricerca della verità, in modo che lo scarto tra questa e la verosimiglianza si riduca al minimo*". CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: **Opere Giuridiche**. Nápoli: Morano, 1972, p. 639-640, vol. V.

¹⁵⁰ "O ideal cognitivo determinado do conceito de método consiste nisto: percorrer um caminho do conhecer com a consciência de ser sempre possível percorrer os mesmos passos. *Methodos* significa 'caminho da pesquisa, do percorrer de novo'. Ser, em termos profundos, de precorrer sempre de novo o modo como se procedeu anteriormente: é esse o ser propriamente metódico e que caracteriza o procedimento da ciência." Tradução do original: "*L'ideale conoscitivo determinato dal concetto di metodo consiste in ciò: percorrere un cammino del conoscere con una tale consapevolezza da esser sempre possibile ripercorrerne i passi. Methodos significa 'via della ricerca, del ripercorrimento'. Essere in grado approfondire, di ripercorrere sempre di nuovo il modo in cui si è proceduto: è questo ciò che è propriamente metodico e che contrassegna il procedimento della scienza*". GADAMER, Hans-Georg. **Che cos'è la verità?** Soveria Mannelli: Rubbettino, 2012, p. 114.

¹⁵¹ "Eu chamei o critério de veracidade de critério 'central' ou 'fundamental' para a avaliação do sistema jurisdicional. Eu não disse, por outro lado, que a verdade é o *único* valor relevante. Outros valores, incluindo a celeridade, os custos, e a não violação de direitos dos sujeitos envolvidos no processo (partes, testemunhas, jurados e outros). [...] A difícil questão é dizer como o valor de busca da verdade deve ser *sopesado* em comparação com esses outros valores. Este não é um problema que eu pretenda tentar solucionar. Isto está fora do escopo da epistemologia social. É suficiente para os meus propósitos demonstrar, como creio que tenha demonstrado, que a verdade é o valor primordial ou central da jurisdição." Tradução do original: "*I have called the veritistic criterion a 'central' or 'fundamental' criterion for the evaluation of adjudication systems. I do not say, however, that truth is the only relevant value. Other values including speed, cost, and the nonviolation of independent legal rights of the role-players (parties, witnesses, jurors, and so forth). [...] The difficult problem is to say how the truth-getting value should be weighted as compared with these others values. This is not a problem I shall try to settle. It falls outside the scope of social epistemology. It is enough for my purposes to show, as I believe I have shown, that truth is a primary or central value in legal adjudication*". GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 284-285. No mesmo sentido, Giulio Ubertis: "A certificação de tal verdade não é portanto, em si e por si, o fim último do processo, mas – compatível com os outros valores aplicáveis ao mesmo – o pressuposto para poder adequadamente decidir qual seja a lei aplicável ao caso concreto." Tradução do original: "*L'accertamento di tale verità non è*

O reconhecimento destes limites não aniquila o reconhecimento da existência da verdade objetiva como valor processual, mas permite que se faça a análise de quais obstáculos são legítimos e quais devem ser reduzidos ou suprimidos e se impactam ou não na extensão da coisa julgada. Partimos do projeto ideal de processo cognitivo confiável, capaz de produzir crença verdadeira (conhecimento) ou tendente a produzir na maioria das vezes crença verdadeira de cognição plena e exaustiva, do qual redunde coisa julgada, apontando que este projeto é influenciado por redutores de cognição e, portanto, por redutores de imutabilidade. Entendemos que a coisa julgada da sentença de julgamento de mérito ocorrerá nos limites do conhecimento produzido no processo. A cognição possui relação de proporcionalidade com a coisa julgada, pois somente haverá a coisa julgada acerca daquilo que foi conhecido (Capítulo 4 *supra*), pois estamos reconhecendo na presente tese que os cortes de cognição, como limites de conhecimento, vão gerar imutabilidade da sentença de julgamento de mérito na extensão do conhecimento que foi possibilitado às partes. Portanto, a presente tese se move impulsionada pela visão cognitiva do processo, pela necessidade de incremento de sua eficiência qualitativa, reconhecendo, no entanto, que este caminho não é linear ou absoluto, podendo ser desviado ou mesmo obstaculizado por limites cognitivos legítimos ou ilegítimos, o que afetará diretamente a imutabilidade da coisa julgada. Mas também isto não será absoluto pois o processo argumentativo apresentado não é linear, dependendo dos valores envolvidos em cada espécie processual avaliada (Capítulo 4.4, *infra*). É essa análise que os capítulos seguintes se propõem a realizar.

portanto, in sé e per sé, il fine ultimo del processo, ma – ‘compatibilmente con gli altri valori implicate dal medesimo’ – il presupposto per poter adeguatamente decidere quale sia la legge applicabile nel caso concreto”. UBERTIS, Giulio. **Profili di Epistemologia Giudiziaria**. Milão: Giuffrè, 2015, p. 03.

2 AS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS E OS ELEMENTOS DA COGNIÇÃO PLENA E EXAUSTIVA

2.1 A cognição adequada como valor fundamental do processo justo

Reconhecido o processo como método epistêmico para aquisição de conhecimento, é possível dar um passo à frente e qualificar a cognição adequada como consectário lógico e necessário do contraditório e, portanto, como parte do arcabouço garantístico do processo justo. Se o meio para democratizar o ato jurisdicional é o contraditório, viabilizando o direito da parte de influir na decisão judicial, de participar na construção do conhecimento-julgamento no processo, isso somente vai ocorrer se esse processo tiver estrutura cognitiva capaz para tanto. A cognição é, portanto, uma garantia instrumental do contraditório, que permite a adequação da fisiologia do processo para a eficaz produção de conhecimento.

Observa-se, diante do arcabouço das garantias processuais previstas em normas nacionais ou transnacionais, que não é possível identificar expressamente uma garantia à “cognição adequada” na definição de processo justo, devido ou équo. Se, por um lado, não encontramos a cognição adequada expressamente na descrição de Comoglio e Morello dentre as garantias processuais, a partir dos sistemas nacionais e internacionais da Europa e das Américas, por outro, quando estes autores projetam normas constitucionais uniformes, descrevem a garantia à “*tutela giurisdizionale effettiva*” como forma adequada de tutela jurisdicional, *verbis*:

Todos têm direito de obter dos órgãos jurisdicionais formas adequadas de tutela efetiva (de mera declaração, de condenação, constitutiva, cautelar e executiva), que assegure a plena reintegração dos direitos e dos interesses legítimos reivindicados.¹⁵²

A tutela jurisdicional efetiva diz respeito à adequação de todas as formas de processo executivo, cautelar e, também, cognitivo.

¹⁵² Tradução do original: “*Tutti hanno diritto di ottenere dagli organi giurisdizionali forme adeguate di tutela effettiva (di mero accertamento, di condanna, costitutiva, cautelare ed esecutiva), che assicurino la piena reintegrazione dei diritti e degli interessi legittimi fatti valere*”. COMOGLIO, Luigi Paolo; MORELLO, Augusto M. coords. Progetto di norme costituzionali uniformi. **Etica e Técnica del Giusto Processo**. 1. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 410.

Na doutrina nacional, da mesma forma, não é comum encontrarmos uma definição precisa desta garantia e menos ainda a que se quer aqui dar à cognição adequada. Kazuo Watanabe¹⁵³, no seu clássico livro “Cognição no Processo Civil”, identifica o direito à “cognição adequada” como um consectário prático do princípio do juiz natural: “parte do conceito menos abstrato do princípio do juiz natural”, afirmando que a complexidade das relações sociais e econômicas modernas está sempre a exigir o aperfeiçoamento dos juízes “como condição necessária para se atingir o ideal de justiça”. O conceito, nestes moldes, no entanto, não corresponde à cognição como atividade jurisdicional de formação de conhecimento necessária e anterior ao julgamento. Somente em outra passagem é que Kazuo Watanabe reconhece a cognição como uma “técnica de adequação” do processo ao direito material ou à pretensão¹⁵⁴ e, mais à frente, erige a cognição adequada à garantia constitutiva do devido processo legal.¹⁵⁵

Barbosa Moreira, em dois de seus artigos¹⁵⁶ acerca da efetividade do processo, indica, dentro de um “programa básico” de cinco itens, que “a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema”. Também Marinoni qualifica de *tutela jurisdicional adequada*¹⁵⁷ a adaptabilidade da via processual ao direito material que se pretende tutelar. Galeno Lacerda, nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil*¹⁵⁸, trata da instrumentalidade como consectário do princípio da adequação que “funciona, pois, como princípio unitário e básico, a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma *teoria geral do processo*”. Ou seja, a necessidade e preemência de o processo servir como instrumento do direito material o identifica como um instituto independente daquele a quem serve.

¹⁵³ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71-73.

¹⁵⁴ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2012, p. 44.

¹⁵⁵ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2012, p. 128.

¹⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. **Temas de Direito Processual** – Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984; e MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: **Temas de Direito Processual** – Sexta Série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 66-67.

¹⁵⁸ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, volume VIII. Tomo I. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 31-36.

Observe-se, portanto, que a cognição é vista como uma técnica e não como uma garantia. Ao lado do já citado Kazuo Watanabe, Leonardo Greco é um dos poucos na doutrina que enumera expressamente a cognição adequada dentre os princípios e garantias processuais.¹⁵⁹

A identificação dos elementos mínimos do conteúdo garantístico do devido processo legal, formado por princípios e garantias, não é, à evidência, obtusa e fechada, mas, ao contrário, é construída ao longo da história, permitindo-se interpretações novas que potencializem a democratização do processo como instituto do Estado de Direito.¹⁶⁰

Sendo a teleologia do processo de conhecimento a produção de uma decisão justa, deve, no seu transcurso, proporcionar dilação probatória e realização de atos cognitivos capazes de possibilitar às partes e ao juízo conhecimento e condições de julgamento. A cognição determina quais atos são necessários e adequados, o tamanho e o tempo do processo.¹⁶¹

¹⁵⁹ GRECO, Leonardo. Atos de Disposição Processual – primeiras reflexões. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. 1. ed. Rio de Janeiro: 2007, p. 5. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>. Acesso em: 12.jun.2015

¹⁶⁰ Este é o entendimento da Suprema Corte norte-americana a partir da *opinion* do Min. Félix Frankfurter no caso *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, n. 8, de 11 de outubro de 1950, decidido em 30 de abril de 1951, ref. 341 U.S. 123, p. 149/174: “A exigência do 'devido processo' não é apenas um protesto tímido e apresentável somente em tempos oportunos. Deve ser respeitado tanto em períodos de calma como em tempos problemáticos; protege estrangeiros bem como cidadãos. No entanto, o 'devido processo', diferente das regras, não se trata de instituto técnico com conteúdo fixo alheio ao tempo, ao espaço e às circunstâncias. Expressando, em última análise, o respeito exigido por lei a esse sentimento de tratamento justo, o qual tem estado envolvido durante séculos na história constitucional e da civilização anglo-americana. O 'devido processo' não pode ser aprisionado nos limites traiçoeiros de nenhuma fórmula. Representando uma profunda relação de equidade entre homens, e mais particularmente entre indivíduos e Estado, o 'devido processo' é composto de história, razão, decisões passadas, e definitiva confiança na força da fé democrática que professamos. O 'devido processo' não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um processo delicado de ajuste envolvendo, impreterivelmente, o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou tal poder, com o desenrolar do processo”. Traduzido do original pelo autor: “*The requirement of 'due process' is not a fair-weather or timid assurance. It must be respected in periods of calm and in times of trouble; it protects aliens as well as citizens. But 'due process', unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances. Expressing, as it does in its ultimate analysis, respect enforced by law for that feeling of just treatment which has been evolved through centuries of Anglo-American constitutional history and civilization, 'due process' cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula. Representing a profound attitude of fairness between man and man, and more particularly between the individual and government, 'due process' is compounded of history, reason, the past course of decisions, and stout confidence in the strength of the democratic faith which we profess. Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a process. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgment by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process*”. O inteiro teor da decisão é encontrado no sítio da Suprema Corte, disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/341/123/>>, acesso em: 12 jun. 2015.

¹⁶¹ “razões de conveniência momentânea e local, com caráter meramente emergencial; até mesmo a simples impaciência do legislador frente à morosidade do aparelhamento judiciário em contraste com a pressão da necessidade social – tudo influi no sentido de se retirar da ‘vala comum’ do rito ordinário um número crescente de ‘ações’, em antagonismo com as recomendações dos tipos procedimentais como imperativo da simplificação e da racionalização.” FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 6, vol. VIII, tomo III, arts. 890 a 945.

A cognição adequada, no entanto, não se restringe à “técnica de adequação”, representa em verdade garantia à boa administração da justiça, por um lado, e, por outro, garantia individual ao propiciar às partes um processo capaz de produzir uma decisão justa que encontre a verdade dos fatos e da norma. Para nós, portanto, possui evidentemente a natureza de uma garantia do devido processo legal.

Assim, a garantia à cognição adequada está expressa: a) na instrumentalidade (adaptabilidade) do processo frente ao direito material; b) na instrumentalidade (adaptabilidade) às necessidades temporais, como a celeridade e a urgência¹⁶², ou à complexidade do processo; c) no confronto entre a capacidade do processo de produzir conhecimento e de sua decisão formar coisa julgada; d) na construção da fundamentação da sentença; e) na dignidade humana mediante a garantia do *day in court*, ou o sentimento de participação no ato estatal que sobre o indivíduo recairá; e f) no direito de acesso à informação como consectário do direito à liberdade de pensamento e expressão.

A primeira expressão da cognição diz respeito à instrumentalidade do processo perante o direito material. É a visão mais comum da cognição, reconhecida como técnica de adequação. No ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco: “Às variadas espécies de situações regidas pelo direito material corresponde simétrica variedade de meios processuais *adequados* a dar-lhes solução efetiva em caso de insatisfação...”.¹⁶³ E mais à frente, especificamente, Cândido Rangel Dinamarco volta a afirmar:

Atuando no campo que lhe compete, o direito processual predispõe meios hábeis à imposição das normas, soluções e resultados indicados pelo direito material. Para

¹⁶² Leonardo Greco faz esta importante distinção entre urgência e celeridade: “A urgência também pode ser determinada por circunstâncias objetivas vinculadas à espécie de direito cuja tutela é pretendida que, pela sua relevância, merece proteção mais ágil do ordenamento jurídico. Nestes casos, o próprio ordenamento predispõe procedimentos específicos mais rápidos e utiliza a técnica das liminares antecipatórias, como ocorre com a tutela dos direitos individuais lesados ou ameaçados por autoridades públicas através do mandado de segurança, ou a tutela do direito à sobrevivência condigna através da ação de alimentos, ou da posse através das ações possessórias. Todavia, o legislador predispõe procedimentos igualmente rápidos para a tutela de outros direitos não necessariamente tão relevantes, como, por exemplo, nos chamados *juizados especiais*, mas apenas em consideração à simplicidade da sua cognição ou à sua pequena expressão econômica e aqui não é mais a urgência que dita esse tratamento especial, mas a celeridade, que com a urgência não se confunde, mas significa apenas o direito à tutela mais rápida possível, para assegurar ao direito material a maior eficácia, condicionada apenas ao respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa e às imposições de uma cognição judicial adequada” (GRECO, Leonardo. A Função da Tutela Cautelar. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR., Nelson et al. (Orgs.). **Direito Civil e Processo** – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 829-843. CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. In: **Revista de Processo**, n° 140, outubro de 2006, São Paulo, 2006, p. 72-73).

¹⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 147, vol. I.

tanto, concebem-se técnicas e oferecem-se espécies diferentes de processo, provimentos, procedimentos variáveis mediante a necessidade de cada espécie de situações da vida comum etc. – tudo a partir de uma regra de *adaptabilidade* que é inerente à condição instrumental do processo. A instituição de procedimentos especiais tem a finalidade de adequar às peculiaridades de certas situações regidas pelo direito material o *iter* a ser percorrido entre a demanda inicial e a sentença que julgará a pretensão do autor.¹⁶⁴

Leonardo Greco ensina que a maior ou menor quantidade de procedimento ordinário ou de procedimento sumário não é proporcional à maior ou menor constitucionalidade do sistema processual. O que importa é a adequação – cognição adequada – do processo ao direito material, no cumprimento de sua instrumentalidade:

A variedade de procedimentos não equivale necessariamente a tratamento desigual, daí o erro de acreditar que a supressão de procedimentos especiais pudesse contribuir para um processo mais justo. O importante é que o procedimento seja adequado à necessidade concreta da tutela jurisdicional efetiva.¹⁶⁵

Na sua segunda expressão, a cognição adequada impõe a necessidade de um procedimento de rito comum, mais célere ou de urgência, de acordo com a maior ou menor complexidade processual (objeto litigioso, provas, pluralidade de sujeitos, etc.) ou com as exigências da duração razoável do processo justo. Caso o objeto litigioso ou outro elemento do processo seja mais ou menos complexo, o rito poderá ser comum, sumário ou sumaríssimo. Se a necessidade premente de perda do direito exigir tutela urgente que prescindida da cognição plena e exaustiva, a decisão será enunciada a partir de cognição sumária. Para Luigi Paolo Comoglio, a adoção de ritos diferenciados é uma das aproximações metodológicas destinadas à solução do problema da prestação jurisdicional injusta por intempestividade.¹⁶⁶

Portanto, não só o procedimento ordinário de cognição plena pode ser qualificado de justo, pois também aquele rito concentrado, limitado, que, em decorrência da urgência ou da celeridade ou de qualquer outra razão imposta pela lei, necessite de concisão ritualística para alcançar a sua efetividade, como os provimentos de urgência e os procedimentos sumários,

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 158-159, vol. I.

¹⁶⁵ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 265.

¹⁶⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. **Revista de Processo**, RT. São Paulo, n. 151, p. 73-74, set. 2007.

também são classificados como justos.¹⁶⁷ São procedimentos justos, mas, como se verá, incapazes de produzir coisa julgada.

Quando, então, as circunstâncias fáticas exigem a urgência ou a celeridade, o contraditório pleno e antecipado terá de dar vez à cognição sumária, proferida com fundamento em prova limitada, diante da exigência temporal que o risco de perda do direito impõe sob perigo de a prestação jurisdicional tardia redundar infrutífera.¹⁶⁸ Franco Cipriani, em trabalho sobre o provimento cautelar, afirma – com base no artigo 24, 2º *comma*, da Constituição italiana, onde está previsto o contraditório – a necessidade de ponderação ou balanceamento entre o contraditório e a duração razoável por se tratarem ambos de garantias fundamentais do indivíduo:

A necessidade de balancear eficiência e garantia se põe na disciplina e no estudo de todo o procedimento jurisdicional, mas reveste de uma importância decisivamente maior quando nos referimos ao procedimento cautelar, que deve ser, obviamente, muito mais ligeiro e rápido do que aquele ordinário, de modo a assegurar sempre que necessário rapidez e velocidade obtidas à custa de garantias totais, o que não se assegura em qualquer processo judicial.¹⁶⁹

A cognição adequada é que vai determinar a necessidade do procedimento comum, ou do célere, formal ou materialmente sumário, ou de urgência, cautelar. O elemento de maior complexidade da matéria julgada, ponderado com o perigo na demora, é que possibilita a duração razoável do processo justo: o balanceamento e o equilíbrio entre celeridade e contraditório participativo são feitos pela cognição adequada.

Por outra perspectiva, esse provimento em cognição sumária não pode ser abarcado pela imutabilidade da coisa julgada, pois não é possível adimplir com as condições para uma decisão justa – verdade fática e correta aplicação da norma – senão depois da cognição adequada para aquela matéria posta em julgamento. Esta é a terceira expressão da cognição adequada. Trata-se de uma garantia bilateral, positiva e negativa: permite ao autor um procedimento adequado

¹⁶⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. **Revista de Processo**, RT. São Paulo, n. 151, p. 73-74, set. 2007.

¹⁶⁸ SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição Sumária – Limites impostos pelo Contraditório no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 150-155.

¹⁶⁹ Tradução do original: "*La necessità di bilanciare efficienza e garanzie si pone nella disciplina e nello studio di ogni procedimento giurisdizionale, ma riveste un'importanza decisamente maggiore allorchè ci si riferisce al procedimento cautelare, che deve sì, e ovviamente, essere molto più snello e più rapido di quello ordinario, tanto da assicurare se del caso anche la snellezza e la rapidità siano ottenute a totale scapito delle garanzie, che non possono non essere assicurate in ogni procedimento giurisdizionale*". CIPRIANI, Franco. **Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. Il processo civile nello stato democratico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 69-93.

à sua pretensão e ao réu, ou a ambas as partes, a formação da coisa julgada mediante contraditório participativo, através de uma cognição plena e exaustiva.

Então, há uma proporcionalidade entre a cognição e a imutabilidade: só haverá consolidação da norma jurídica concreta, a sua imutabilidade, na medida em que o processo facultar às partes a influência na decisão. Para Barbosa Moreira, somente há coisa julgada quando o legislador cria "todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie".¹⁷⁰ Esta relação orgânica entre contraditório e coisa julgada é que erige a cognição à condição de integrante do arcabouço garantístico do processo justo, como cognição adequada. A extensão da coisa julgada como garantia fundamental do processo (art. 5º, I e XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 doravante identificada pela abreviatura "CR") está delimitada, ou ponderada, pela garantia do contraditório através da cognição adequada. A não estabilização da decisão então é o “preço”, na expressão de Talamini, a ser pago em troca da celeridade em cognição sumária.¹⁷¹ A decisão na qual tenha ocorrido julgamento de mérito se imutabilizará *na medida* da cognição produzida pelo processo. Se a cognição foi exaustiva, haverá coisa julgada plena, se o processo impede que o réu apresente todas as suas defesas, a coisa julgada será no limite da cognição, podendo a questão ser rediscutida com base nas defesas subtraídas.

Neste sentido Giovanni Bonato afirma quanto ao *référé* francês que “autores franceses os quais acreditam que a provisoriedade dos efeitos da decisão de *référé* constitui o principal contrapeso à sumariedade do procedimento e à descricionarietà do juiz”.¹⁷² Assim, entendemos que a coisa julgada não é a imutabilidade absoluta do julgado sempre, mas a imutabilidade do julgamento de mérito na proporção da cognição. Não se trata de simples sim ou não, imutável ou provisório, mas de espécies de coisas julgadas na proporção da cognição de processo do qual se extraiu a sentença de julgamento de mérito (*vide* Seção 4.3, *infra*).

Outra expressão da cognição adequada se revela na sua relação funcional com outra garantia, a de motivação das decisões judiciais. Kazuo Watanabe¹⁷³, citando a célebre obra de Michele Taruffo sobre o tema "*La motivazione della sentenza civile*", indica que a

¹⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Temas de Direito Processual** – Nona Série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 243.

¹⁷¹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

¹⁷² Tradução do original: "*autori francesi i quali ritengono che la provvisorietà degli effetti dell'ordinanza di référé costituisca il principale contrappeso alla sommarietà del procedimento e alla discrezionalità del giudice*". BONATO, Giovanni. I *référés* nell'ordinamento francese. In: CARRATTA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene Ed., 2012, p. 59.

¹⁷³ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

obrigatoriedade da motivação é uma garantia de certificação das partes quanto ao que foi considerado pelo juiz de suas alegações e provas.

Há outro importante aspecto desta garantia, o humano, expressão do princípio da dignidade da pessoa humana: permitir que a parte usufrua do sentimento de que pôde influenciar, através de um contraditório humano¹⁷⁴, na formação da decisão que sobre ela recairá: o direito de falar com o juiz e de ser ouvido. Representa elemento indispensável da função de pacificação do tecido social, devido pela jurisdição, através da pacificação interior em cada indivíduo, evitando-se o sentimento de desalento e estupefação que uma decisão de desmedida celeridade pode produzir sobre as pessoas que sofrerão as consequências da coercibilidade da medida estatal. Decisão materialmente *boa*, justa, não é somente aquela rápida, concedida *ex abrupto*, mas também a decisão produzida após o juiz manter contato humano com as partes e concedida em tempo razoável.

Por fim, é possível identificar a cognição como fração do direito à informação: o direito ao saber importa no acesso ao conhecimento. A negativa de informações é traço indistinto de manifestações autoritárias, violando o direito à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13, Convenção Americana de Direitos Humanos). A decisão da Corte Interamericana de Direitos do Homem que condenou o Brasil, no caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, não deixou dúvidas acerca da natureza convencional do direito à informação como consectário do direito à liberdade de pensamento e expressão, *verbis*:

- iii. Acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado
- 288. A Comissão solicitou ao Tribunal que ordene ao Estado realizar todas as ações e modificações legais a fim de sistematizar e tornar públicos todos os documentos relacionados com as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia.
- 289. Os representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado: a) assegurar que todas as instituições e autoridades estatais sejam obrigadas a cooperar na entrega de informações e no pleno acesso a todos os arquivos e registros sobre o possível destino das vítimas do presente caso; b) exigir a entrega dos documentos que ilegalmente se encontram de posse de particulares; c) adequar o direito interno brasileiro aos parâmetros internacionais de proteção do direito de acesso à informação; [...]

¹⁷⁴ “Talvez a mais importante dessas garantias, porque ela própria engloba diversas outras, é a garantia do contraditório, consagrada no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Contraditório como implementação no processo judicial do princípio político da participação democrática ou da chamada *democracia participativa*. Contraditório como a garantia que assegura aos sujeitos parciais do processo a mais ampla possibilidade de influir eficazmente em qualquer provimento jurisdicional, especialmente o provimento jurisdicional final, submetendo à cognição do juiz todas as alegações e provas que possam contribuir para essa influência. Contraditório como influência com paridade de armas”. GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.). **Processo Civil: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 273-308.

Para tanto, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, regulou o direito de acesso à informação previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, da CR.

Não é demais recordar que está previsto na norma do inciso XXXIV do artigo 5º da CR, que a todos, independentemente do pagamento das taxas, é assegurada a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de interesse pessoal. O direito à verificação de um documento ou de uma informação mediante certidão, que pode comprovar a relação jurídica existente entre as partes ou o interesse processual, é corolário do princípio constitucional do devido processo legal, do acesso à justiça e do direito à prova (artigo 5º, LIV e LV, CR).

Assim, a cognição adequada é garantia fundamental como expressão do direito de informação e de manifestação da parte, do direito de obter e produzir conhecimento através do processo judicial.

2.2 A complexidade e a eficácia epistêmica da adaptabilidade

A cognição como garantia da adequação à complexidade exige que façamos a análise do que a doutrina e a legislação entendem por “complexo”. A garantia à cognição tem por objeto de trabalho o conhecimento no processo que pode ser obtido de maneira simples ou complexa, dependendo da qualidade e da quantidade de alguns de seus elementos.

Não é incomum encontrarmos referências legislativas à complexidade. No Brasil, a própria Constituição, quando cria as bases para os juizados especiais, se refere às “causas cíveis de menor complexidade” (artigo 98, I, CR), adjetivo replicado na Lei nº 9.099/95. O artigo 177 do CPC/1973 também faz referência à complexidade da causa como parâmetro para o juiz fixar prazos quando a lei não fizer.

Apesar de não utilizar a palavra complexidade, o § 4º do artigo 277 do CPC/1973, prevê a conversão do rito sumário em ordinário levando em consideração a natureza da demanda.¹⁷⁵ O § 5º, por seu turno, faz referência imediata à prova técnica de maior complexidade, autorizando da mesma maneira a conversão nestes casos. Trata-se da mesma complexidade probatória pericial encontrada no artigo 413-B. Outro dispositivo no qual é possível encontrar

¹⁷⁵ "Art. 277. [...] § 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário."

referência à complexidade é o § 3º do artigo 454, que autoriza as alegações finais por memoriais no caso de maior complexidade da causa. Também a limitação cognitiva imposta ao juiz do inventário, por força da norma do artigo 984, decorre da fórmula de complexidade expressa como questões que “demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas”.¹⁷⁶

O CPC/2015 utiliza a “complexidade” para qualificar a causa ou as provas, em vários trechos:

- 1) quando repete a norma do atual artigo 177, no § 1º do artigo 218;
- 2) no § 3º do artigo 357, o qual regula o saneamento e o dever de clarificação¹⁷⁷;
- 3) no § 7º do mesmo artigo 357¹⁷⁸, a complexidade surge como elemento limitador do número de testemunhas;
- 4) na repetição da norma do atual artigo 454, o § 3º, quando do artigo 365, também permite a apresentação de alegações finais por memoriais diante da complexidade das questões de fato e de direito;
- 5) na adaptabilidade do prazo para manifestação acerca de prova documental complexa, prevista no artigo 437, § 2º;
- 6) na substituição de prova pericial por prova técnica simplificada, quando a complexidade assim permitir (§ 2º do artigo 464);
- 7) na nomeação de mais de um perito para perícia complexa (artigo 475).

Mas não só no nosso direito, à evidência, encontramos referência à complexidade. Outros sistemas também se deparam com a necessidade de adaptar prazos, provas e processos em razão da maior ou menor complexidade, como verificamos em alguns exemplos a seguir transcritos.

No direito italiano, o legislador reformista de 2009 (Lei nº 69, de 18 de junho de 2009) instituiu o procedimento sumário que também será transformado em ordinário caso o juiz vislumbre a necessidade de instrução *não sumária*, complexa talvez.¹⁷⁹ A complexidade aqui

¹⁷⁶ “Art. 984. O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas.”

¹⁷⁷ “Art. 357. [...] § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

¹⁷⁸ “Art. 357. [...] § 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerado.”

¹⁷⁹ “Art. 702-ter [...] comma 3. Se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un’istruzione non sommaria, il giudice, con ordinanza non impugnabile, fissa l’udienza di cui all’articolo 183. In tal caso si applicano le disposizioni del libro II” (Disponível em: <<http://www.altalex.com>>, acesso em: 11 jul. 2015).

também não é explícita, mas está, evidentemente, presente na norma como complexidade instrutória. O novel artigo 183-bis, instituído pela recente Lei nº 162, de 10 de novembro de 2014¹⁸⁰, autoriza o caminho inverso: a conversão do procedimento ordinário em sumário, em razão da complexidade da lide ou da instrução probatória.

O Código de Processo Civil português, por seu turno, no artigo 595.º, autoriza o saneamento por escrito no caso de complexidade das questões¹⁸¹, determinando a suspensão da audiência prévia e sua posterior continuação.

Relevante indicação de complexidade da causa é encontrada nos artigos 591.º e 593º, nos quais a norma determina que o juiz, após os debates, promova “a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual” em cumprimento do seu dever de gestão processual, mediante a adequação do conteúdo e da forma dos atos processuais “às especificidades da causa” (artigo 547º¹⁸²), promovendo devida adaptabilidade em concreto. Também para definir a complexidade das questões que podem ensejar a suspensão do inventário ou que devam ser decididas em outra esfera que não o juízo sucessório, o artigo 16º da Lei nº 23/2013, de 05 de março de 2013, que trata do Regime Jurídico do Processo de Inventário.

O legislador francês também prevê que a complexidade será critério para a definição do *circuit* processual aplicável à controvérsia.¹⁸³ De acordo com o artigo 764, o juiz da *mise en état* fixa os termos de desenvolvimento da causa levando em consideração a natureza, a

¹⁸⁰ “Art. 183-bis Passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione. Nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, il giudice nell'udienza di trattazione, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, può disporre, previo contraddittorio anche mediante trattazione scritta, con ordinanza non impugnabile, che si proceda a norma dell'articolo 702-ter e invita le parti ad indicare, a pena di decadenza, nella stessa udienza i mezzi di prova, ivi compresi i documenti, di cui intendono avvalersi e la relativa prova contraria. Se richiesto, può fissare una nuova udienza e termine perentorio non superiore a quindici giorni per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali e termine perentorio di ulteriori dieci giorni per le sole indicazioni di prova contraria.” Disponível em: <<http://www.altalex.com>>, acesso em: 13 mar. 2015. Acerca do tema: TEDOLDI, Alberto. La conversione del rito ordinario del rito sommario *ad nutum iudicis* (art. 183 bis c.p.c.). **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar.-abr. 2015, ano LXX, n. 2. Milano: Giuffrè, 2015, p. 490-513.

¹⁸¹ “Art. 595.º [...] 2. O despacho saneador é logo ditado para a ata; quando, porém, a complexidade das questões a resolver o exija, o juiz pode excepcionalmente proferi-lo por escrito, suspendendo-se a audiência prévia e fixando-se logo data para a sua continuação, se for caso disso.”

¹⁸² “Art. 547º. O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.”

¹⁸³ Vide Seção 2.2.2.1, *infra*.

urgência, a complexidade e a opinião das partes^{184,185}, para garantir, em tempo razoável, o pleno exercício do direito de ação e de defesa.

Da leitura dos dispositivos cotejados é possível observar que os legisladores utilizam a palavra "complexidade" como adjetivo de alguns elementos processuais, como a causa ou as provas, sem, no entanto, definir o seu significado. O legislador americano é o que mais se detém em matéria da complexidade. Primeiro possui um *Manual for Complex Litigation*¹⁸⁶ no qual, apesar de afirmar a dificuldade de se conceituar o que seja *complex litigation*, identifica alguns elementos que podem caracterizá-la:

As várias edições do *Manual for Complex Litigation* não oferecem uma firme definição. É possível inicialmente afirmar que três características, separadas ou conjuntamente, servem para distinguir casos complexos. Primeiro, pode envolver dificuldades de direito ou de fato (por vezes técnica ou científica). Segundo, o simples número de partes envolvidas pode transformar o processo em complexo, diverso da fórmula autor-réu habitual. Terceiro, o montante de dinheiro envolvido pode transmutar um caso simples em complexo.

Ao lado do *Manual*, o Congresso americano baseou a *Civil Justice Reform Act* de 1990, sobre o que as Cortes compreendiam como *complex litigation*, ou seja, "*cases that the court or an individual judicial officer determines are complex*" (28 U.S.C.A, § 473(a)(3)).¹⁸⁷ Colabora decisivamente para o estudo desta questão, o *American Law Institute's Complex Litigation Project* que recomenda a adoção de procedimentos especiais para casos complexos (*Statutory*

¹⁸⁴ "Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats" (disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>, acesso em : 12 jun. 2015).

¹⁸⁵ FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 68.

¹⁸⁶ Tradução do original: "*The various editions of the Manual for Complex Litigation have nor offered a firm definition. As a beginning matter, it may be said that three characteristics serve, individually or together, to distinguish complex cases. First, the may involve difficulty legal and factual issues (often technical or scientific). Second, the sheer number of parties involved may make litigation complex where it would not be in a one-on-one litigation formed. Third, the amounts of money or the stakes involved may prompt litigation efforts of such dimension that a case that would otherwise not be complex becomes complex*". MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; HOWARD, Erichson M. **Complex Litigation, cases and materials on advanced civil procedure**. 5. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2010, p. 1-3. Hazard e Taruffo enumeram como exemplos de *complex litigation* ações de credores de uma sociedade quando houver ocorrido desvio de pagamento dos seus ativos, ações de cotistas de uma sociedade em razão de perda de seus investimentos em decorrência de má administração, ações de empregados pelo não pagamento de seus direitos trabalhistas, ações de regresso das sociedades contra seus diretores, gerentes, bancos, consultores de investimentos, advogados e ações contra seguradoras de vários segurados. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure, an introduction**. Nova Iorque: Yale University Press, 1993, p. 155.

¹⁸⁷ MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; HOWARD, Erichson M. **Complex Litigation, cases and materials on advanced civil procedure**. 5. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2010, p. 2.

Recommendations and Analysis, 1994). Mais recentemente o mesmo Instituto publicou o documento *Principles of the Law of Aggregate Litigation* (2010), onde recomenda formas de lidar e de julgar *class actions* e outros processos com múltiplas partes.

A mesma atenção começa a ser despertada no direito continental europeu. No seu *Complessità e riforme nel processo civile francese*¹⁸⁸, Loïc Cadiet desenvolve indispensável estudo acerca da complexidade processual, no qual alcança eficiente qualificação deste fenômeno, habitualmente utilizado no discurso processual, como vimos acima, mas ainda pouco tratado pela doutrina.

Cadiet¹⁸⁹, não encontrando definição de complexidade no mundo jurídico, parte de dois significados *leigos* a fim de formular seus conceitos jurídicos. Segundo Cadiet, a complexidade, a partir de sua origem latina, *complexus*, significa *contenere*, algo que contém ou reúne muitos elementos. Na outra acepção, “complexo” provém de *complicato*, algo de difícil compreensão que se contrapõe ao simples, etimologicamente, *sans pli*, ou “sem dobras”. As duas noções de complexidade não se excluem ou se contrapõem, convivem em várias situações, como exemplifica Cadiet: o processo pode ter várias partes e demandas, mas o regramento acerca do litisconsórcio pode ser simples.

Cadiet vai diferenciar, também, a complexidade extrínseca da intrínseca. A complexidade extrínseca do processo diz respeito à dificuldade ou à complicação exterior ao processo, como aquelas relativas à administração da justiça, à qualidade da informatização, à qualificação de juízes, servidores, advogados, etc., ao elemento cultural de uma sociedade mais liberal ou mais autoritária¹⁹⁰, à quantidade de juízes ou à distância entre comarcas ou seções judiciárias, por exemplo; e a complexidade intrínseca do processo diz respeito à relação processual em si, e interessa ao nosso estudo do conhecimento no processo.

A complexidade processual intrínseca pode corresponder ao primeiro significado leigo indicado: complexo como o que é composto de muitos elementos. Para Cadiet¹⁹¹, a

¹⁸⁸ CADIET, Loïc. *Complessità e riforme nel processo civile francese*. Tradução de Torquato D. **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2008, p. 1303-1326.

¹⁸⁹ CADIET, Loïc. *Complessità e riforme nel processo civile francese*. Tradução de Torquato D. **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2008, p. 1304.

¹⁹⁰ São os fatores culturais indicados por Remo Caponi como a boa-fé, a lealdade e a correção que caracterizam as relações sociais em dado ambiente e época histórica, o grau de educação cívica e de consciência dos próprios direitos, a propensão à prática de meios de solução alternativa de conflitos, etc. CAPONI, Remo. *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*. **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2011, p. 395.

¹⁹¹ CADIET, Loïc. *Complessità e riforme nel processo civile francese*. Tradução italiana por Torquato D. **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2008, p. 1306.

complexidade pode advir da relação processual (complexidade intrínseca) – como a pluralidade de partes e de demandas – ou da matéria controvertida em si, como propõe o próprio artigo 764 do Código francês, exteriorizando-se em fenômenos como a pluralidade de partes, pluralidade de demandas ou de procedimentos (conexão de processos). Esta espécie de complexidade pode surgir no início ou ao longo do processo, nas hipóteses de demandas incidentais ou intervenções de terceiros.

Beatrice Ficcarelli¹⁹², somando os conceitos de controvérsia complexa de Caponi e Andrea Proto Pisani, afirma que esta pode residir no objeto da demanda, questões de fato e de direito, nos fatos controvertidos e na instância instrutória. A complexidade intrínseca pode surgir, também, das normas processuais em abstrato ou da pluralidade que surja em concreto em determinado processo. A primeira diz respeito, como lembra Cadiet, às normas processuais de difícil compreensão e aplicação, distantes de sua função instrumental, comuns na época do autonomismo e atacadas pelos movimentos reformistas de muitos países, a favor da simplificação procedimental.

Este foi o objetivo da reforma espanhola de 2000, inglesa de 1998, do *Nouveau code de procédure civile* francês e das muitas reformas do Direito italiano, por exemplo: simplificar o processo significa torná-lo mais curto e menos custoso. O CPC/2015 também teve por objetivo a simplificação, ao lado da busca pela redução de processos e recursos através da imposição vertical da jurisprudência. A complexidade das normas processuais em abstrato pode gerar déficit ou limites à cognição, podendo ser contraepistêmicas, como veremos no Capítulo III *infra*.

A complexidade interna ao processo em concreto qualifica-o de acordo com a qualidade ou a quantidade dos elementos da ação ou do processo, ou seja, pode ser subjetiva – quando adjetivar as partes do processo, como o litisconsórcio – ou objetiva, quando diz respeito aos elementos objetivos da demanda, à cumulação de ações ou ao *thema decidendum*.

Esta forma de complexidade é a mesma que o Direito processual norte-americano conceitua como *complex litigation*, de acordo com o verbete do *Black's Law Dictionary*¹⁹³, *verbis*:

¹⁹² FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 196.

¹⁹³ Tradução do original: "**complex litigation**. *The various editions of the Manual for Complex Litigation have nor offered a firm definition. As a beginning matter, it may be said that three characteristics serve, individually or together, to distinguish complex cases. First, they may involve difficulty legal and factual issues (often technical or scientific). Second, the sheer number of parties involved may make litigation complex where it would not be in a one-on-one litigation formed. Third, the amounts of money or the stakes involved may prompt litigation efforts of*

processos complexos. Processos envolvendo muitas partes com representantes diversos, envolvendo muitos e vários tipos de pretensões de fato e de direito. "O que é exatamente 'processo complexo'?" O problema é que ninguém realmente sabe o que é ou, mais precisamente, as várias definições existentes não se identificam. Processo complexo tem um caráter de "só-se-conhece-quando-se-vê". De qualquer forma todos concordam que os litígios de massa acerca do amianto, da ação antitrust da AT&T ou a solução do caso de segregação escolar são casos complexos. Mas tentar achar um traço comum para descrever estes casos e distinguí-los de um simples caso de acidente automobilístico não é fácil. *Jay Tidmarsh & Roger H. Transgrud, Complex Litigation (2002).*

Quando a complexidade intrínseca é subjetiva, ela advém das partes, de sua quantidade, pluralidade de sujeitos, como no litisconsórcio multitudinário, ou de uma qualidade especial, como das pessoas jurídicas de direito público, que possuem prazos e regalias processuais inabituais, dos incapazes que exigem a participação do Ministério Público no processo, ou das hipóteses que exigem a intervenção da Curadoria Especial. Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, conceitua litisconsórcio multitudinário como aquele "composto de um número insuportavelmente grande de colitigantes, constitui fator de *tumultuo processual* e por isso prejudicam a qualidade do serviço jurisdicional, sua celeridade e a defesa do adversário".¹⁹⁴

Outra forma de complexidade em concreto intrínseca muito comum é aquela que redundando do objeto litigioso, das questões fáticas ou das questões de direito. A complexidade da questão de direito poderá exigir a adaptabilidade com prazos maiores para memoriais e para a prolação da decisão, tão simplesmente para viabilizar maior tempo para uma melhor atividade hermenêutica: trata-se de uma complexidade no raciocínio jurídico decisório.

Lenio Streck¹⁹⁵ se insurge contra a diferenciação que determinados filósofos e juristas fazem entre *hard cases*¹⁹⁶ e *easy cases*, e ressalta que a identificação da maior ou menor complexidade da causa depende da aferição *in concreto* e não prévia e preconceituosa. Para o autor, não se pode distinguir, como fazem as teorias da argumentação, discursos de

such dimension that a case that would otherwise not be complex becomes complex". GARNER, Brian A. **Black's Law Dictionary**. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 1017.

¹⁹⁴ Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo-4>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2006, p. 198-199. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 127.

¹⁹⁶ No *Black's Law Dictionary*, conceitua-se *hard cases* como "Uma ação judicial que envolva propriedades que instigam o juiz a alongar ou mesmo a desconsiderar um princípio de direito em disputa". Tradução do original: "*A lawsuit involving equities that tempt a judge to stretch or even disregard a principal of law at issue*". GARNER, Brian A. **Black's Law Dictionary**. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 784. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 127-204.

fundamentação de discursos de aplicação, em que estes seriam para os casos fáceis e aqueles somente para os casos difíceis, cindindo o processo hermenêutico de compreensão. Segundo Streck¹⁹⁷, esta distinção parte de um preconceito, *verbis*:

Distinguir casos simples de casos difíceis significa cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, *como saber se estamos em face de um caso simples ou de um caso difícil? Já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?*

A complexidade da questão de fato pode estar na questão de fato em si, como uma controvérsia acerca do funcionamento de um reator nuclear, como pode estar na dilação probatória. Este tipo de complexidade poderá exigir, além da dilação de prazos, a adaptabilidade procedimental mediante calendário para produção e avaliação de provas. A adaptabilidade pela complexidade probatória pode estar em uma ou mais provas, na quantidade de testemunhas ou na necessidade de mais de um perito.

É o que ocorre com a norma do atual artigo 984 do CPC/1973, que limita a cognição do juiz do inventário para as questões de alta indagação ou àquelas que demandem outras provas que não a documental. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁹⁸ interpreta ontologicamente "questão de alta indagação" como complexidade de natureza probatória, a partir da origem da norma, segundo o autor, nas *Ordenações Filipinas*, livro I, título 88, e livro 4, título 96.

É de se ressaltar que, tanto Cadiet¹⁹⁹ como a doutrina norte-americana, como vimos, classificam como causas complexas as ações coletivas e enumeram uma série de elementos difíceis e plurais: o direito individual de liberdade de não demandar, o princípio da igualdade entre as partes em respeito ao contraditório, a eficácia da coisa julgada e a execução desses comandos. Da mesma forma que as ações coletivas são apontadas como solução para a complexidade das relações jurídicas formadas por direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o processo destas ações possui grande complexidade intrínseca que pode até mesmo redundar na completa ineficácia da prestação jurisdicional, como ocorre regularmente na execução de obrigações de fazer contra a Administração Pública. O fluxo e a produção do

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 201.

¹⁹⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. IX, tomo I, arts. 982 a 1.045.

¹⁹⁹ CADIET, Loïc. *Complessità e riforme nel processo civile francese*. Tradução de Torquato D. **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2008, p. 1310.

conhecimento no processo das ações coletivas, em razão de sua profundidade e especificidade, merecem estudo específico, e não serão objeto do presente trabalho.

Ressalte-se, por fim, que os processos materialmente sumários, de ritos diferenciados em razão do direito material, adaptados instrumentalmente às suas especificidades, nem sempre serão complexos. Não se pode correlacionar imediatamente complexidade com processo materialmente sumário. O que ambos têm em comum é a instrumentalidade e a necessidade de adaptabilidade: ao direito material ou à complexidade. É possível que se solucione uma ação de consignação em pagamento mediante a apresentação de um contrato ou de um recibo, sem a presença de elementos complexos.

2.2.1 A adaptabilidade legal

Observando a história do processo é possível notar que o processo comum sempre esteve acompanhando de processos adaptados ao direito material, às situações de urgência ou de celeridade e à complexidade. Sempre ao lado do processo comum é possível encontrar previsão legal de processos formal e materialmente sumários, cautelares, bem como de técnicas para lidar com a complexidade.

No processo romano – nas suas diversas fases – era comum a presença, ao lado do processo comum, de várias *actiones* ou *interdicta* para a tutela de certos direitos absolutos ou de situações que demandavam atuação urgente, como alimentos, interdito proibitório, nunciação de obra nova, sequestro, etc. Com a revitalização, no século XI, do estudo das fontes romanas em Bolonha, passou-se a observar que o processo solene (*solemnis ordo iudiciarius*) já não era suficiente em virtude de sua demora e de seu custo.²⁰⁰ A partir dos séculos XIII e XIV, com o desenvolvimento do direito canônico, exige-se um processo *simpliciter, breviter, de plano ac sine strepitu et figura iudicii*²⁰¹; princípio consolidado nas duas bulas do Papa Clemente V, *Saepe contingit* (1306) e *Dispendiosam* (1311), que instituíram a *cognitio*

²⁰⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 28.

²⁰¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico** (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 59-60.

summaria, tendo por características a oralidade e a concentração de prazos e atos probatórios, ao contrário do que sucedia com os processos da *solemnis ordo iudicarium*.²⁰²

A simplificação e a concentração do processo fazem parte da simplificação e da concentração do sistema jurídico iniciadas no final do século XVIII com o pensamento jurídico iluminista, impondo a filosofia de codificação para tornar o direito compreensível e certo e não mais particularista. Neste caminho, o processo vai se dirigir pela tendência de unificação e previsão em um Código específico penal ou civil. O processo deixava de ser uma prática particularista, pouco uniforme, e passava a respeitar a legalidade.²⁰³

O *Code de procédure civile* de 1806 é exemplo de modelo de inspiração eminentemente liberal, do final do século XVIII e do início do século XIX, em que o juiz se portava como um árbitro distante, sem qualquer ingerência no procedimento. Historicamente para o controle do papel do juiz, o processo francês sempre foi caracterizado como um processo a *marche fixe*, que vedava a adaptação às singulares formas de controvérsia. A função do juiz, como funcionário estatal, limitava-se ao julgamento sem qualquer ingerência na gestão do processo: era o processo conhecido como *chose des parties*.²⁰⁴ Esse Código, por outro lado, foi aquele que criou o *référé*, fonte ontológica da adaptabilidade em concreto. Nicolò Trocker²⁰⁵ observa que, apesar de o Código austríaco de 1895 não ter criado estruturas procedimentais elásticas, o próprio Franz Klein já reconhecia a importância do modelo processual do *réfère*.

A adaptabilidade, em regra e historicamente, então, fica subordinada à avaliação de proporcionalidade e ao desenho arquitetônico do legislador. É ele quem passa a dizer, a partir do iluminismo e dos códigos modernos, o que se submeterá ao rito comum, ao sumário ou ao especial, sob esta ou aquela forma.

O Direito Processual continental europeu, principalmente no início do século XX, fez prevalecer o princípio da legalidade sobre a previsão da forma dos atos processuais, afastando-a do juiz e das partes. Calamandrei, nas suas Instituições²⁰⁶, faz ferrenha defesa da adaptabilidade legal no Código italiano de 1940, contrapondo-se a Carnelutti, para quem

²⁰² NIEVA FENOLL, Jordi. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 155-156.

²⁰³ TARELLO, Giovanni. **Storia Della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 35, 41-42.

²⁰⁴ Sobre a história da fase preparatória do processo civil francês, vide FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatória del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

²⁰⁵ TROCKER, Nicolò. La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo. In: CIPRIANI, Franco (A cura de). **Rivista trimestrale Il Giusto Processo Civile**. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VII – n. 1/2012. Milano: 2012, p. 41.

²⁰⁶ CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di Diritto Processuale Civile. **Opere Giuridiche**. vol. IV, Napoli: Morano, 1970, p. 204.

prevalecia, neste Código como no anterior, a liberdade de forma. Para Calamandrei, a opção do legislador não foi pela liberdade das formas, mas pela elasticidade processual, ou seja, o legislador deixa ao alvitre do juiz a escolha deste ou daquele caminho processual previsto em lei. A lei fornece ao juiz uma série de vias e desvios para adaptar-se desta ou daquela maneira às especificidades da causa.

O legislador brasileiro de 1973, em certa medida, adota esta elasticidade processual: quando permite o julgamento antecipado do mérito (artigo 331, § 3º, CPC/1973) na desnecessidade de produção de outras provas ou no caso da revelia, quando prevê hipóteses de o saneador ser oral ou escrito (artigo 331, CPC/1973), quando permite, diante da complexidade da causa, que o rito deva passar de sumário para o ordinário (artigo 277, §§ 4º e 5º, CPC/1973). Muito tímido, é verdade, mas não deixa de se adequar à elasticidade processual preconizada por Calamandrei.

O formalismo processual e a legalidade das formas são garantias contra o arbítrio judicial e o desequilíbrio entre as partes no processo (Jhering)²⁰⁷; um consectário necessário do princípio da segurança e da previsibilidade das relações jurídicas processuais. A tendência da chamada *desformalização* ou *cameralizzazione* do processo vem sendo identificada como arbítrio por alguns autores, como Lucio Lanfranchi²⁰⁸, para quem essa tendência coloca as partes à mercê do autoritarismo e dos erros do juiz.

Calamandrei²⁰⁹, no seu estudo sobre o Projeto SOLMI, citado por Lanfranchi, defende francamente a adaptabilidade legal, afirmando que o fortalecimento dos poderes do juiz, principalmente a fixação do rito deixada ao seu alvitre, trata-se de uma “bizarrice” presente em regimes autoritários como o da Rússia soviética:

²⁰⁷ TEDOLDI, Alberto. Processo civile e giudicato "alla deriva". In: CIPRIANI, Franco (coord.). **Il Giusto Processo Civile** - Rivista Trimestrale. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VIII – n. 4/2013. Milano: 2013, p. 1089; e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 9.

²⁰⁸ LANFRANCHI, Lucio. "Pregiudizi Illuministici" e "Giusto Processo" Civile. **La Roccia non Incrinata**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 480-490.

²⁰⁹ Tradução do original: "*Restaurazione dell'autorità dello Stato ha sempre significato, in Italia, restaurazione dell'autorità della legge, intesa come manifestazione di volontà dello Stato emessa in forma generale ed astratta; ed anche il Progetto, proprio perchè mira a restaurare nel processo l'autorità dello Stato, non può aver voluto aprire il varco a quella malsana tendenza seguita da qual ce legge straniera (e della quale è espressione più tipica la legge sul processo civile Russia sovietica, ridotto a 473 schematici articoli che lasciano vastissimo campo all'arbitrio del giudice) che vorrebbe ridurre le leggi processuali a pochi principi diretivi, in base ai quali potrebbe poi il giudice (a somiglianza di quanto possono fare gli arbitri per l'art. 17 del nostro Cod. proc. civ.) sbizzarrirsi a creare per ogni processo il rito che più gli aggradi*". CALAMANDREI, Piero. Sul Progetto Preliminare Solmi. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1970, p. 306-307, vol. I.

Restauração da autoridade do Estado tem sempre significado, na Itália, restauração da autoridade da lei, entendida como manifestação da vontade do Estado emanada de forma abstrata e geral; e também o Projeto, próprio porque mira restaurar no processo a autoridade do Estado, não se pode oportunidade àquela malsinada tendência presente em legislação estrangeira (a qual é expressão típica a lei sobre processo civil na Rússia soviética, reduzida à 473 artigos esquematizados que deixam vastíssimo campo de arbítrio ao juiz) que deseja reduzir a lei processual a poucos princípios diretivos, na base dos quais pode, portanto, o juiz (à semelhança do que pode fazer o árbitro de acordo com o artigo 17 do nosso Cod. Proc. Civ.) bizarrices de criar para cada processo o rito que mais lhe agrade.

Devemos, ao final desta Seção, observar alguns exemplos de adaptabilidade legal. Nos sistemas processuais *rígidos*, o legislador adéqua os processos cognitivos, executivos e cautelares de acordo com as exigências do direito material, da urgência, da celeridade e da complexidade. Exemplificativamente, o Direito Processual brasileiro do Código de 1973 é precipuamente um sistema de adaptabilidade legal: para a urgência, há o provimento cautelar, nas hipóteses previstas no Livro III do CPC/1973; para a celeridade, os processos sumários do artigo 275 e seguintes do mesmo Código e o sumaríssimo da Lei nº 9.099/95; e, para alguns direitos materiais, os ritos especiais previstos no Livro IV do mesmo Código.

Para a complexidade intrínseca, na fisiologia interna do processo, o legislador também normatiza técnicas de adaptação ou simplificação. A legislação, normalmente, lida com a complexidade-pluralidade a partir de duas lógicas: a lógica da concentração e a lógica da separação (Cadiet). Assim, cotejando exemplos da legislação brasileira, podemos observar que, no caso de pluralidade de processos onde exista o risco de decisões conflitantes, a solução para a melhor qualidade da decisão parte da lógica da concentração, mediante a conexão de processos. A complexidade intrínseca, se alcançar um grau muito elevado, pode, segundo Cadiet²¹⁰, redundar até mesmo na negativa de jurisdição, quando corremos o risco de julgamentos contraditórios em processos que tramitam perante júzcos diversos. Nesta hipótese, a reunião de processos e de demandas favorece à prestação jurisdicional, aplicando-se a lógica da concentração (Cadiet), que nem sempre é possível diante das limitações impostas, por exemplo, pelas regras de competência absoluta.

Se, por outro lado, estamos diante de uma pluralidade subjetiva de tal monta que se configure um litisconsórcio multitudinário, a melhor solução parte da lógica da separação (Cadiet), através da fissura do processo originário em alguns outros.

²¹⁰ CADIET, Loïc. *Complessità e riforme nel processo civile francese*. Trad. Torquato D. **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2008, p. 1307.

2.2.2 A adaptabilidade em concreto judicial ou em cooperação

Flexibilidade, adaptabilidade, adequação ou estrutura elástica são nomes e expressões mais ou menos precisas do mesmo fenômeno: a adaptabilidade em concreto, o abandono do esquema rígido de processo.²¹¹ A opção por um esquema rígido ou flexível é questão sobre a qual já se defrontava Aristóteles²¹² no Livro III da sua *Política*, ao se questionar qual seria o melhor método de julgamento.

Não restam dúvidas de que a legalidade em sua conformação ontológica representava, no devido processo legal²¹³, o respeito ao processo previsto na lei. Mas a adaptabilidade em concreto não importa em violação do princípio da legalidade, princípio caro ao Estado democrático de Direito, pois a obediência à legalidade é antes de tudo obediência às normas constitucionais; e, como tal, também exige a participação democrática das partes na formação do processo para a melhor solução do conflito, mediante a aplicação da proporcionalidade.²¹⁴

A adaptabilidade processual em concreto pode ser judicial somente ou entre as partes juntas ao juiz em cooperação. Somente esta última forma é que faz incidir sobre a legalidade, o elemento legitimador da democracia do ato estatal jurisdicional: a participação. A adaptabilidade em concreto judicial viola ao mesmo tempo o devido processo legal e o princípio

²¹¹ Há doutrinadores que fazem a distinção entre estes termos. Marco Antônio dos Santos Rodrigues afirma que incidem sobre a flexibilização procedimental os princípios da adequação e da adaptabilidade. O primeiro diz respeito à "flexibilização do rito por opção legislativa" e o segundo pela atuação do juiz, permitindo que este "adeque o procedimento às peculiaridades da causa". RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014, p. 153. Neste mesmo sentido é a doutrina de Fernando da Fonseca Gajardoni. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 134-135.

²¹² "Confiar em leis certas ou em homens sábios ou então, se for preferível a determinação como regra geral e abstrata por parte do legislador ou uma escolha operada caso a caso, por um sujeito diverso do legislador". Tradução do original: "*affidarsi a leggi certe o ad uomini saggi, e dunque se sia preferibile la determinazione in via generale ed astratta da parte del legislatore oppure una scelta operata volta per volta, da un soggetto diverso dal legislatore*." CARRATTA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Milão: Juvene, 2012, p. 2. CARRATTA cita a *Política*, livro III, 15, 1286 a, de Aristóteles, no qual o filósofo questiona as formas de governo monárquico, aristocrático ou republicano e a definição de regras gerais pelo legislador ou caso a caso pelos homens sábios: "O ponto de partida da pesquisa é esse, se é mais conveniente ser governado pelo homem sábio ou melhor ser governado por leis melhores". Tradução do original: "*Punto di partenza della ricerca è questo, se è più conveniente essere governati dall'uomo migliore o dalle leggi migliori*". ARISTOTELE. *Política*. Coord. de Renato Laurent. Roma: Editori Laterza, 2015, p. 105.

²¹³ CARRATTA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Milão: Juvene, 2012, p. 5.

²¹⁴ Também compreendendo que a adaptabilidade é consectário do devido processo legal encontramos Marco Antônio dos Santos Rodrigues. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014, p. 151-155.

democrático, pois as partes não têm previsibilidade acerca do rito e não podem participar da sua estruturação.

O contraditório participativo ingressa na fisiologia interna do processo, no espaço que permite a lei, democratizando a formação do processo cognitivo de acordo com a norma constitucional. A adaptabilidade em concreto valoriza a perspectiva substantiva do devido processo legal, pois valoriza os elementos do processo justo, como o contraditório e a duração razoável do processo.²¹⁵ Assim, a superação do conceito restrito de legalidade – admitindo-se a formação cooperada do processo – ao lado da maior eficiência da adaptabilidade em concreto, transformou-a na tendência atual do espírito reformista europeu, como demonstra Nicolò Trocker²¹⁶:

Uma primeira tendência que pode ser identificada na consciência dos legisladores de numerosos países europeus é que o objetivo de garantir a efetividade da tutela jurisdicional através de um processo capaz de se desenvolver em tempo razoável, sem sacrificar a exigência de uma adequada instrução da causa, não pode ser eficazmente perseguido desenhando um esquema rígido de processo concebido como universalmente válido para todos os tipos de controvérsia. Esse objetivo exige estrutura elástica na qual haja espaço para a diferenciação dos modelos de instrução das causas em função de suas características particulares.

²¹⁵ CARRATTA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Milão: Juvene, 2012, p. 10-11. De acordo com Alberto Tedoldi: “Esta reserva legal não é porém, uma determinação rígida, como preconstituição absoluta e indeclinável de analíticos e inelásticos ritmos processuais de forma que nenhum ordenamento chega a interpretar como ilegítimas normas que conferem ao juiz poderes de *case management* (v., *ad es.*, *l'art. 140 bis, 11° comma, cod. cons.*, que deixa o tribunal livre para organizar o processo que verse sobre ação coletiva do modo que entender mais oportuno e eficiente), uma vez que foram observados os requisitos fundamentais e imparciais, preconstituído por lei”. Tradução do original: “*Questa riserva di legge non va, però, intesa rigidamente, come precostituzione assoluta e indeclinabile di analitiche e anelastiche scansioni procedurali che nessun ordinamento giunge a ritenere illegittime norme che conferiscono al giudice poteri di case management (v., ad es., l'art. 140 bis, 11° comma, cod. cons., che lascia il tribunale libero di organizzare il processo vertente su un'azione di classe nel modo ritenuto più opportuno ed efficiente), una volta che siano osservati i requisiti fondamentali e imparziale, precostituito per legge*” TEDOLDI, Alberto. Processo civile e giudicato “alla deriva”. In: CIPRIANI, Franco. (coord.). **Il Giusto Processo Civile** – Rivista Trimestrale. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VIII – n. 4/2013. Milano: 2013, p. 1063-1064.

²¹⁶ Tradução do original: “*Una prima tendenza può essere individuata nella consapevolezza dei legislatori di numerosi Paesi europei che l'obiettivo di garantire la effettività della tutela giurisdizionale attraverso un processo capace di svolgersi in tempi ragionevoli, senza sacrificare l'esigenza di un'adeguata trattazione delle cause, non può essere efficacemente perseguito disegnando uno schema rigido di processo concepito come universalmente valido per tutti i tipi di controversie. Quell'obiettivo esige strutture elastiche al cui interno vi sia spazio per la differenziazione dei modelli di trattazione delle cause in funzione dei loro caratteri peculiari*”. TROCKER, Nicolò. La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo. In: CIPRIANI, Franco (A cura de). **Rivista trimestrale Il Giusto Processo Civile**. A cura de CIPRIANI, Franco. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VII – n. 1/2012. Milano: 2012, p. 41. No mesmo sentido: CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2011, p. 401.

Este fenômeno vem incidindo, principalmente, sobre a fase instrutória do processo mediante a formação do calendário de acordo com as especificidades do objeto litigioso e das exigências probatórias.

A adaptabilidade é transferida do legislador para o juiz, em colaboração com as partes. Não se trata de mera flexibilização do procedimento deixada ao alvitre do juiz, mas de adaptabilidade mediante cooperação: o procedimento não deixa de ser rígido simplesmente, mas se adapta da melhor forma possível às necessidades e características do objeto litigioso, mediante o trabalho conjunto das partes e do juiz. Luigi Paolo Comoglio entende que a tendência da desformalização dos ritos não importa necessariamente em inconstitucionalidade:

Ocorre, então, prevenir pequenos equívocos. Antes de tudo, não se pode dizer “justo” somente o processo que – a par de quanto se constata para o processo de cognição ordinária – encontra na “lei” uma regulamentação analítica e (tendencialmente) completa das diversas situações de direito, de poder e de dever, assim configuradas, e também uma preconstituída e “canalizada” determinação de formas, de preclusões e de prazos para o cumprimento dos atos processuais nos quais aquelas situações, por sua vez, se traduzem. Mas, simetricamente, não há risco de ser considerado, como tal, “não justo”, e portanto somente por isso inconstitucional, aquele diverso processo que, longe de ser, analiticamente regulamentado, encontra na lei, ao invés, uma disciplina assaz escassa e sintética, assinalada pela celeridade, pela desformalização e pela simplificação do rito, deixado ao poder discricionário de duração processual e ao poder de iniciativa de ofício, do qual é munido o juiz, a elástica determinação das formas, dos prazos e dos termos nos quais os atos do processo serão cumpridos, segundo as variáveis características das situações processuais configuradas.²¹⁷

O método de adaptabilidade – em condições de equilíbrio de forças entre as partes, seus procuradores e o juiz – é um método de maior eficácia epistêmica, pois o material com o qual a cognição adequada vai lidar para fornecer o processo adequado, na grande maioria das vezes, não é previa e abstratamente dado mas, na expressão utilizada por Cadiet, *prêt à porter*, ou como dito pela doutrina de Jay Tidmarch e Roger H. Transgrud no verbete do *Black's Law Dictionary* acima reproduzido, trata-se de um objeto “*I-know-it-when-I-see*”.²¹⁸ É impossível

²¹⁷ Tradução do original: “*Occorre, allora, prevenire sottili equivoci. Anzitutto, non può certo dirsi ‘giusto’ solo quel processo che – al pari di quanto si constata per il processo di cognizioni ordinaria – trovi nella ‘legge’ una regolamentazione analitica e (tendenzialmente) completa delle diverse situazioni di diritto, di potere e di dovere, in esso configurabili, nonché una preconstituuta e ‘canalizzata’ scazione di forme, di preclusioni e di tempi per il compimento degli atti processuali in cui quelle situazioni, di volta in volta, si tradicono. Ma, simmetricamente, non rischia di essere considerato, in quanto tale, ‘non giusto’, e quindi solo per questo incostituzionale, quel diverso processo che, lungi dall’essere analiticamente regolamentato, trovi invece nella ‘legge’ una disciplina assai scarna e sintetica, all’insegna della celerità, della deformalizzazione e della semplificazione del rito, affidando ai poteri discrezionali di direzione processuale ed ai poteri di iniziativa d’ufficio, di cui sai munito il giudice, la elastica determinazione delle forme, dei tempi e dei termini in cui gli atti del processo vanno compiuti, a seconda delle variabili caratteristiche delle situazioni processuali configurate*”. COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. **Revista de Processo**, RT. São Paulo, n. 151, set. 2007, p. 59.

²¹⁸ GARNER, Brian A. **Black's Law Dictionary**. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 1017.

ao legislador prever todas as hipóteses de conflito e de complexidade processual para criar um processo capaz de abarcar todas estas diferentes nuances.²¹⁹

Observe-se que a grande maioria dos elementos que caracterizam a complexidade (pluralidade de partes, objeto litigioso, provas, etc.) somente será qualificada como tal à vista da demanda ou após a completude da relação jurídica processual com o ingresso do réu. A adaptabilidade em concreto se mostra necessária, ainda, quando observarmos que a complexidade, por influir diretamente na duração razoável, é elemento para aferição da responsabilidade civil do estado pela violação deste direito à *brevidade*, conforme decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos.²²⁰

Outra evidente vantagem da adaptabilidade em concreto está no respeito à proporcionalidade entre os custos do processo e a complexidade do objeto litigioso: um processo rígido demandará a mesma quantidade de atos e, portanto, de custo, independentemente da complexidade do objeto litigioso que pretende julgar. A proporcionalidade intrínseca da adaptabilidade em concreto inibe a prática de atos desnecessários e percursos duvidosos, respondendo ao mesmo tempo à duração razoável do processo, à economia processual e à administração da justiça.²²¹

A definição do rito, de acordo com a complexidade do objeto litigioso e da necessidade probatória, melhora a capacidade epistemológica, pois o processo arquitetonicamente projetado caso a caso facilita a aquisição de conhecimento em situações específicas, respeitando os princípios da cognição adequada e da duração razoável do processo. Será qualitativa e democraticamente superior a cognição resultante de um processo produto da cooperação do que de um processo criado abstratamente pelo legislador.

A crítica dos defensores da adaptabilidade legal contra a realizada em concreto, por constituir, segundo estes autores, via autoritária, não nos parece suficiente para diminuir sua importância, quando estruturada em moldes democráticos, como nos processos inglês e francês. Primeiramente, porque esta forma flexível de adaptabilidade não é absolutamente extralegal; não se deixa ao juiz a construção total do procedimento. Em geral, a adaptação ocorrerá na fase

²¹⁹ TEDOLDI, Alberto. Processo civile e giudicato "alla deriva". In: CIPRIANI, Franco (coord.). **Il Giusto Processo Civile** – Rivista Trimestrale. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VIII – n. 4/2013. Milano: 2013, p. 1064-1065.

²²⁰ CADIET, Loïc. Complextà e riforme nel processo civile francese. Trad. Torquato D. **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2008, p. 1312.

²²¹ CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. In: **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2011, p. 401.

instrutória de acordo com as suas necessidades e com a participação das partes, em cooperação, mediante calendário. Utilizando-se a imagem do próprio Calamandrei, trata-se mais de elasticidade processual do que *desformalização* do processo: após a fase de articulados, estes sistemas preveem três caminhos possíveis, de acordo com o tamanho do objeto litigioso e da dilação probatória, como veremos nas seções seguintes.

Segundo, porque a adaptabilidade em concreto não é judicial apenas, mas em colaboração com as partes²²², o que permite o controle pelo órgão *ad quem* e valoriza o contraditório participativo. A legitimidade democrática do rito passa do legislador para os sujeitos sobre os quais recairá a decisão judicial. A conjugação da autonomia da vontade das partes, fundada no seu direito à liberdade, com a função pública do juiz constrói um processo adaptado à melhor tutela do direito substantivo. Neste sentido é que se justificam os negócios processuais ou na expressão tedesca *Konventionalprozess*²²³:

Por último, não é inédito talvez precisar que na unidade do ordenamento, o concurso de princípios que caracterizam a disciplina privatística da autonomia negocial com as normas do direito processual civil, a fim de assegurar as partes a mais eficaz tutela da situação jurídica subjetiva, também como critério usado para determinar a sequência procedimental que melhor se adapte às exigências concretas das próprias partes, não contrasta de modo algum com aquela plena autonomia da experiência processual a respeito do direito material, que permanece certa e mais precisa e profícua conquista da ciência processual moderna.

A adaptabilidade somente judicial, por outro lado, deixada apenas ao alvitre do juiz, toma contornos de autoritarismo, pois subtrai a participação democrática das partes que legitima a conformação do processo de acordo com a sua complexidade, em respeito ao devido processo

²²² Assim, Alberto Tedoldi afirma que a adaptabilidade deve dar-se “através de cânones de eficiência e de proporcionalidade sabidamente construídos sobre a variedade de casos concretos, [...] em um contexto dialógico entre juiz e advogados acerca da individualização do melhor e mais apropriado método de gestão de cada causa ...”. Tradução do original: “*attraverso canoni di efficienza e di proporzionalità sapientemente costruiti sulla varietà dei casi concreti, [...] in un contesto dialogico tra giudice e avvocati sul versante dell’individuazione del migliore e più appropriato metodo di gestione della singola causa...*”. TEDOLDI, Alberto. *Processo civile e giudicato “alla deriva”*. In: CIPRIANI, Franco (coord.). **Il Giusto Processo Civile** – Rivista Trimestrale. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VIII – n. 4/2013. Milano: 2013, p. 1073. No mesmo sentido: CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2011, p. 403.

²²³ Tradução do original: “*Da ultimo, non è ultroneo forse precisare che l’affermare, nell’unitarietà dell’ordinamento, il concorso di principi che caratterizzano la disciplina privatistica dell’autonomia negoziale con le norme del diritto processuale civile, al fine d’assicurare alle parti una più efficace tutela delle situazioni soggettive anche alla stregua di una sequela procedimentale che meglio si adatti alle esigenze concrete delle parti stesse, non contrasta in alcun modo con quella piena autonomia dell’esperienza processuale rispetto al diritto sostanziale, che permane certo la più netta e proficua acquisizione della scienza processuale moderna*”. CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXX, n.1, 2015, p. 54.

legal²²⁴. Alberto Tedoldi²²⁵, quando analisa as regras do processo italiano (183 *bis* e 702 *quater* do Código de Processo Civil italiano), que permitem a passagem do rito ordinário para o sumário e vice e versa, atenta para a plethora de inconstitucionalidades que a adaptabilidade judicial com imputação de preclusões pelo juiz pode acarretar, violando o devido processo legal e o direito de defesa.

Lamentamos que a norma do artigo 357 do CPC/2015 tenha optado pela adaptabilidade judicial, como regra, admitindo só excepcionalmente a adaptabilidade entre as partes e o juiz em colaboração, quando as partes propuserem (§ 2º) ou quando o juiz, ao entender que a causa é complexa, designar audiência para fixar os termos dos atos futuros (§ 3º)²²⁶, notadamente no ambiente pouco democrático de nossa prática forense.

O risco real de desnaturação democrática da adaptabilidade em concreto está na complexidade extrínseca relativa à relação autoritária, de dependência entre juízes e advogados – à qual já nos referimos na Seção 1.8.1 *supra* – que poderá transformar essa fixação de rito, que deveria ocorrer mediante diálogo entre seus atores, em um monólogo impositivo do juiz. Mas a simples previsão legal não é remédio suficiente e definitivo contra o autoritarismo.²²⁷ Se o juiz autoritário desejar fazer o *seu rito*, não há procedimento previsto em lei que o faça agir de outra forma. Trata-se de uma patologia social grave, que aflige o contraditório, a cognição e a própria legitimidade democrática do processo.

A adaptabilidade em concreto é técnica epistêmica mais eficiente que o processo *marche fixe*, mas não podemos nos afastar das condições sociais em que será aplicada. A participação democrática das instituições essenciais à justiça pode ser decisiva para esta transformação. A

²²⁴ Fernando da Fonseca Gajardoni aponta o contraditório como requisito indispensável à flexibilização procedimental. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 89-93.

²²⁵ TEDOLDI, Alberto. La conversione del rito ordinario del rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.). **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar.-abr. 2015, ano LXX, n. 2. Milano: Giuffrè, 2015, p. 509.

²²⁶ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 94, v. II.

²²⁷ “Sobre a fonte de oferta de serviço de justiça, é supérfluo ressaltar que a adequação técnica da disciplina legislativa não serve a nada, se não é acompanhada da capacidade e competência profissional dos advogados, dos magistrados, dos auxiliares, através da recíproca colaboração, na interpretação de tal disciplina da melhor forma possível, mitigando e não exasperando seus eventuais defeitos, de forma a evitar a transformação de uma fisiológica contraposição do desenvolvimento processual em um generalizado conflito entre categorias profissionais”. Tradução do original: “*Sul fonte dell'offerta del servizio giustizia, è superfluo sottolineare che l'adeguatezza tecnica della disciplina legislativa non serve a niente, se non è accompagnata dalla capacità e competenza professionale degli avvocati dei magistrati, del personale ausiliario, attraverso la loro reciproca collaborazione, di interpretare tale disciplina nel modo migliore, di lenire e non di esasperarne gli eventuali difetti, di evitare di trasformare una fisiologica contrapposizione di ruoli processuali in un generalizzato conflitto tra categorie professionali*”. CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2011, p. 395.

Universidade, a Ordem dos Advogados, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os Conselhos Nacionais podem incentivar e celebrar convenções coletivas e protocolos uniformizando práticas exitosas, ocupando o espaço em branco das normas deixado à liberalidade das partes e do juiz.²²⁸ As convenções, com a participação destas e de outras entidades que sejam representativas de grupos sociais, podem regular e definir, com legitimidade e eficiência, através de negócios processuais, quais as provas são necessárias ou qual forma deverá ter esse ou aquele processo que diga respeito a determinadas demandas, notadamente, nos litígios de massa. A convenção coletiva, então, além de valorizar a participação democrática na formação do processo, servirá como controle do autoritarismo judicial.

Alberto Tedoldi acrescenta às outras qualidades já ressaltadas da adaptabilidade em concreto mediante a colaboração entre o juiz e as partes, a sua eficácia econômica, de eficiência e proporcionalidade, ao aplicar proporcionalmente a cada caso os limitados recursos destinados à prestação jurisdicional.²²⁹

²²⁸ "A experiência internacional dos *Pre-actions protocols* ingleses e dos *Protocolli* italianos e a vivência nacional das convenções coletivas trabalhistas e de consumo, têm demonstrado que a celebração de acordos entre entidades que detêm representatividade efetiva de grupos sociais ou categorias, participantes de relações de direito material que geram relevante litigiosidade ou litigiosidade de massa – destinadas a regular procedimentos *ante causam* para a solução de conflitos ou mesmo de condições para a propositura das ações –, produzem efeitos positivos e deflatores à administração da justiça". ARAÚJO, José Aurélio de. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – segunda parte. Capítulo IV – Procedimento probatório extrajudicial. **Revista de Processo**, vol. 241, março 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 142-143.

²²⁹ "O aparelho judicial é um recurso limitado e custoso e sua utilização deve ser economicamente proporcional à exigência efetiva de tutela das situações substanciais. A ativação dos instrumentos jurisdicionais, segundo uma e outra modalidade predisposta do ordenamento, não pode ser deixada à responsabilidade das partes, justo o princípio que fixa a todos um fundamental direito à tutela jurisdicional (art. 24 Constituição italiana); mas a gestão de tais instrumentos deverá necessariamente passar através de cânones de eficiência e de proporcionalidade sabiamente construídos sobre a variedade de casos concretos, segundo aquela aproximação do *case management* que estão difundindo nos ordenamentos mais evoluídos, em um contexto dialógico entre juiz e advogados na direção à individualização do melhor e mais apropriado método de gestão da causa, a mercê de acordos que investem diretamente sobre as regras processuais para adaptar, com arte de alfaiataria, as peculiaridades do caso específico." Tradução do original:

"L'apparato giurisdizionale è una risorsa limitata e costosa e il suo utilizzo deve essere economicamente proporzionato alle esigenze effettive di tutela delle situazioni sostanziali. L'attivazione degli strumenti giurisdizionali, se cono l'una o l'altra delle modalità predisposte dall'ordinamento, non può che esser lasciata interamente nella responsabilità delle parti, giusta il principio che accorda a tutti un fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24

Cost.); ma la gestione di tali strumenti dovrà poi necessariamente passare attraverso canoni di efficienza e di proporzionalità sapientemente costruiti sulla varietà dei casi concreti, secondo quegli approcci di *case management* che si stanno diffondendo negli ordinamenti più evoluti,

in un contesto dialogico tra giudice e avvocati anche sul versante dell'individuazione del migliore e più appropriato metodo di gestione della causa, mercé accordi che investono direttamente le regole procedurali per adattare, con arte sartoriale, alle peculiarità del caso singolo." TEDOLDI, Alberto. La conversione del rito ordinario del rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.). **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Ma.-Abr. 2015, ano LXX, n. 2. Milano: Giuffrè, 2015, p. 497.

Passamos nas próximas Seções a observar, resumidamente, dois sistemas processuais que adotam a adaptabilidade em concreto na sua fisiologia interno do processo: o Processo francês e o inglês.

2.2.2.1 A adaptabilidade no Processo Civil francês

Como visto acima, enquanto o *Code de procédure civile* de 1806 é exemplo de modelo de adaptabilidade legal, foi este mesmo estatuto que criou o *référé*, regulado nos artigos 806 a 811, procedimento de vasta aplicação, que se tornaria, a partir da prática forense²³⁰, a fonte primordial para a institucionalização da flexibilização e da adaptabilidade.

Mas foram os Decretos nº 872, de 13 de outubro de 1965, e nº 1072, de 7 de dezembro de 1967, que depois de uma série de reformas processuais, impuseram importante mudança cultural, através da instituição de um *juge des mises en état*: juiz especializado na instrução e dotado de amplos poderes de ofício para dirigir o ritmo do processo, "verdadeiro gestor da instrução civil"²³¹, transformando a construção do *iter* processual de legal para *judiciaire ad litem*.²³²

Adotando como princípio a colaboração (artigos 1º-13) e seus consectários como o dever de clarificação (artigos 8º e 13), a busca da verdade, a lealdade e a probidade, o *Nouveau Code de procédure civile* de 1975 procurou o equilíbrio entre o processo de iniciativa das partes e o processo conduzido pelo juiz, possibilitando, sobre esta base ética, a criação do

²³⁰ "Diante da oferta do serviço de justiça, é supérfluo sublinhar que a adequação técnica da disciplina legislativa de nada serve, se não vier acompanhada da capacidade e competência profissional dos advogados, dos magistrados, dos auxiliares da justiça, através da sua recíproca colaboração, de interpretar tais disciplinas da sua melhor maneira, de mitigar e não exasperar seus eventuais defeitos, evitando transformar uma fisiológica contraposição de caráter processual em um conflito generalizado entre categorias profissionais." Tradução do original: "*Sul fronte dell'offerta del servizio giustizia, è superfluo sottolineare che l'adeguatezza tecnica della disciplina legislativa non serve a niente, se non è accompagnata dalla capacità e competenza professionale degli avvocati, dei magistrati, del personale ausiliario, attraverso la loro reciproca collaborazione, di interpretare tale disciplina nel modo migliore, di lenirne e non di esasperarne gli eventuali difetti, di evitare di trasformare una fisiologica contrapposizione di ruoli processuali in un generalizzato conflitto tra categorie professionali*". CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**. Giuffrè: 2011, p. 395.

²³¹ BONATO, Giovanni. I poteri e i provvedimenti del *juge de la mise en état* nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005. In: CARRATTA, Antonio (coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 289.

²³² FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 60. ARAUJO, José Aurélio de. A Eficácia Epistêmica do Processo Bifásico. **Revista de Processo**, nº 241, março 2015, p. 369-410.

procedimento bifásico²³³, no qual a adaptabilidade é em concreto e não mais legal, simplesmente.

Como se observa na *procédure ordinaire* (artigo 750)²³⁴ que tramita perante o *tribunal de grande instance* e a *cour d'appel*²³⁵, após a fase de introdução da demanda (artigo 750, *introduction de l'instance*)²³⁶ mediante a *l'instruction de l'affaire*, na audiência de *Conférence du Président* (artigo 759, § 2º), o juiz-presidente, ouvidas as partes ("*confère de l'état de la cause avec les avocats présents*")²³⁷ escolhe um dos três ritos previstos na lei (*circuits*) adequados à complexidade da causa: o *circuit breve*, o *circuit moyen* e o *circuit long*.

O *circuit breve*, *court* ou *ultracourt* (artigo 760), é utilizado para casos simples, quando requeridos por ambas as partes ou no julgamento à revelia. Nesta hipótese o processo é remetido diretamente à audiência de discussão em razão da desnecessidade de produção de outras provas. Aplica-se o *circuit moyen* (artigo 761) quando se mostra necessário ao juiz-presidente uma última troca de memoriais ou de documentos. Nesta hipótese uma segunda audiência será marcada na qual a instrução poderá ser concluída, remetendo as partes à audiência de discussão. Se, no entanto, for necessária a continuidade da instrução, revelando-se de maior complexidade a causa, o *circuit moyen* transformar-se-à em *circuit long* através do instituto da *passarelle*. Por

²³³ "Com as reformas restou acentuada a estrutura bifásica do processo civil francês, distinguindo a fase de instrução, na qual reina soberano o juiz instrutor, da fase da decisão na qual entra em jogo o colegiado do tribunal de primeira instância". Tradução do original: "*Con le richiamate riforme si giunge ad accentuare la struttura bifasica del processo civile francese, distinguendo la fase dell'istruzione, in cui regna sovrano il JME, dalla fase della decisione in cui entra in gioco il collegio del TGI*". BONATO, Giovanni. I poteri e i provvedimenti del juge de la mise en état nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005. In: CARRATTA, Antonio (coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 289.

²³⁴ BONATO, Giovanni. I poteri e i provvedimenti del juge de la mise en état nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005. In: CARRATTA, Antonio (coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 290.

²³⁵ Também exerce uma série de atividades: 1) tenta a conciliação; 2) observa a presença de demanda incidental; 3) a necessidade de deferimento de prova documental; e, principalmente, 4) se é o caso de remeter o processo ao *juge de la mise en état* para início da instrução ou diretamente à audiência de discussão (*audience des plaidoiries*), quando a causa estiver pronta para julgamento (FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 73-74). Acerca da *l'instruction de l'appel avec mise en état*: "**979. - Différents circuits**. En principe, les litiges relevant de la procédure contentieuse avec représentation obligatoire font l'objet d'une mise en état comparable à celle du tribunal de grande instance". CADIET, Loïc; EMMANUEL, Jeuland. **Manuel**. Droit judiciaire privé. 8. ed. Paris: Lexis Nexis, 2013, p. 755-763.

²³⁶ CADIET, Loïc; EMMANUEL, Jeuland. **Manuel**. Droit judiciaire privé. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013, p. 684-686.

²³⁷ BONATO, Giovanni. I poteri e i provvedimenti del juge de la mise en état nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005, In: CARRATTA, Antonio (coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 291.

fim, no *circuit long*, o processo é remetido para o juiz da *mise en état*, que, dotado de funções instrutórias, providencia a formulação do calendário processual, organizando a prática dos atos futuros.²³⁸

2.2.2.2 O calendário processual

O *contrat de procédure*²³⁹ foi instituído pela Reforma de 2004, através dos decretos de 20 de agosto e de 28 de dezembro daquele ano, produto do Relatório *Magendie*, que institucionalizou a prática forense emergente nos anos 80 nos tribunais *de grande instance* e das cortes de apelo parisienses.²⁴⁰ Espécie do contrato de procedimento, o calendário foi introduzido, por sua vez, pelo Decreto nº 1678, de 28 de dezembro de 2005²⁴¹, através da criação dos parágrafos terceiro, quarto e quinto do artigo 764²⁴² dentro da sequência procedimental do *circuit long*.

Loïc Cadiet conceitua o calendário como "negócios processuais que têm por objeto a determinação de comum acordo entre as partes e o juiz acerca do calendário processual".²⁴³ Objetivamente, o calendário consiste na adaptabilidade em concreto, através da cooperação entre o juiz e as partes, na gestão da duração razoável do processo, nas hipóteses do *circuit*

²³⁸ CADIET, Loïc; EMMANUEL, Jeuland. **Manuel**. Droit judiciaire privé. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013, p. 695.

²³⁹ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français, Sur la contractualisation du règlement des litiges. **Accordi di parte e processo**. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 11. Milão: 2008, p. 7-36.

²⁴⁰ GHIRGA, Maria Francesca. Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXVII, n.1, 2012. Nota 16, p. 171.

²⁴¹ CADIET, Loïc; EMMANUEL, Jeuland. **Manuel**. Droit judiciaire privé. 8. ed. Paris: Lexis Nexis, 2013, p. 696.

²⁴² De acordo com o artigo 764, alínea 3, do Novo Código de Processo Civil francês, o juiz *de la mise en état* "*peut, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état.*" Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=241353C902016E399326CBA264DC2644.tpdjo15v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006181696&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20140904>. Acesso em: 04 set. 2014.

²⁴³ Tradução do original: "*les contrats de procédure qui ont pour objet la détermination d'un commun accord du juge et des parties du calendrier procédural de l'affaire*" CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. **Accordi di parte e processo**. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 11. Milão: 2008, p. 24.

long, mediante a formulação de um programa de atividades processuais relacionado, em especial, a atividade instrutória.

De acordo com o artigo 764²⁴⁴, o juiz da *mise en état* fixa os termos de desenvolvimento da causa considerando os elementos de complexidade do processo: a natureza, a urgência, a complexidade e a opinião das partes. O objetivo primordial é o de garantir o andamento processual e o exercício do direito de ação e defesa em tempo razoável.

A instituição do calendário impõe mudança cultural com a valorização do diálogo e da convivência obrigatoriamente civilizada²⁴⁵ entre as partes e o juiz. Fundado na natureza negocial do *contrat de procedure* francês, ou no dever de colaboração, dos processos italiano, austríaco ou alemão, a participação das partes é sempre exigida para a formação do calendário²⁴⁶, a fim de impor mudança da cultura autoritária para a cooperativa do processo judicial²⁴⁷.

²⁴⁴ "Art. 764/6. *Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats.*" (Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 25 jun. 2015. FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 68.

²⁴⁵ Nesse sentido o Relatório Magendie I, segundo o qual: "O direito processual apresenta-se normalmente como 'um direito relacional', de cooperação no qual a lealdade faz a passagem da esfera privada, moral, à esfera social para equilíbrio dos interesses antagonicos." Tradução do original: "*Il diritto processuale sarebbe generalmente presentato come 'un droit relationnel, de coopération das lequel la loyauté assure le passage de la sphère privée, morale, á la sphère sociale pour l'équilibre des interérêts antagonistes en présence*". GHIRGA, Maria Francesca. Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXVII, n.1, 2012, nota 20, p. 171.

²⁴⁶ FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendario del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè, ano LXVI, n. 4, dezembro 2012, p. 1396.

²⁴⁷ "Estamos longe do vínculo negocial dos contratos de procedimento franceses, obstaculizado para alguns pela reserva legal do artigo 111 da Constituição italiana. Todavia, isso não tolhe que se trate de um elemento importante, seja porque, favorecer uma aproximação colaborativa e portanto uma recíproca consciência, incidindo sobre o elemento cultural que como se viu é um fator decisivo para a mudança do processo em termos de eficiência, como já argutamente notava Calamandrei, no seu escrito sobre "As boas relações entre os juízes e os advogados no novo processo civil"; seja porque se atua uma recíproca responsabilização, que encontra reflexo sobre as consequências disciplinares que podem derivar em inadimplemento do calendário; seja porque, enfim, permite realizar um aspecto fundamental do justo processo talhado sobre a medida, vale dizer as exigências e os direitos das partes." Tradução do original: "*Siamo lontani dal vincolo negoziale del contrat de procedure francese, ostacolato per alcuni dalla riserva di legge di cui all'art.111 cost. Tuttavia, ciò non toglie che si tratti di un elemento importante, sia perché, nel favorire un approccio collaborativo e dunque una reciproca consapevolezza, incide su quell'elemento culturale che va visto come fattore decisivo per il mutamento del processo in termini di efficienza, come già argutamente notava Calamandrei, nel suo scritto su Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile; sia perché si attua una reciproca responsabilizzazione, che trova il suo riflesso sulle conseguenze disciplinari che possono derivare dall'inadempimento del calendario; sia perché, infine, permette di realizzare un aspetto fondamentale del giusto processo tagliato su misura, vale a dire le esigenze ed i diritti delle parti.*" FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendario del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè, ano LXVI, n. 4, dezembro 2012, p. 1393.

O calendário é utilizado como meio organizacional da instrução probatória, substituindo o sistema de preclusões rígidas para termos fixados pelo juiz²⁴⁸, que deve incluir o prazo para troca de articulados (*memoire*), a data do fim da instrução, a data de discussão da causa e até mesmo a data da pronúncia da decisão, como sugere o documento fruto do encontro dos magistrados de Bolonha *Novità legislative e giurisprudenziali nel processo civile*²⁴⁹, conforme ressalta Maria Francesca Ghirga:

Sobre esse ponto cabe ressaltar que tratando-se de acordo de natureza processual, celebrado entre o juiz e as partes, não tem por objeto somente os prazos de adimplemento dos ônus processuais reconduzidos às partes, mas também dos deveres do juiz; o calendário se refere de fato não somente aos prazos relativos à troca dos memoriais defensivos, mas também a fixação da data prevista para o fechamento da instrução, da discussão e da decisão da causa.²⁵⁰

O juiz e as partes podem determinar também a forma de apresentação da ação ou da defesa, como as regras da *International Chamber of Commerce* (artigo 23, reg. *Terms of Reference*), onde as partes, na presença do colégio arbitral, redigem um documento "*a summary of the parties*".²⁵¹ Em razão de sua eficácia na administração da duração razoável do processo a adaptabilidade em concreto mediante calendário vem se expandindo para outros sistemas processuais europeus, caracterizando-se como o fenômeno nomeado pela doutrina italiana da *calendarizzazione*.²⁵² Segundo Nicolò Trocker²⁵³, o Processo Civil alemão, a partir de 1976, também instituiu o modelo flexível de processo através da norma da § 272 *Zivilprozessordnung* alemã, doravante identificada pela sigla "ZPO", com ampla possibilidade de adaptação às

²⁴⁸ GHIRGA, Maria Francesca. Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXVII, n.1, 2012, nota 24, p. 172.

²⁴⁹ FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendario del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè, ano LXVI, n. 4, dezembro 2012, p. 1393.

²⁵⁰ Tradução do original: "*Sul punto occorre rilevare che trattandosi di un accordo di natura processuale, concluso tra giudice e parti, esso ha ad oggetto non solo i tempi di adempimento degli oneri processuali riconducibili alle parti, ma anche dei doveri del giudice: il calendario si riferisce infatti non solo ai termini relativi allo scambio delle memorie difensive, ma anche alla fissazione della data prevista per la chiusura dell'istruzione, a quella per la discussione e a quella per la decisione della causa.*" GHIRGA, Maria Francesca. Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXVII, n.1, 2012, p. 173.

²⁵¹ FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendario del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè, ano LXVI, n. 4, Dezembro 2012, p. 1406.

²⁵² GHIRGA, Maria Francesca. Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXVII, n.1, 2012, pp. 166-187.

²⁵³ TROCKER, Nicolò. La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo. In: CIPRIANI, Franco. (A cura de). **Rivista trimestrale Il Giusto Processo Civile**. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VII – n. 1/2012. Milano: 2012, p. 42-43.

controvérsias específicas. O juiz define se remete diretamente à primeira audiência imediata (§ 275 ZPO) ou ao procedimento preliminar escrito (§ 276 ZPO) se a controvérsia for mais complexidade.²⁵⁴

No Direito processual austríaco, também, a audiência preliminar (*erste Tagsatzung* da § 239 da ZPO austríaca de 1895) foi substituída na atual ZPO de 2002, pela *vorbereitende Tagsatzung*, na qual as partes, os advogados e o juiz, formam o "programa processual", de acordo com a expressão utilizada por Claudio Consolo.²⁵⁵

A eficiência do sistema exige, no entanto, como consectário do próprio dever de cooperação, a natureza vinculante e coercitiva do calendário. Seus prazos somente são prorrogados por razões graves e devidamente justificadas, sob pena de ser imposta, no Direito processual francês, a pena de preclusão, como sanção de descumprimento, através da decisão chamada de *clôture*.²⁵⁶

Na Itália, a alteração do artigo 81-*bis* das disposições de atuação do Código de Processo Civil italiano²⁵⁷, passou a imputar responsabilidade funcional ao juiz, às partes e aos peritos. O calendário, no Direito italiano, pode ser utilizado tanto no processo ordinário como no novo sumário (artigo 702-*bis*, Código de Processo Civil italiano), cuja *desformalização* impõe da organização procedimental *in concreto*.²⁵⁸

²⁵⁴ A descrição progressiva da fase preparatória do processo alemão é encontrada em ADAMO, Daniela D'. **Contributo allo studio della contumacia nel processo civili**. Giuffrè: Milano, 2012, p. 307-311. CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito Processual Civil Alemão. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério (Coord.). **Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo**. São Paulo: LEX, 2010, p. 30-33.

²⁵⁵ CONSOLO, Claudio. Introduzione. In: PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **Ordinanza della Procedura Civile di Francesco Giuseppe, 1895**. Testi e Documenti per la Storia del Processo. Milão: Giuffrè Editore, 2004, nota (59), p. LIII, vol. VIII. TROCKER, Nicolò. La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo. In: CIPRIANI, Franco. (A cura de). **Rivista trimestrale Il Giusto Processo Civile**. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VII – n. 1/2012. Milão: 2012, p. 43.

²⁵⁶ CADIET, Loïc; EMMANUEL, Jeuland. **Manuel**. Droit judiciaire privé. 8. ed. Paris: Lexis Nexis, 2013, p. 690-693; FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 70-71.

²⁵⁷ "Art. 81-*bis*. (Calendario del processo). Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli incombeni che verranno in ciascuna di esse espletati, compresi quelli di cui all'articolo 189, primo comma. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini. Il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario di cui al comma precedente da parte del giudice, del difensore o del consulente tecnico d'ufficio può costituire violazione disciplinare, e può essere considerato ai fini della valutazione di professionalità e della nomina o conferma agli uffici direttivi e semidirettivi." (Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33898>>. Acesso em: 4 set. 2014.)

²⁵⁸ FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendario del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè, ano LXVI, n. 4, dezembro 2012, p. 1402.

A contratualização processual através do calendário tornou-se, no Direito processual francês, um eficiente remédio para a complexidade processual, como ressalta Cadiet: “Tanto no sistema judiciário quanto no próprio processo, o recurso à contratualização dos procedimentos representa uma boa resposta à complexidade processual”.²⁵⁹

2.2.2.3 A adaptabilidade no Processo Civil inglês

A Reforma inglesa de 1998 fixou, dentre seus objetivos primordiais (*overriding objectives*), na regra 1.1 das *Civil Procedural Rules* inglesas doravante identificadas pela abreviatura "CPR"²⁶⁰, a capacitação das cortes de julgamento para que os processos se deem de forma justa, a partir do tratamento igualitário das partes e da utilização proporcional dos custos à complexidade das causas.²⁶¹ Estes objetivos foram traçados quando se identificou que o maior

²⁵⁹ Tradução do original: “*Tanto a livello di sistema giudiziale, quanto a quello del processo stesso, il ricorso alla contrattualizzazione delle procedure rappresenta una buona risposta alla complessità processuale*”. CADIET, Loïc. *Complessità e riforme nel processo civile francese*. Tradução italiana por Torquato D. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. Ano LXII – n. 4. Giuffrè: 2008, p. 1326.

²⁶⁰ TROCKER, Nicoló. **La Formazione del Diritto Processuale Europeo**. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 313.

²⁶¹ “*The overriding objective 1.1. – (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly. (2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable – (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate to the amount of money involved; (i) to the importance of the case; (ii) to the complexity of the issues; and (iii) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases.*” In: **Statutory Instruments**, 1998, N. 3132 (L.17), Supreme Court of England and Wales, County Courts.

problema da Justiça inglesa é o seu elevado custo²⁶², conforme as conclusões dos Relatórios de autoria de Lord Woolf of Barnes.²⁶³

A solução, para tanto, adotada nas CPR, foi reduzir a capacidade de influência descontrolada das partes e dos advogados, de imprimirem um duelo sem fim, desmedido, desleal e custoso de alegações e provas, restabelecendo o controle do andamento do processo pelo juiz e pelas cortes, através dos *the courts case management powers*. O juiz passa de mero espectador passivo para controlador da boa-fé e do bom andamento do processo que deixa de ser mera *cosa delle parti*.²⁶⁴

Mas não só, com os *case management powers* o juiz vai determinar, junto com as partes, o procedimento adequado à complexidade da causa de forma a equilibrar a utilização dos recursos disponíveis e gerir os recursos alocados para a administração da justiça, gerando economia.²⁶⁵ A avaliação da complexidade da causa que gera sua afetação ao *multi track* tem

²⁶² "Os defeitos que identifiquei no nosso sistema atual são: o alto custo que muitas vezes supera o valor da causa; muita demora em levar os processos para julgamento e muito injustos; há um déficit de igualdade entre o poder do litigante rico e do litigante despossuído. Tudo é muito incerto: a dificuldade do prognóstico de quanto custará o litígio e quanto tempo levará induz ao medo do desconhecido; é incompreensível para muitos litigantes. Sobretudo é muito fragmentado o meio pelo qual se organiza enquanto não restar claro quem é o responsável pela administração da justiça civil; se dá de forma muito *adversarial*, uma vez que os casos são conduzidos pelas partes e não pelas cortes e suas regras, e muitas vezes, são simplesmente ignoradas pelas partes e não são executadas pelas cortes." Tradução do original: "*The defects I identified in our present system were that it is too expensive in that the costs often exceed the value of the claim; too slow in bringing cases to a conclusion and too unequal: there is a lack of equality between the powerful, wealthy litigant and the under resourced litigant. It is too uncertain: the difficulty of forecasting what litigation will cost and how long it will last induces the fear of the unknown; and it is incomprehensible to many litigants. Above all it is too fragmented in the way it is organised since there is no one with clear overall responsibility for the administration of civil justice; and too adversarial as cases are run by the parties, not by the courts and the rules of court, all too often, are ignored by the parties and not enforced by the court.*" **Lord's Woolf Access of Justice – Final Report**. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm>>. Acesso em: 5 set. 2014; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissa para uma discussão séria. **Temas de Direito Processual - Nona Série**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

²⁶³ Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/>>. Acesso em: 5 set. 2014.

²⁶⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 113.

²⁶⁵ "A técnica para implementar essa estratégia consiste em um sistema de três níveis: o aumento da alçada da jurisdição para casos de menor valor para &3.000 (o que já foi implementado), um novo procedimento sumário para demandas acima de € 10.000, e um novo procedimento comum para os demais casos. A estrutura proposta é admirável tanto em simplicidade quanto em flexibilidade. Ela estabelece um mecanismo, inexistente em nosso processo, para adequar os recursos processuais. A existência de diversas formas para se processarem os litígios e o olhar atento do judiciário vai garantir que o curso do processo adotado em cada caso seja proporcional à complexidade e à importância do conflito. Mas o controle judicial, simplificando as regras e padronizando os processos não remove a tendência dos advogados para complicar e procrastinar os processos. Ela simplesmente refreia a tendência de gerar processos desnecessários." Tradução do original: "*The technique for implementing this strategy consists of a three-tier system: an increase in the small claims jurisdiction to &3,000 (which has already been implemented), a new fast-track procedure for claims up to .€10,000, and a new multi-track procedure for the remaining cases. The proposed structure is admirable in both its simplicity and flexibility. It establishes a mechanism, so far absent in our procedure, for husbanding procedural resources. The existence of*

por elementos interpretativos os *standards* previstos nas *allocations rules* (*Rule 2.3 Matters relevant to allocation to a track*): o valor econômico e a natureza da demanda, as questões de fato e de direito, os meios de prova, o número de partes, o valor e a complexidade da demanda reconvençional, o número de testemunhos, a importância da demanda para as pessoas que não têm a qualidade de parte no processo, o que as partes consideraram e as circunstâncias inerentes às partes.

Como os *circuits* franceses, as CPR criaram três procedimentos, aqui chamados *tracks*: *small track*, *fast track* e *multi track*.²⁶⁶ Utiliza-se o simplificado, veloz e informal *small track* para as causas abaixo de 5.000 libras e para determinadas causas específicas. Esta modalidade pode ser proposta inclusive sem representação por advogado. Por seu turno, o *fast track* limitado a alçada de 25.000 libras e prevê a realização de pelo menos uma audiência no *trial*, não superior a um dia. Por fim, o *multi track* é o procedimento residual utilizado para processamento das controvérsias de alçada superior, de maior complexidade e importância, que não se adequam aos outros *tracks*.

A determinação da adaptabilidade é judicial com a identificação do *track* pelo juiz (*procedural judge*), mas tem por base a participação das partes mediante prestação de informações em questionários (*allocation questionnaire*), depois da troca de atos introdutivos. Caso a definição do *track* se mostrar complexa mesmo depois dos questionários, o juiz poderá determinar a realização de audiência, a *allocation hearing*; inclusive para tentar obter o consenso das partes quanto à utilização de um *fast track*, quando a causa, originariamente, seria adequada do *multi track*, pois o juiz pode escolher um *track* independente do valor da controvérsia, mas somente pode escolher um *track* mais conciso a partir da concordância das partes. Definido o *track*, o juiz e as partes vão fixar depois, na audiência (*case management conference*), o calendário processual, acordando as direções que o processo deverá tomar. O calendário vem sendo aplicado, inclusive, na fase do *pre-trial*, em algumas controvérsias específicas, de acordo com os *pre-action protocols*.²⁶⁷

different modes of processing disputes and the ever-watchful eye of the judiciary will aim to ensure that the course of litigation adopted in any given case will be in reasonable proportion to the complexity and importance of the dispute. But judicial control, simplified rules and standardised procedures do not remove the incentives that lawyers have for complicating and protracting litigation. They merely aim to curb the scope for generating unnecessary litigation processes". ZUCKERMAN, A.A.S. Lord Woolf's Access to Justice: Plus ça change... In The Modern Law Review, volume 59, november 1996, n° 6, p. 773-796.

²⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa. **Temas de Direito Processual** – Nona Série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75-76.

²⁶⁷ FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendario del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè, ano LXVI, n. 4, dezembro 2012, p. 1405.

2.2.2.4 A função epistêmica da fase preparatória do processo bifásico

Tendência do Processo Civil europeu é o chamado processo bifásico, conceituado por Nicolò Trocker como aquele formado por "um esquema procedimental de duas fases, uma destinada à preparação (e eventualmente à resolução antecipada da causa), e outra destinada à assunção das provas e da decisão".²⁶⁸ Leonardo Greco define o processo bifásico como aquele "caracterizado pela criação de dois momentos decisórios culminantes, a audiência preliminar e a audiência final de instrução e julgamento, e a eliminação mais extensa possível da fragmentação do procedimento em uma série infindável de decisões intermediárias".²⁶⁹

Entendemos que a divisão em duas fases é epistemicamente mais eficaz, porque permite, na primeira fase de articulados e audiência, a definição exaustiva do *thema decidendum* e do *thema probandum* e, na segunda fase, a racionalidade e o planejamento, principalmente quando conjugada com o cumprimento do calendário mediante a adaptabilidade procedimental. Essa divisão nítida evita que o processo caminhe sem rumo, fortalecendo-o como instrumento de reconstrução histórica da verdade, adequado à realidade do conflito. O fortalecimento da fase preparatória e a adaptabilidade mediante calendário melhoram a capacidade do processo de produzir conhecimento, pois valorizam a função epistêmica do contraditório.

Na generalidade dos procedimentos bifásicos, a primeira fase, cuja função é eminentemente preparatória, onde são praticados diversos atos para a determinação do objeto litigioso e das provas necessárias, consiste na apresentação de alegações, na tentativa de conciliação, na definição de *thema decidendum* e do *thema probandum*, no saneamento de eventuais vícios, no julgamento de tutelas sumárias de urgência ou da evidência, e em julgamentos antecipados de mérito.

²⁶⁸ Tradução do original: "uno schema procedimentale a due fasi, l'una destinata alla preparazione (ed eventuale risoluzione anticipata della causa), l'altra destinata all'assunzione delle prove e alla decisione". TROCKER, Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 321.

²⁶⁹ GRECO, Leonardo. Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord). **Processo Civil: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 273-308, especialmente p. 300.

Não há processo bifásico sem uma fase preparatória eficiente: é a mola mestra do sistema. Beatrice Ficcarelli²⁷⁰ afirma que os procedimentos serão mais ou menos céleres se, na fase preparatória, as partes com o juiz fixarem, de forma o quanto possível definitiva, os fatos e as questões controvertidas, eliminando tudo o que não constituir objeto do conflito real, do mérito.

O processo bifásico se contrapõe ao modelo fragmentado, epistemicamente contraproducente, pois o processo assim estruturado não é dirigido a partir de pontos controvertidos e de provas definidas, mas a partir de um vai e vem mecânico de atos e pedidos, deferimentos e indeferimentos genéricos de prova, deixando-se a avaliação de sua pertinência e suficiência para o momento da sentença, quando as partes não poderão mais exercer qualquer influência.

Observando a sua fisiologia interna, notamos que o processo dividido em duas fases é a representação do processo de interpretação. A fase preparatória pode ser dividida em dois momentos importantes: a apresentação dos articulados e a audiência preliminar. A apresentação dos articulados corresponde ao conhecimento da precompreensão da parte, exposta nas suas proposições (enunciados fáticos e jurídicos). Segundo a hermenêutica do filósofo alemão Hans-Georg Gadamer²⁷¹, o intérprete nunca parte de um estado natural puro, mas de sua *historicidade*; a compreensão está inserida em uma tradição, situada na história e caracterizada por sua completude. É o *prejuízo* ou a *precognição*²⁷² que a parte faz mediante o contato com o passado e com objeto de pesquisa, baseada na sua tradição, existente antes da avaliação completa e profunda que ocorrerá na justificação epistêmica, probatória e jurídica.²⁷³ A

²⁷⁰ "O ponto delicado da organização de qualquer modelo processual consiste na disciplina de sua fase preparatória. De fato, o processo pode desenvolver-se de modo rápido e ordenado conquanto a instrução inicial induza às partes e ao juiz fixarem, de forma tendencialmente definitiva, os fatos e as questões controvertidas, eliminando tudo que não constitua objeto do conflito real." Tradução do original: "*Il punto delicato dell'organizzazione di qualsivoglia modello processuale consiste nella disciplina della sua 'fase preparatoria'. È ben noto, infatti, che il processo, in tanto può svolgersi in modo rapido ed ordinato, in quanto la trattazione iniziale induca le parti ed il giudice a fissare, in modo tendenzialmente definitivo, i fatti e le questioni controverse, eliminando tutto ciò che non costituisce oggetto di reale conflitto*". FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 11.

²⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verità e Metodo**. Trad. Gianni Vattimo. Milão: Bompiani, 2014, p. 551-591.

²⁷² GADAMER, Hans-Georg. **Verità e Metodo**. Trad. Gianni Vattimo. Milão: Bompiani, 2014, p. 553.

²⁷³ "A precompreensão é a hipótese inicial com a qual o sujeito ou mais especificamente o intérprete aborda um problema dado; é a hipótese, reversível e substituível, com a qual uma pesquisa pode ser produzida e levada a êxito". Tradução do original: "*La precomprensione è l'ipotesi iniziale con cui il soggetto o più specificamente l'interprete si accosta a un problema dato; è l'ipotesi, rivedibile e sostituibile, con cui un'indagine può essere condotta e portata a un esito*". TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 12-15.

precompreensão é a hipótese inicial do projeto interpretativo, a proposição inicial (inicial e contestação) das partes – que por si só não é epistêmica, pois depende da justificação – veiculada através dos articulados.

Na audiência preliminar, o juiz, além de poder esclarecer, no contato direto com as partes (conhecimento direto), quais são suas precompreensões, poderá dar início à lógica de perguntas e respostas do círculo hermenêutico para, na decisão complexa da audiência da fase preparatória, identificar o *thema decidendum* em cooperação. Deverá, então, selecionar as proposições *corretas* (*thema probandum*) que serão submetidas à justificação probatória ou jurídica.

É fundamental – como vimos nos modelos bifásicos francês e inglês – que a adaptabilidade em concreto se dê em audiência em cooperação entre as partes e o juiz. A oralidade e seu subprincípio, a imediatidade, não são somente bons instrumentos para colheita de provas, mas também são boas técnicas para definir o *thema decidendum* e o *thema probandum*. O contato humano, exigido pelo contraditório participativo, entre advogados e juízes atentos e estudados para a audiência, certamente facilita a tarefa de arquitetar o procedimento. O juiz, diante das partes e de seus advogados, perguntando e esclarecendo as alegações, tem melhores condições para identificar os reais contornos da controvérsia, os verdadeiros interesses e posições das partes no conflito.

A fase instrutória corresponde à justificação dos enunciados descritivos selecionados mediante provas, seguindo-se, por fim, o julgamento, que corresponde à interpretação mediante compreensão pelo juiz dos fatos e das normas aplicáveis, veiculadas nas proposições selecionadas.

Durante todo o processo, incidirão as regras de controle²⁷⁴, componente essencial do modelo hermenêutico, através do qual se tenta conter a produção de decisões arbitrárias e infundadas: contraditório, duplo grau de jurisdição, motivação, saneamento em cooperação, etc.

Assim, se o conhecimento no processo é realmente importante, a sua fisiologia deve ser epistêmica: o processo bifásico. Trata-se de um deslocamento de perspectiva acerca de sua fisiologia interna. O processo até aqui serviu ao silogismo positivista como método de interpretação: apuram-se os fatos na instrução para aplicar a lei ao caso concreto na sentença. Essa forma de comunicação e de desenvolvimento da atividade processual cognitiva não é mais capaz de responder aos métodos de interpretação circular ou em espiral, que demandam a todo o tempo o contraditório entre as partes e o juiz acerca das proposições constantes dos articulados

²⁷⁴ Acerca dos critérios de *controlabilidade*, vide a Seção 2.4 *infra*.

e das provas que devem ser produzidas na fase instrutória, da regra jurídica a ser aplicada ao caso, das proposições a serem testadas na instrução, das provas produzidas e assim por diante, até a justificação final na sentença. Para tanto, é que compreendemos a importância, na presente tese, do debate acerca da fisiologia do processo cognitivo como forma de produzir conhecimento e coisa julgada. O processo deve deixar sua estrutura silogística e avançar para servir a um método interpretativo real e eficaz.

2.2.2.5 A decisão de saneamento e a função epistêmica da fixação dos pontos controvertidos: definição de *thema probandum* e *thema decidendum* e a técnica epistêmica da abdução

Um dos momentos processuais mais desprezados pela prática do Processo Civil brasileiro é a decisão de saneamento ou *despacho saneador*²⁷⁵, instituto originário, segundo Alfredo Buzaid, do moderno direito processual civil português e produto da necessária "divisão do processo em duas fases" após o reconhecimento da existência de uma relação jurídica processual autônoma, a partir de Bülow.²⁷⁶

Apesar de nomeada como de saneamento, trata-se de uma decisão complexa que conjuga cada vez mais funções importantíssimas para a segunda fase do processo, de instrução e julgamento. Localizada após os articulados das partes a decisão de saneamento congrega: 1) o saneamento propriamente dito; 2) o exercício pelo juiz da clarificação; 3) a fixação do *thema decidendum*, ou seja, dos fatos sobre os quais recairá a atividade instrutória; 4) a fixação do *thema probandum* com a definição das provas que serão produzidas e a distribuição do respectivo ônus; e, se o sistema admitir, 5) a adaptabilidade processual em concreto. É, em razão desta complexidade, que nos parece precisa a nomenclatura utilizada pelo CPC/2015, de decisão de saneamento e organização do processo.

Analisaremos na presente Seção, o item 3), a fixação do *thema decidendum*. O legislador do CPC/1973 define este instante como de fixação dos *pontos controvertidos* (artigo 331, § 3º,

²⁷⁵ Para Buzaid, o "*despacho saneador* é instituto do processo civil, criado pelo direito português moderno", mas precisamente pelo Decreto nº 12.353, de 22 de setembro de 1926. BUZOID, Alfredo. *Origem do Despacho Saneador. Estudos de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 15-16. Para Paulo Pimenta, desde 1907 há previsão no direito português de uma decisão judicial após os articulados destinada ao julgamento das nulidades processuais. PIMENTA, Paulo. *A Fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2013, p. 12.

²⁷⁶ BUZOID, Alfredo. *Origem do Despacho Saneador. Estudos de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 1-2.

CPC/1973): a diferença entre o que foi alegado pelo autor e o que foi contestado pelo réu (*thema decidendum*), de modo que seja possível identificar quais as provas que deverão ser produzidas para poder decidir a controvérsia (*thema probandum*). Esta perspectiva tradicional reflete uma dinâmica de julgamento que limita a produção probatória ao objeto litigioso, supondo que seja suficiente a mera contraposição entre inicial e contestação. Melhor o CPC/2015 que no inciso II do artigo 357 utilizou a locução "delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos". Pior, no entanto, quando constrói um fluxo processual no qual esta atividade será executada em regra pelo juiz sozinho e por escrito.

Sabemos, no entanto, que a atividade de julgamento é muito mais complexa que a mera subsunção, ou seja, colocar um caso específico na classe da *fattispecie* legal. O juiz, ao logo do processo hermenêutico, não procede de maneira linear para a qualificação dos fatos. A moderna filosofia do direito nos mostra que não há uma aplicação imediata da norma ao fato preexistentemente colocado: *Narra mihi factum, dabo tibi ius*. O processo hermenêutico é uma "circularità fra fatti e norme"²⁷⁷, reconhecendo a relação dialética e inseparável de identificação de um e de outro, concreta, e não abstrata como no silogismo. Esta técnica presume falsamente que o fato está posto e é verdadeiro, quando sabemos que o que há – até o final da fase probatória – são os enunciados descritivos dos fatos e jurídicos dados pelas partes. A verdade do fato e sua avaliação jurídica são construídas ao longo do processo, com a imprescindível participação das partes. Como afirma Tuzet²⁷⁸, de uma forma ou de outra, a hermenêutica não é um privilégio do julgador, mas uma construção dos fatos e da valoração jurídica exercitada pelo juiz com a participação das partes, sob pena de traduzir-se em arbítrio.

Se acompanharmos Tuzet ainda um pouco mais, veremos que, no seu *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*²⁷⁹, o autor opta pela técnica da abdução (inferência

²⁷⁷ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 21.

²⁷⁸ "É importante acrescentar a respeito que os critérios de controle de um mesmo processo devem ser sempre públicos e intersubjetivos, de modo que a atividade em questão não se traduza em arbítrio." Tradução do original: "*Quello che è importante aggiungere a riguardo è che i criteri di controllo di un simile processo devono essere pur sempre pubblici e intersoggettivi, di modo che le attività in questione non si traduca in arbitrio*". TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 25.

²⁷⁹ "No sentido epistêmico, abdução é a inferência que formula uma hipótese explicativa. Nesse sentido é a inferência que abre a fase processual de reconstrução dos fatos e que determina quais hipóteses devem ser testadas no confronto com as provas e na dialética entre as partes". Tradução do original: "*In senso epistemico, l'abduzione è l'inferenza che formula un'ipotesi esplicativa. In tal senso è l'inferenza che apre la fase processuale di ricostruzione degli eventi e che determina quali ipotesi siano da testare in dibattito sulla base delle prove e nella dialettica fra le parti*". TUZET, Giovanni. **Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento**. Roma: Carocci, 2010.

abdutiva), como melhor forma epistêmica de realizar a hermenêutica jurídica para reconstrução dos fatos, na fase de formação das hipóteses, ou seja, na fase de definição do *thema decidendum*.

Adotar a abdução como raciocínio jurídico importa – no interior do rito – que as partes e o juiz formulem em conjunto as hipóteses fáticas prováveis que após serão submetidas ao processo de confirmação ou de desmentido empírico, ante o resultado do conjunto probatório. As partes e o juiz, após a apresentação dos enunciados descritivos e antes do início da fase probatória, exercem a dinâmica para definir quais as hipóteses prováveis que serão submetidas à avaliação pelo processo de confirmação ou negativa, através das provas produzidas. Para Tuzet, a abdução se constitui na estrutura e na dinâmica lógica da cognição no processo.²⁸⁰

Assim, a definição do *thema probandum* e do *thema decidendum* através da efetiva participação das partes na formulação das hipóteses que serão objeto de prova e definição normativa, na audiência preliminar ou na *decisão* de saneamento, é indispensável para a eficácia da cognição processual.

2.2.2.6 A adaptabilidade no Código de Processo Civil brasileiro de 2015

Os artigos 190 e 191 do CPC/2015 inserem no sistema processual brasileiro a adaptabilidade em concreto ao autorizar a celebração dos negócios processuais e em especial o calendário, inspirados diretamente no *contrat de procedure* francês e no calendário italiano.

O negócio processual pode ter por objeto "mudanças no procedimento" para ajustar o processo "às especificidades da causa", ou seja, adaptabilidade em concreto, modelando o procedimento. Também poderá ter por objeto "ônus, poderes, faculdades e deveres processuais", como, por exemplo, distribuição de ônus probatório, competência, renúncia prévia a recurso, etc. Mas, nos limites da presente Seção, a adaptabilidade do procedimento é o que por ora nos interessa.

Observe que o legislador não define critérios de complexidade, como faz o inglês ou o francês, o que deveria ser feito pelas partes e pelo juiz em colaboração e na audiência, e não somente pelo juiz, no saneador cuja regra no novo sistema é ser prolatado por escrito (artigo

²⁸⁰ "O que de todo modo parece inegável é que uma articulação inferencial deste gênero constitui a dinâmica e a estrutura lógica da cognição do processo". Tradução do original: "*Ciò che ad ogni modo non sembra negabile è che un'articolazione inferenziale di questo genere costituisca la dinamica e la struttura logica della cognizione del processo*". TUZET, Giovanni. **Dover decidere**. Diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci, 2010, p. 228.

357, § 3º, CPC/2015). A indefinição do que venha a ser complexo ou simples deixa à discricionariedade do juiz a opção por esta ou por aquela forma do processo, transmudando a adaptabilidade em colaboração em adaptabilidade judicial discricionária e autoritária. Esta mesma crítica é feita por Alberto Tedoldi à indefinição legal dos elementos simples ou complexos que levam à adoção, no Processo Civil italiano, do rito sumário desformalizado (artigo 702-*bis*) ou do rito comum (artigo 183), gerando grave prejuízo ao direito de defesa.²⁸¹ No direito francês, como vimos (Seção 2.2.2.1), a definição de complexidade leva em consideração os argumentos das partes.

O legislador se limita a identificar a complexidade apenas das matérias de fato e de direito, descartando outras formas de complexidade que devem ser levadas em consideração na modulação processual como a probatória, a subjetiva, etc., como visto na Seção 2.2 *supra*. Ressalte-se que, no caso de deferimento de prova pericial, evidente hipótese de complexidade probatória, o calendário será feito *ex officio* (artigo 357, § 8º, CPC/2015), sem qualquer participação das partes.

Outra técnica de adaptabilidade em concreto mediante cooperação suprimida das partes, foi a possibilidade de influir na modulação do procedimento nas hipóteses de julgamento de improcedência liminar do pedido (artigo 332, CPC/2015) e de julgamento conforme o estado do processo (artigos 354, 355, 356 e 357, CPC/2015). São hipóteses de adaptabilidade pois importam em abreviação do rito, com a complexa avaliação de não haver "necessidade de produção de outras provas". Ora, se as partes se tornaram destinatários das provas (artigo 369, CPC/2015) e se há o dever de cooperação, como é possível que o juiz decida que não há necessidade de produção de outras provas sem ouvi-las? A interpretação que se impõe, sobre perda da coerência constitucional do sistema, reside em aplicar diretamente o dever de cooperação do artigo 6º do CPC/2015, e o contraditório antecipado do artigo 9º do CPC/2015, impondo ao juiz a oitiva pretérita das partes quando pretender abreviar o rito nestas hipóteses. Observe que o juiz deverá em cooperação com as partes avaliar se há ou não "necessidade de produção de outras provas" para o julgamento antecipado de mérito.²⁸² A previsão de uma audiência preliminar em que todos pudessem participar na criação democrática do processo, como ocorre no processo bifásico, reabilitaria a legitimidade constitucional deste procedimento, repetimos, desastrosamente fracionado.

²⁸¹ TEDOLDI, Alberto. La conversione del rito ordinario del rito sommario *ad nutum iudicis* (art. 183 bis c.p.c.). **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar.-abr. 2015, ano LXX, n. 2. Milano: Giuffrè, 2015, p. 496.

²⁸² "Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas."

Assim, a mera inserção do contrato processual e de sua espécie, o calendário, na parte geral dos atos processuais, absolutamente divorciada da estrutura do procedimento comum, não aparenta vontade efetiva de inserir o instituto de maneira eficaz no nosso sistema.

O momento ideal para modelar o processo mediante a celebração do calendário processual – somente estamos tratando do negócio processual como adaptabilidade em concreto – certamente é aquele após os articulados, quando da audiência preliminar ou da audiência para saneamento (artigo 357, § 3º, CPC/2015), pois somente nesta altura é possível ter conhecimento dos enunciados descritivos das partes, para identificação do *thema decidendum* e do *thema probandum*. Mas o CPC/2015 só faz referência expressa ao calendário no caso de deferimento da produção de prova pericial (artigo 357, § 8º, CPC/2015) quando será definido exclusivamente pelo juiz.

O ambiente ideal da *negociação*, ou melhor, da definição do objeto litigioso e das provas a serem produzidas e dos atos probatórios, alegações e de prolação da decisão, certamente, é encontrado em uma audiência no contato direto com as partes e os seus procuradores, onde as questões devem ser francamente discutidas. Mas o *novo* legislador prefere manter a decisão de saneamento preferencialmente escrita, e só excepcionalmente oral e proferida em audiência, quando ocorrer o indefinido critério da complexidade.²⁸³

Observem como o legislador das CPR toma cuidado com a participação das partes na adaptabilidade processual: após os atos introdutivos ocorre o preenchimento pelas partes do formulário próprio para a identificação do *track* (*allocation questionnaire*), se o juiz verificar a necessidade, marca a *allocation hearing* e, se definir o *multi track*, fixa a data para a *case management conference*, onde vai firmar os termos do calendário com as partes. O sistema francês também toma os devidos cuidados com a participação da parte na formação do futuro traçado processual a partir da definição do *circuit long*: para definir os prazos relativos à troca de memoriais, ao fechamento da fase instrutória e a data da decisão²⁸⁴, o juiz da *mise en état* marca uma audiência com as partes.²⁸⁵

²⁸³ "§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações."

²⁸⁴ "Art. 764/4. *Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision.*" Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

²⁸⁵ "Art. 764/6: *Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige*" FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, nota 73, p. 70.

O calendário funciona em outros sistemas por estar inserido em uma audiência preliminar, no corpo de um processo bifásico, onde há uma fase preparatória fortalecida.

O artigo 357 do CPC/2015 traz institutos modernos do processo comparado para viver no ambiente pouco oxigenado do velho e fragmentado Processo Civil brasileiro; de novo, o velho. O procedimento é desastrosamente fragmentado e de pouca oralidade. Primeiramente, o juiz tomará contato com o processo na decisão de recebimento da inicial (artigo 334, CPC/2015) e, depois da audiência de conciliação, vai sanear o processo, mas somente entrará em contato com as partes na audiência de instrução e julgamento (artigo 358, CPC/2015). Apesar de ter enriquecido as atividades que o juiz deverá executar no saneamento do processo (artigo 357, CPC/2105), facultadas inclusive a formulação do calendário processual (artigo 191, CPC/2015) e a distribuição do ônus da prova (artigo 357, III, CPC/2105), todas essas funções, importantíssimas para o tempo e o futuro do processo, somente serão executadas em audiência com as partes, excepcionalmente, se o juiz entender que a causa é complexa (artigo 357, § 3º, CPC/2105). Sabemos que, diante da aversão do juiz brasileiro às audiências, a sua realização – exceção na própria lei – tornar-se-á raríssima. O legislador prevê, ainda, a possibilidade de impugnação do saneamento escrito em 5 (cinco) dias (artigo 357, § 1º, CPC/2105), o que fragmenta ainda mais o procedimento, pois na sequência de atos a outra parte vai ser ouvida, o juiz decidirá e, se deferir prova testemunhal, intimará as partes para apresentar seu rol em 15 (quinze) dias (artigo 357, § 4º, CPC/2015).

A delimitação em comum acordo pelas partes do objeto litigioso por escrito (§ 2º) é uma esperança vã do legislador, um adereço de contraditório participativo, de duvidosa ocorrência diante de nossa realidade cultural. O legislador previu, em verdade, adaptabilidade legal ou judicial, autoritária, com contraditório formal depois do saneamento escrito. Contraditório participativo é cooperação, adaptabilidade em concreto com a influência das partes perante o juiz e não intimação depois da decisão que se estabilizará e da qual não cabe recurso.²⁸⁶ A adaptabilidade do processo só é possível epistemicamente mediante a cooperação entre partes e juiz, expressão do contraditório, como se institucionalizou no sistema francês, por exemplo:

O novo Código de processo civil francês estabeleceu um equilíbrio entre as prerrogativas das partes. Instaurou um princípio de cooperação. O juiz não se põe ao largo até o julgado final, a condução do processo é fruto de uma regulação conjunta do juiz e as partes.²⁸⁷

²⁸⁶ “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] § 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.”

A ineficácia da norma do calendário sobressai principalmente porque, apesar de o legislador ter previsto a vinculação das partes e do juiz e a excepcionalidade de modificação dos prazos (artigo 191, CPC/2015²⁸⁸), não fez previsão de qualquer penalidade ou consequência para o seu não cumprimento: nem para as partes nem para o juiz. As partes podem, pelo menos, sofrer as penalidades pela litigância de má-fé na hipótese do inciso IV do artigo 80²⁸⁹, mas para o juiz não há qualquer forma de sanção. A única interpretação da qual podemos dar maior eficácia ao calendário reside na aplicação, no caso do descumprimento dos prazos e atos marcados, da regra do artigo 93²⁹⁰, que imputa ao causador do adiamento ou da postergação do ato processual – parte, juiz, auxiliar da justiça, advogado, defensor público ou membro do ministério público – o pagamento dos custos decorrentes da nova marcação.

O legislador francês, por seu turno, além de afirmar que o calendário também é vinculante e os prazos somente serão prorrogados por razões graves e devidamente justificadas, aplica, como sanção de descumprimento, a preclusão, através da decisão de *clôture*. O direito italiano promoveu alteração legislativa no artigo 81-*bis* das disposições de atuação do Código de Processo Civil italiano²⁹¹, para imputar responsabilidade funcional ao juiz, às partes e aos peritos. É necessário, então, que as sanções por descumprimento do calendário fiquem claras no ordenamento ou que sobrevenham outras normas sancionadoras expressas, para que esta espécie de negócio processual não reste como *avis rara* para apreciação dos brasileiros.

²⁸⁷ Tradução do original: "*Le nouveau Code de procédure civile établit un équilibre entre les prérogatives du juge et des parties. Il instaure un principe de coopération. Le juge n'est pas mis à l'écart jusqu'au jugement, le déroulement de la procédure est le fruit d'une régulation conjointe du juge et des parties*". AMRANI-MEKKI, Soraya. **Le temps et le procès civil**. Paris: Éditions Dalloz, p. 216.

²⁸⁸ "Art. 764/5. *Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée.*" (Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 2 abr. 2015.)

²⁸⁹ "Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: [...] IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo."

²⁹⁰ "Art. 93. As despesas de atos adiados ou cuja repetição for necessária ficarão a cargo da parte, do auxiliar da justiça, do órgão do Ministério Público ou da Defensoria Pública ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição."

²⁹¹ "Art. 81-*bis*. (*Calendario del processo*). *Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli incombeni che verranno in ciascuna di esse espletati, compresi quelli di cui all'articolo 189, primo comma. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini. Il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario di cui al comma precedente da parte del giudice, del difensore o del consulente tecnico d'ufficio può costituire violazione disciplinare, e può essere considerato ai fini della valutazione di professionalità e della nomina o conferma agli uffici direttivi e semidirettivi.*" Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33898>>. Acesso em: 4 set. 2014.

Há de se reconhecer, no entanto, uma grande virtude na norma dos negócios processuais: a modulação procedimental somente pode ocorrer "para ajustá-lo às especificidades da causa" (artigo 190, CPC/2015), ou seja, como adaptabilidade processual, que valorize a cognição. Interpretamos esta locução, não somente como a possibilidade de adaptação em concreto, mas no sentido de que os negócios processuais para alteração do rito legal somente podem ocorrer quando favorecerem a cognição. A adaptabilidade processual somente deve ser de cunho positivo, favorecendo a função epistêmica do processo e a busca da verdade.

Entendemos, então, que, enquanto as partes estiverem optando pela solução adjudicada e não pelo acordo, os negócios processuais não poderão reduzir ou suprimir poderes instrutórios do juiz, ou negociar qualquer outro desvio que prejudique a cognição judicial. Poderão, por outro lado, admitir mais de 10 (dez) testemunhas, superando os limites do § 6º do artigo 357 ou admitir prova cuja produção tenha sido atingida por alguma preclusão, mas nunca em detrimento da atividade probatória do juiz, pois neste caso estar-se-ia reduzindo a função epistêmica do processo. Em outras palavras, se a adaptabilidade se dá na cooperação entre as partes e o juiz, a redução ou supressão de direitos probatórios somente serão admitidas se não prejudicarem a atividade probatória judicial necessária à formação do seu convencimento. Se as partes resolvem suprimir uma prova que o juiz compreenda como indispensável, a prova deverá ser produzida. Se a adequação processual é expressão da proporcionalidade entre a causa e o processo, permitir cognição insuficiente à extensão do objeto cognoscível pode redundar até mesmo em *sibi non liquet*, pois o juiz poderá ver-se impossibilitado de formar a sua convicção. A adaptabilidade admitida nos negócios processuais que impliquem modulação do procedimento somente pode ser epistemicamente positiva e nunca negativa, pois deve ater-se "às especificidades da causa".

Da leitura do novel procedimento comum se extrai que todos os institutos importados do direito comparado por sua comprovada eficiência – cooperação, negócios processuais, calendário, adaptabilidade em concreto, clarificação, vedação ao julgamento de terceira via etc. – correm o risco de cair em desuso, pois sua aplicação eficiente depende do sistema concentrado e oral do processo bifásico, ficando sob o risco de não produzir frutos na infértil e modorra morfologia do procedimento comum previsto no CPC/2015.

2.3 A análise cumulativa em abstrato e em concreto da cognição

A doutrina em regra classifica o processo quanto à qualidade da cognição que é capaz de produzir, em abstrato, observando sua conformação legislativa.²⁹² O mandado de segurança, por exemplo, é um processo de cognição sumária, pois possui limitação probatória, o processo de conhecimento dos juizados é um processo de cognição plena e exaustiva porque comum, o provimento cautelar é de cognição sumária, etc. O critério leva em consideração, portanto, não o efetivo contraditório produzido em um processo específico, mas a extensão e a profundidade que se colocam à disposição das partes no processo comum ou especial de *lege lata*. Pode-se dizer, então, que a classificação da cognição é feita em abstrato e não em concreto: verifica-se que o processo dado pela lei é cognitivo de rito comum e que, portanto, é de cognição plena e exaustiva, não importando o que possa ter ocorrido durante o seu trâmite. Quando da nossa dissertação de mestrado optamos pela solução em abstrato, afirmando, naquela altura, que a cognição plena e exaustiva consiste no contraditório disponibilizado às partes e não no contraditório efetivamente exercido, alertávamos, inclusive, para os perigos de insegurança jurídica que a avaliação em concreto poderia gerar, com a reiterada relativização da coisa julgada. Como veremos a seguir, não adotamos mais este entendimento, pois cremos que a cognição deve ser avaliada em abstrato e em concreto.

Ao contrário, no entanto, da análise em abstrato feita pela doutrina, as limitações de cognição que autorizam a propositura da ação rescisória são sempre analisadas em concreto. O processo de conhecimento que produziu coisa julgada – reconhecido abstratamente como sendo de cognição plena e exaustiva – pode ter sua coisa julgada desconstituída nas hipóteses de déficit cognitivo como nos casos de prova falsa ou prova nova. Constata-se que, ao contrário da classificação da doutrina, o legislador faz análise *in concreto* da violação cognitiva.

A definição do método de análise ou de classificação da cognição em abstrato ou em concreto é fundamental para podermos definir, a partir do dogma de que só a cognição plena e exaustiva é capaz de produzir coisa julgada, se poderemos desconstituir coisa julgada de determinado processo levando em consideração um ou outro critério. Diz a doutrina que não se pode impugnar a coisa julgada de processo de conhecimento de rito ordinário ou sumário porque este processo é sempre de cognição plena e exaustiva. Diz o legislador que, se o tribunal verificar que a coisa julgada formada em processo de conhecimento de rito ordinário ou sumário carece de prova nova, como verificado no processo real, esta coisa julgada pode ser desconstituída. Da solução deste confronto conceitual poderá redundar na maior ou menor fragilidade da coisa julgada, pois, se é possível analisar déficits de cognição em concreto, alguns

²⁹² Neste sentido, WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128; e TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 60.

processos estarão sujeitos à desconstituição de sua *res judicata* por limitação concreta de cognição.

Se, por um lado, a justiça da decisão no Estado de Direito depende da cognição adequada, por outro, a coisa julgada, a imutabilidade da sentença de mérito produzida naquele processo, também é uma garantia do Estado de Direito que deve ser respeitada de forma efetiva e que também está abarcada no devido processo legal como condição para uma decisão justa. Leonardo Greco critica a fragilidade da coisa julgada no Brasil diante das incontáveis hipóteses de requisitos intrínsecos de cabimento da ação rescisória²⁹³, mais abrangentes do que a maioria dos sistemas estrangeiros.²⁹⁴

Modificando nosso entendimento, cremos que a análise da cognição deve ser cumulativa, feita em abstrato, em concreto e na relação entre a análise em abstrato e em concreto. Tendo em mente os elementos da cognição plena e exaustiva, devemos responder a pelo menos três perguntas: O processo construído pelo legislador tem alguma limitação cognitiva? O processo entre determinadas partes com determinado *thema decidendum* foi efetivamente de cognição plena e exaustiva? A cognição nos moldes do processo abstratamente previsto esteve de acordo com o que ocorreu no processo em concreto, ou houve quebra da segurança jurídica pela surpresa?

Assim, quando dizemos que o mandado de segurança é *a priori* de cognição sumária ou de cognição *secundum eventum probationis* como projetado pelo legislador – "direito líquido e certo" – vedando a produção de prova que não a documental, estamos a dizer que este processo abstratamente considerado produz coisa julgada proporcional se o *thema decidendum* exigir, em concreto, a produção de outras provas que não a documental, mas que, por outro lado, é apto a produzir coisa julgada se a solução da controvérsia não exigir outras provas.

²⁹³ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 247.

²⁹⁴ Na Itália cabe a *revocazione* (art. 395) quando houver: 1) dolo de uma parte, 2) julgado com base em prova declarada falsa, 3) documento novo, 4) erro de fato, 5) coisa julgada, 6) dolo do juiz. CONSOLO, Claudio. **Codice di Procedura commentato**, Artt. 287 - 632. Tomo II. IV edizione. Milão: IPSOA, 2010, p. 1264. Na Alemanha, a *Restitutionsklage* prevista na ZPO § 583 prevê a rescindibilidade da coisa julgada com base em 1) declaração falsa, 2) documento novo, 3) testemunho falso ou do perito, 4) conduta criminal do juiz ou das partes; e a *Nichtigkeitsklage*, presente na norma da ZPO § 579, nas hipóteses de nulidade de julgamento: 1) composição incorreta do tribunal, 2) falha representação da parte, 3) vício de imparcialidade do juiz. MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. **German Civil Justice**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2004, p. 362-365. O novo Código de Processo Civil português prevê como hipóteses de revisão no seu artigo 696º: 1) coisa julgada, 2) falsidade de documento, 3) documento novo, 4) nulidade ou anulabilidade da confissão, desistência ou transação, 5) ação à revelia com nulidade de citação, 6) controle de convencionalidade quando "inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o estado português", 7) ato simulado. ROCHA, Isabel; BATALHÃO, Carlos José. **Novo Código de Processo Civil**. Porto: Porto, 2013, p. 221.

Quando avalia a estrutura dos provimentos sumários, Antonio Carrata²⁹⁵ afirma que há *sumários determinados*, cuja limitação de contraditório é imposta pelo legislador ao disciplinar o procedimento, ou *sumários indeterminados*, quando a limitação de contraditório reside na vedação pelo juiz de um poder devido à parte. Ou seja, sumariedade avaliada em abstrato ou em concreto.

Por exemplo: o processo de conhecimento de rito ordinário, sumário ou sumaríssimo é abstratamente de cognição plena e exaustiva, capaz de produzir coisa julgada. Mas, se for decretada a revelia do réu, transmuda-se em um processo de cognição sumária, pois o déficit de participação do réu desqualifica a cognição como plena e exaustiva, classificando-a de sumária. Mas, concretamente, é possível que o réu compareça a tempo de produzir provas e de influenciar o julgamento de tal forma que redunde na improcedência da demanda e na formação da coisa julgada plena.²⁹⁶

São a cognição adequada e a proporcionalidade desta com o *thema decidendum* que nos permitem dizer se aquele processo produziu coisa julgada. Não há, portanto, relação absoluta entre o processo de conhecimento rito comum com a cognição plena e exaustiva e, portanto, com a coisa julgada. Não há vinculação da espécie processual com a cognição e a estabilidade da decisão. As espécies processuais, previstas na legislação, tendem aos objetivos para as quais elas foram criadas, produzir as espécies de cognição para as quais foram criadas. O que há é o vínculo da espécie de cognição com a estabilização da decisão, independente do processo previsto em lei. Alberto Tedoldi²⁹⁷ reconhece que é possível um procedimento dito sumário produzir cognição plena e, portanto, coisa julgada, como, por outro lado, é possível um processo *rito ordinário* redundar em um provimento provisório. Esta evidência – rito previsto legalmente para produzir um tipo de cognição e estabilidade produzir outro tipo – ratifica a necessidade da avaliação em concreto e em abstrato da cognição.

A análise cumulativa da cognição, em abstrato e em concreto, está de acordo com o já citado conceito de Paolo Ferrua²⁹⁸ para decisão justa, especificamente no que diz respeito à

²⁹⁵ CARRATA, Antonio. Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari. In: CARRATA, Antonio, **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 27.

²⁹⁶ Vide Seção 4.4.7, *infra*.

²⁹⁷ TEDOLDI, Alberto. Processo civile e giudicato "alla deriva". In: CIPRIANI, Franco.(Coord.). **Il Giusto Processo Civile** - Rivista Trimestrale. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VIII – n. 4/2013. Milano: 2013, pp. 1080-1081.

²⁹⁸ Tradução do original: "*l'osservanza in concreto delle forme e delle regole procedurali fissate dalla legge*". FERRUA, Paolo. **Il 'giusto processo'**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 47.

segunda condição: "a observância em concreto das formas e das regras processuais fixadas pela lei".

A justiça da decisão como direito do jurisdicionado deve permitir a revisão do julgado, excepcionalmente quando cumpridas determinadas condições, sob pena de lhe ser suprimida a proteção jurisdicional de tal direito. Isto não é novidade e não produziu a derrocada da coisa julgada, como pretendem determinadas teorias *relativizadoras*, e sempre esteve nas legislações ao longo dos séculos, como a *restitutio in integrum*, a *actio nullitatis*, e outros remédios, como nossa ação rescisória em vigor.

2.4 A cognição plena e exaustiva

Poucos são os doutrinadores que procuraram definir os elementos da cognição plena e exaustiva. No direito italiano podemos encontrar a enumeração de Antonio Carrata dos elementos constitutivos da cognição plena e exauriente, *verbis*:

Vale dizer, no segundo dos casos: a instauração do contraditório antecipado e do direito de defesa "em condições de paridade" (art. 24, 2º co., e 11, 2º co. da Constituição italiana) sobre todas as questões relevantes para a decisão; a pontual predeterminação legal seja da forma e dos prazos processuais, seja dos correspondentes poderes, deveres, faculdades processuais das partes e do juiz, com referência às diversas fases do processo (introdutiva, instrutória, decisória: art. 111, 1º co., Constituição italiana); a regulamentação da formação do convencimento do juiz segundo cânones que assegurem um "processo justo" ou um processo que produza uma "decisão justa", e portanto através da tipicidade dos meios de prova preconstituídos ou constituídos, a predeterminação das formalidades para a formação das provas preconstituídas e da modalidade de assunção das provas constituídas no processo, e dos sujeitos sob a iniciativa dos quais as provas possam ser adquiridas no juízo; a forma da sentença do procedimento conclusivo, adequadamente motivado e passível – ao menos – ao recurso de cassação "por violação de lei" (art. 11, 7º co., Constituição italiana).²⁹⁹

²⁹⁹ Tradução do original: "Vale a dire, a seconda dei casi: l'instaurazione del preventivo contraddittorio e del diritto di difesa "in condizioni di parità" (art. 24, 2º co., e 111, 2º co., Cost.) e su tutte le questioni rilevanti per la decisione; la puntuale predeterminazione legale sia delle forme e dei termini processuali, sia dei corrispondenti poteri, doveri, facoltà processuali delle parti e del giudice, con riferimento alle diverse fasi del processo (introduttiva, di trattazione, decisoria: art. 111, 1º co., Cost.); la regolamentazione della formazione del convincimento del giudice secondo canoni che assicurino un "giusto processo" ovvero un processo che produca una "giusta decisione", e dunque attraverso la tipicità di mezzi di prova precostituiti o costituendi, la predeterminazione delle formalità di formazione delle prove precostituite e delle modalità di assunzione delle prove costituende nel processo, e dei soggetti su iniziativa dei quali le prove possono essere acquisite al giudizio; la forma della sentenza del provvedimento conclusivo, adeguatamente motivato e sottoponibile - quanto meno – a ricorso per cassazione "per violazione di legge" (art. 111, 7º co., Cost.)". CARRATTA, Antonio. Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari. In: CARRATTA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 17-18.

Pelo seu caráter analítico, adotamos a definição de Leonardo Greco, a seguir transcrita, acerca dos elementos ou das características essenciais da cognição, com algumas considerações interpretativas que passamos a expor. A partir da definição de Proto Pisani, Leonardo Greco³⁰⁰ construiu detida enumeração destes componentes, obrigando qualquer estudo acerca dos elementos da cognição a tomar esta definição como ponto de partida:

Seguindo os ensinamentos de Andrea Proto Pisani, em diversos escritos, 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; e 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 Constituição.

Observando as características apontadas por Leonardo Greco, podemos distinguir *ab initio* aquelas que são aferíveis em abstrato, pois verificáveis através da lei, e aquelas que somente podem ser analisadas no processo em concreto, existente, em curso ou findo. Da primeira espécie, podemos destacar os itens 1), 2), 3), 4), 5), 8) e 9); e, da segunda, os itens 6) e 7).

Além desta classificação, também podemos distinguir componentes cognitivos pelo seu objeto. Temos assim, os elementos probatórios: 1) a predeterminação dos poderes, deveres e faculdades probatórias das partes; 3) a possibilidade de utilização de todos os meios de prova; 4) a predeterminação do procedimento probatório; 6) a possibilidade de utilização de todas as provas.

Quanto à manifestação das partes, temos o elemento cognitivo de participação e de influência das partes cumprindo o contraditório antecipado e participativo, previstos nos itens

³⁰⁰ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 6, n. X, jul.-dez. 2012, p. 286.

1), 2), 5) e 6) da definição de Greco, e que ora resumidos da seguinte forma: a) a realização plena do contraditório em forma antecipada, após ter sido garantido de fato às partes a possibilidade de influir de forma satisfatória na construção da decisão do juiz; b) a predeterminação de prazos e de atos que permitam a manifestação das partes através de suas demandas, exceções e argumentos – enunciados propositivos ou proposições –, na fase introdutiva, na definição do objeto litigioso na decisão de *saneamento*, conclusões e avaliações acerca do que a outra parte ou o juiz disseram das provas produzidas; c) a fisiologia do processo com atos, prazos, poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz, adaptados mediante cooperação à cognição adequada.

Três das características essenciais da definição de Greco (1, 2, 4 e 5) exigem “predeterminação” ou “definição de uma sequência de atos”. Esta predeterminação é evidentemente legal, de *lege lata*, não excluindo, à evidência, a adaptabilidade como método de melhor qualidade epistêmica do que a adaptabilidade legal e rígida, como a adaptabilidade em concreto em cooperação entre as partes e o juiz acima defendida (Seção 2.2). Portanto, optamos pela redação do elemento cognitivo expressa na alínea c) no parágrafo anterior em detrimento da simples predeterminação legal.

Quanto a adaptabilidade em concreto, apesar de termos apontado como técnica qualificadora da geração de conhecimento no processo (Seção 2.2.2, *supra*), técnica epistêmica, portanto, a inexistência de sua previsão em um sistema processual a priori não gera limitação cognitiva capaz de subtrair o reconhecimento da coisa julgada material naquele caso, mas mera redução qualitativa do sistema cognitivo. Podemos dizer que um sistema processual é qualitativamente superior ao outro porque possui adaptabilidade em concreto, mas que ambos alcançam o mesmo produto: a prestação jurisdicional capaz de produzir coisa julgada. A diferença entre ambos está na qualidade do produto final: um de maior e outro de menor qualidade epistêmica. Disto não se exclui o acaso do legislador criar um procedimento de tal forma inadequado à solução do conflito de interesses que pretende elidir, que possa gerar um corte cognitivo relevante e afastar a coisa julgada.

Outro elemento diz respeito à motivação da sentença pelo juiz quanto às questões de fato e de direito: 7) com possibilidade do raciocínio jurídico do juiz quanto às questões de direito e de fato propostas pelas partes. O elemento da motivação é um elemento de conteúdo da cognição, pois através dela é que o juiz exerce e demonstra seu conhecimento sobre os enunciados e provas, como também é objeto de conhecimento pelas partes e pelo tribunal *ad quem*. A motivação demonstra o que o juiz compreendeu e se torna, no mesmo instante, objeto de compreensão. É na motivação que estarão expressas as indissociáveis atividades de

conhecimento e julgamento necessárias à cognição plena e exaustiva. Alvissareira a norma do § 1º do artigo 489 do CPC/2015, que determina, sob pena de nulidade, fundamentação analítica das decisões, exigindo, por exemplo, o enfrentamento de “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Neste segundo sentido, a fundamentação é um importante elemento de controle da cognição no processo, como também o é o elemento impugnativo, presente nos itens 7), o duplo grau de jurisdição, com a real possibilidade de revisão do julgamento pelo tribunal, e 8), acesso à função nomofilática dos tribunais superiores.

Os elementos da motivação e impugnativo são elementos que possuem a natureza de *controlabilidade*, ou seja, que qualificam a busca do conhecimento mediante o controle do sistema (processo) de produção do conhecimento. Os *critérios de controle* são indispensáveis à cognição no processo como elementos hermenêuticos, através dos quais o intérprete avalia a correção das hipóteses colocadas para julgamento, evitando decisões arbitrárias e alcançando solução interpretativa do caso, justificada e defensável em uma dimensão pública e intersubjetiva.³⁰¹ A busca da verdade como paradigma procedimental da cognição, como *função reguladora*³⁰² ou seu *ideal regulador*³⁰³, exige que o processo epistêmico procure a *certeza do direito* a partir de um método (processo) confiável porque controlado. Tuzet, analisando o sistema jurídico italiano, indica como critérios de controle presentes no sistema legal (abstrato) as normas de direito objetivo que determinam o procedimento probatório de maneira eficaz, a avaliação das provas, o contraditório, a colegialidade do juízo, diversos graus de julgamento e a motivação. Assim, podemos somar ao contraditório (Seção 1.8, *supra*, e item 6 da definição de Leonardo Greco) e aos elementos da motivação e recursais a predeterminação de um procedimento probatório (item 4 da enumeração de Leonardo Greco), como componentes de controle da cognição plena e exaustiva.

O elemento impugnativo é absolutamente indispensável para a caracterização da cognição como plena e exaustiva. É histórica a controvérsia acerca da eficiência ou não de um segundo julgamento e os muitos fundamentos das doutrinas contrapostas.³⁰⁴ Mas a necessidade

³⁰¹ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 15.

³⁰² MARSONET, Michele. *Verità, Scienza e Diritto*. AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Giuffrè: Milão, 2007, p. 156.

³⁰³ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 100.

³⁰⁴ Para tanto, *vide* a enumeração de Laércio Becker. Duplo grau: a retórica de um dogma. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil** – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.142-151. TEDOLDI, Alberto. I motivi specifici e le nuove

de controle da primeira decisão e a possibilidade de segunda cognição acerca da mesma controvérsia são fundamentos que nos parecem suficientes para reconhecermos o duplo grau de jurisdição como elemento cognitivo indispensável. Quando o juiz é sabedor de que sua decisão poderá ser submetida à crítica do tribunal, e que, portanto, não subsistirá soberana e incontestada, essa consciência representa efetivo e necessário controle da cognição, mediante a contenção do arbítrio. Para a decisão autoritária, a verdade é despicienda e a motivação ocasional não tem razão de ser. Recordamos, principalmente, o fevoroso defensor deste necessário elemento, Lucio Lanfranchi³⁰⁵:

[...] quer dizer, a rígida garantia constitucional, não modificável de modo pejorativo nem mesmo com o processo qualificado do artigo 138 Constituição, da tutelabilidade jurisdicional dos direitos, sem exceções e de direito, seguida do ordinário controle de legitimidade na Cassação e idônea, em virtude desta dupla possibilidade de juízos assim estruturados, para produzir coisa julgada formal e substancial, de acordo com os artigos 324 CPC e 2099 CC.

O elemento impugnativo abarca não só o direito de recorrer como também outras formas de impugnação das decisões judiciais, como a ação rescisória, o mandado de segurança e ações de complementação da cognição. Assim, dentre os elementos impugnativos, devemos acrescentar a existência de ações impugnativas (rescisória e *actio nullitatis*) de coisa julgada viciada por déficits de cognição e ações de complementação de cognição.

Como a motivação, além da função de controle, o elemento impugnativo também é de conteúdo, pois, evidentemente, há cognição no segundo julgamento, substitutiva do julgamento de primeira instância (artigo 512, CPC/1973). A justificativa de os tribunais serem compostos por juízes mais experientes e habilitados não é suficiente para sustentar a existência de dois graus de jurisdição, mas, por outro lado, a possibilidade de se ter nova cognição após o primeiro pronunciamento jurisdicional, acompanhada da crítica da parte recorrente, certamente é superior epistemicamente ao grau único.³⁰⁶

prove in appello dopo la novella "iconoclasta" del 2012. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXVIII, n.1, 2013, pp. 145-164.

³⁰⁵ Tradução do original: "... vale a dire, la rigida garanzia costituzionale, non modificabile in modo peggiorativo neppure con la procedura qualificata dell'art. 138 Cost., della tutelabilità giurisdizionale dei diritti, senza eccezione alcuna, con almeno un grado di cognizione ordinaria piena ed esauriente in fatto ed in diritto, seguita dall'ordinario controllo di legittimità in Cassazione ed idonea, in virtù di questa doppia possibilità di giudizi così strutturati, a produrre il giudicato formale e sostanziale, di cui agli artt. 324 CPC e 2909 c.c.". LANFRANCHI, Lucio. **Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari. "Pregiudizi Illuministici" e "Giusto Processo" Civile**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 3.

³⁰⁶ "A apelação de fundamentação livre, com a possibilidade de fazer valer seja a ilegitimidade seja a injustiça do provimento impugnado, é instrumento para correta composição da controvérsia também sob o plano da reconstrução fatural, independente da concepção epistêmica ou retórico-persuasiva que se tenha do fenômeno probatório no processo civil. O método de refutar e de falsificar as hipóteses fatuais, que se dá através dos motivos específicos do apelo de modo não diverso do critério epistêmico de matriz *popperiana*, contribui para depurar e moldar a impureza e vícios da decisão, no seu cansativo caminho em direção à verdade (processual,

A cognição de segundo grau pode ser avaliada, também, a partir do confronto entre a eficiência cognitiva dos dois sistemas de apelo que dividem a história: o nosso sistema de apelo *revisio prioris instantiae*, apelação como mera revisão da sentença, ou o sistema do *novum iudicium*, nascido no ano de 520 d.C. com a Constituição de Justiniano, superado pelo Código austríaco de 1895 de Franz Klein e vivo até 1940 no direito italiano³⁰⁷, que permite não só o *ius novorum*, com a apresentação de novas alegações, provas e fatos no grau superior, mas todo um novo julgamento.

A renovação de todo julgamento pode atentar contra a duração razoável do processo, mas a experiência do *novum iudicium*, que durante tanto tempo preponderou no direito processual de matriz romano-germânica, pode valer para atentarmos que a maior liberdade probatória em grau de recurso, permitindo e mesmo incentivando a formação de convicção no tribunal, mediante a propositura de novas provas ou a repetição das provas produzidas na primeira instância, pode qualificar a cognição e evitar decisões injustas. A gravação das audiências de primeira instância e a sua reprodução em segunda instância são medidas redutoras do déficit cognitivo diante da inexistência da imediatidade no tribunal.

Quanto ao acesso aos tribunais superiores, entendemos que se trata de um componente da cognição quando presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais. O julgamento pelos tribunais superiores não se configura em mero julgamento *objetivo*, para exercício da função nomofilática³⁰⁸, de caráter unicamente público, para a defesa do direito objetivo. Como ressaltado por Lenio Streck³⁰⁹, o julgamento pelos Tribunais Superiores é de

entenda-se) e a estabilidade do julgado com a confiança que ao menos um reexame integral do fato possa remover a insuficiência cognitiva do primeiro juízo, segundo a fórmula do *Fehlerkalkül* do vienense *Merkel*." Tradução do original: "*L'appello a critica libera, con la possibilità cioè di far valere sia l'illegittimità sia l'ingiustizia del provvedimento impugnato, è strumento per la corretta composizione della controversia anche sul piano della ricostruzione fattuale, indipendentemente dalla concezione epistemica piuttosto che retorico-persuasiva che s'abbia del fenomeno probatorio nel processo civile. Il metodo di confutazione e di falsificazione dell'ipotesi fattuale, che s'attua attraverso i motivi specifici di appello in guise non dissimili dal criterio epistemologico di matrice popperiana, contribuisce a depurare e mondare da impurità e vizii le statuizioni decisorie, nel loro faticoso cammino verso la verità (processuale, s'intende) e verso la stabilità del giudicato con l'affidamento che almeno un riesame integrale del fatto possa rimuovere le insufficienze cognitive del primo giudizio, secondo la formula del Fehlerkalkül del viennese Merkel*". TEDOLDI, Alberto. I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella "iconoclasta" del 2012. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXVIII, n.1, 2013, p. 147.

³⁰⁷ TEDOLDI, Alberto. I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella "iconoclasta" del 2012. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXVIII, n.1, 2013, p. 155.

³⁰⁸ Sobre o tradicional entendimento da natureza nomofilática das Cortes superiores *vide* CALAMANDREI, Piero. La Cassazione civile. II. Disegno generale dell'istituto (1920). **Opere Giuridiche**, vol. VII, Napoli: Morano, 1983, p. 57 ss.

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2006, p. 83-89.

aplicação da norma ao fato, como qualquer outro, sendo facultado pelo legislador e, inclusive, assegurado pela Constituição, o acesso a estes tribunais, o que não pode ser cerceado por obstáculos ilegítimos.³¹⁰ Se há rejuízo – como ocorre no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça – e se esse julgamento vai influenciar no patrimônio jurídico de alguém, há cognição da qual a parte não pode ser subtraída sem hipótese justificada de não cabimento.

São inconstitucionais, portanto, os conhecidos filtros contra a admissibilidade dos recursos excepcionais, agora incorporados na legislação através do CPC/2015³¹¹. Não é admissível, por exemplo, o não cabimento de recurso especial contra as decisões das turmas recursais dos juizados especiais cíveis estaduais³¹² (Lei nº 9.099/95), simplesmente porque o artigo 105, III, da CR utiliza a palavra “tribunais”, o que não ocorre no artigo 102, III, que diz respeito ao recurso extraordinário. Trata-se de método hermenêutico literal, ultrapassado, que não fica de pé diante da garantia à cognição adequada, à isonomia e ao direito ao recurso excepcional previsto na própria CR. A admissibilidade da reclamação normatizada pela Resolução nº 12, de 14/12/2009, do Superior Tribunal de Justiça, mitiga este déficit cognitivo ao viabilizar alguma forma de correção de aplicação equivocada da norma federal em sede de juizados especiais estaduais.³¹³

³¹⁰ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 257-261.

³¹¹ FARIA, Márcio Carvalho. A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 167, jan. 2009, p. 250-270.

³¹² Súmula nº 203: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2015.

³¹³ “Rcl 12382 / DF RECLAMAÇÃO 2013/0118087-6 Relator(a) Ministra ASSUSETE MAGALHÃES (1151) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 13/08/2014 Data da Publicação/Fonte DJe 21/08/2014 Ementa PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. SUPOSTO DISSÍDIO COM SÚMULA DO STJ. LEI 12.153/2009. REGIME PRÓPRIO DE SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIA. ARTS. 18 E 19 DA LEI 12.153/2009. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI, ENDEREÇADO AO STJ. INADMISSÃO, PELO PRESIDENTE DA TURMA DE UNIFORMIZAÇÃO LOCAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. I. A Reclamação é ação de natureza constitucional, que assegura a preservação da competência desta Corte ou a garantia da autoridade de suas decisões, conforme dispõem o art. 105, I, f, da Constituição Federal e o art. 187 do RISTJ. Relativamente aos Juizados Especiais Estaduais (Lei 9.099/95), o Supremo Tribunal Federal decidiu que, enquanto não criado, por lei federal, um Órgão uniformizador da jurisprudência oriunda dos Juizados Especiais Estaduais, o Superior Tribunal de Justiça ficará encarregado da resolução das controvérsias, devendo sua jurisdição ser provocada por meio de Reclamação (STF, EDcl no RE 571.572/BA, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, TRIBUNAL PLENO, DJe de 27/11/2009). Nesse contexto, o STJ, pela Resolução 12, de 14/12/2009, prevê a admissibilidade da Reclamação, para “dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento do art. 543-C do Jurisprudência/STJ - Acórdãos Página 1 de 3 Código de Processo Civil”. II. A Lei 12.153/2009, em seus arts. 18 e 19, enumera, de modo taxativo, as restritas hipóteses em que cabível impugnação contra acórdão de Turma Recursal do Juizado

A uniformização do entendimento jurisprudencial exercida pelos tribunais superiores é forma de se obter a *certeza de aplicação do direito*³¹⁴, segunda condição de Taruffo para uma decisão justa: a correta aplicação da lei ao caso concreto. Assim, se subtrairmos de maneira desarrazoada o acesso à uniformização, retirando da parte a certeza quanto ao direito, lhe suprimimos a cognição jurídica, criando desigualdade quanto a interpretação da norma federal ou constitucional. O "direito vigente", portanto, seria aplicado às partes de processos aos quais a lei facultasse o acesso à função nomofilática dos tribunais superiores, alijando os infortunados da aplicação isonômica do direito.³¹⁵ O acesso à função nomofilática dos tribunais superiores é imposição do Princípio da Igualdade ou Isonomia (artigo 3º, CR) que, além de produzir injustiça por incorreção, produz injustiça por desigualdade.

Definidas as classificações dos elementos da cognição como em abstrato ou em concreto e de acordo com o seu objeto, é necessário que façamos a correlação entre estas classificações, de acordo com a Seção 2.3, *supra*, para verificar a pertinência do método. Podemos observar,

Especial da Fazenda Pública: prevê o Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei, quando Turmas de Juizados Especiais da Fazenda Pública de diferentes Estados derem, à lei federal, interpretações divergentes ou quando a decisão proferida contrariar súmula do Superior Tribunal de Justiça, ou quando Turma de Uniformização do mesmo Estado proferir decisão em contrariedade a súmula do STJ (art. 18, § 3º, e art. 19 da Lei 12.153/2009). III. In casu, não obstante ter sido denominado de "Pedido de Uniformização de Jurisprudência", extrai-se dos autos que o pedido foi feito com fundamento no art. 18, § 3º, da Lei 12.153/2009 e apresentado perante o Presidente das Turmas Recursais dos Juizados Cíveis, Criminais e da Fazenda Pública do Distrito Federal, constando, ainda, expresse requerimento do seu encaminhamento ao STJ. IV. Considerando que o pedido de Uniformização de Interpretação de Lei, formulado com suporte no art. 18, § 3º, da Lei 12.153/2009, foi endereçado ao STJ, o indeferimento do processamento, pelo Presidente da Turma de Uniformização local, representou indevida usurpação de competência desta Corte, pela autoridade reclamada, razão pela qual a presente Reclamação deve ser julgada procedente. Precedentes: Rcl 14.176/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 20/05/2014; Rcl 13.592/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 29/10/2013; Rcl 12.381/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/09/2013; Rcl 12.810/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 14/10/2013. V. Reclamação procedente.”

³¹⁴ "Para indicar somente aquele (um dos valores da uniformização de jurisprudência) a quem se faz mais referência se pode recordar antes de tudo a exigência de assegurar a certeza do direito, dado que uma jurisprudência uniforme evita a incerteza na interpretação acerca do direito e a conseqüente variedade e variabilidade da decisão judiciária." Tradução do original: "*Per indicare solo quelle a cui si fa più spesso riferimento si può ricordare anzitutto l'esigenza di assicurare la certezza del diritto, dato che una giurisprudenza uniforme evita l'incertezza nell'interpretazione del diritto e la conseguente varietà e variabilità delle decisioni giudiziarie*". TARUFFO, Michele. **Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia**. Palestra ministrada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, em 2014.

³¹⁵ "Sobre o plano geral dos princípios reguladores do ordenamento, a tendencial fidelidade ao precedente jurisprudencial que por sua constante reafirmação formam o 'direito vivo' representa uma projeção do princípio da igualdade e da certeza das relações jurídicas. Ao contrário a mutação e a imprevisibilidade da jurisprudência criam situações de desigualdade e geram incerteza nas relações jurídicas." Tradução do original: "*Sul piano generale dei principii regolatori dell'ordinamento, la tendenziale fedeltà ai precedente giurisprudenziale che per la loro costante riaffermazione formano il 'diritto vivente' rappresenta una proiezione del principio di eguaglianza e di certezza dei rapporti giuridici. Al contrario la mutevolezza ed imprevedibilità della giurisprudenza creano situazioni di diseguaglianza e ingenerano incertezza nei rapporti giuridici*". AMOROSO, Giovanni. La Corte di cassazione ed il precedente. In: ACIERNO, Maria; CURZIO, Pietro; GIUSTI, Alberto (coord.). **La Cassazione civile**. Lezione dei magistrati della Corte suprema italiana. Bari: Cacucci, 2015, p. 52.

por exemplo, que nem todas as hipóteses que autorizam a ação rescisória por vícios cognitivos – prova falsa e prova nova – estariam resguardadas pelo conceito de cognição plena e exaustiva de Leonardo Greco. Essas hipóteses de déficit cognitivo probatório em concreto não encontram elemento correspondente, pois todos os itens de elementos cognitivos probatórios da definição de Greco são em abstrato. Então, para afirmarmos que as hipóteses dos incisos VI e VII do artigo 485 do CPC/1973, correspondente ao artigo 966 do CPC/2015, são déficits cognitivos que descaracterizam a cognição plena e exaustiva e permitem a desconstituição da coisa julgada, devemos interpretar o item 3) como a possibilidade *legalmente prevista e facultada de fato às partes* "de utilização de todos os meios de prova aptos a apurar a verdade dos fatos, tal como em qualquer outra área do conhecimento humano".

Esse entendimento deve ser utilizado, também, para o caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, no qual foi relator o Ministro Dias Toffoli, no qual restou autorizada

[...] repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

Ou seja, desconstituição de coisa julgada por déficit cognitivo probatório em concreto.

Entendemos, no entanto, que os elementos impugnativos da cognição, duplo grau e função nomofilática, valorizam em concreto a cognição porque previstos em abstrato – previsão legal dos recursos ordinários e extraordinários – mas, em decorrência da autonomia da vontade e da liberdade das partes, a interposição efetiva do recurso para o segundo grau ou para os tribunais superiores, apesar de ser uma redução da capacidade do processo de produzir cognição de melhor qualidade, é uma limitação legítima, ao contrário da inexistência na lei de previsão destes recursos, o que torna o sistema ilegítimo, pois autoritário (Seção 3.6 *infra*).

Portanto, a partir dos ensinamentos de Leonardo Greco e das premissas fixadas nos dois primeiros Capítulos desta tese, para nós os elementos da cognição plena e exaustiva podem ser divididos em três categorias, enumerados da seguinte forma: 1) elementos de participação e de influência das partes, cumprindo o contraditório antecipado e participativo: a) a realização plena do contraditório em forma antecipada, após ter sido garantido de fato as partes a possibilidade de influir de forma satisfatória na construção da decisão do juiz; b) a predeterminação de prazos e de atos que permitam a manifestação das partes através de suas demandas, exceções e argumentos – enunciados propositivos ou proposições –, na fase introdutiva, na definição do

objeto litigioso na decisão de *saneamento*, conclusões e avaliações acerca do que a outra parte ou o juiz disseram das provas produzidas; c) a fisiologia do processo com atos, prazos, poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz, adaptados em cooperação à cognição adequada; 2) elementos probatórios: a) a predeterminação legal dos poderes e deveres probatórios das partes e do juiz; b) a possibilidade de utilização de todos os meios de prova legalmente prevista e facultada de fato às partes, aptos a apurar a verdade dos fatos, tal como em qualquer outra área do conhecimento humano; c) a predeterminação de um procedimento probatório apto a tornar efetiva essa possibilidade; 3) elemento da motivação da decisão: o efetivo pronunciamento conclusivo do juiz a respeito da verdade fática e do direito material das partes; 4) elementos impugnativos: a) a possibilidade de completo reexame da cognição do juízo de primeiro grau por um tribunal de grau superior; b) o acesso a tribunais de âmbito nacional para corrigir decisões contrárias à lei ou à Constituição; c) a existência de ações impugnativas de coisa julgada dotadas de vícios de cognição e ações de complementação de cognição.

3 OS LIMITES À COGNIÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

3.1 A classificação dos limites à cognição

Definida a extensão da cognição plena e exaustiva, passamos à análise, no presente Capítulo, do reverso da moeda: as várias causas limitativas da cognição e sua legitimidade ou ilegitimidade epistêmica. Haverá a chamada cognição plena e exaustiva quando presentes todos os elementos elencados no Capítulo 2 *supra* e cognição dita sumária quando não concorrer qualquer um destes elementos em decorrência de limitações cognitivas que ora passamos a analisar.³¹⁶ Como a função executiva³¹⁷, a função jurisdicional cognitiva tem seus limites legais e naturais a partir do confronto com o que definimos como cognição plena e exaustiva.

Diante da enumeração dos elementos da cognição plena e exaustiva de Leonardo Greco, observamos que a classificação bidimensional da cognição criada por Kazuo Watanabe³¹⁸, plano horizontal e vertical, deve ser utilizada para, em concreto e microscopicamente, identificar a amplitude dos déficits cognitivos resultantes da falta dos diversos requisitos desta cognição plena.

A categorização de Kazuo Watanabe está contida na definição de cognição plena acima descrita, podendo ser resumida da seguinte maneira: no plano horizontal, que abrange os *elementos objetivos do processo* ou da decisão, a cognição é classificada por plena ou limitada, também chamada de parcial (Seção 3.2 *infra*). Watanabe³¹⁹, em capítulo anterior à classificação, enfrenta quais seriam esses elementos objetivos na variada doutrina, optando, o autor, pelo trinômio: condições da ação, questões processuais e de mérito, incluídas aqui as questões de direito. Na perspectiva vertical, a cognição pode ser classificada por sumária ou exaustiva, considerando a profundidade probatória permitida ou possível ao juiz (Seção 3.3 *infra*). Há,

³¹⁶ CARRATTA, Antonio. Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari. In: CARRATTA, Antonio (coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 17.

³¹⁷ Cândido Rangel Dinamarco classifica os limites da execução como naturais e políticos e, dentre estes, os direitos da personalidade e impenhorabilidades, o interesse público e a execução contra a fazenda DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 296-311.

³¹⁸ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118-131.

³¹⁹ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

ainda, cognição chamada tênue, rarefeita ou eventual que Watanabe indica como sendo aquela presente no “processo de execução”.

Assim, esta classificação abstrata dos processos deve se debruçar sobre a debilidade ou os limites ao conhecimento impostos por normas e outros fatores que aqui e ali geram déficits cognitivos. Não é mais possível dizermos tão somente que este ou aquele processo sofre limitações cognitivas aprioristicamente, mas é necessário identificarmos donde advêm tais limitações e, principalmente, se são epistêmicas ou contraepistêmicas, legítimas ou ilegítimas. Essa avaliação é necessária tanto para identificar o grau de imutabilidade das decisões como para ordenar um projeto epistêmico de melhoria da qualidade substantiva do processo de conhecimento.

Definido que o processo deve ser o método epistêmico para produzir provas e alegações confiáveis e hábeis a justificar o conhecimento da verdade dos fatos e das normas aplicáveis para alcançar julgamentos justos, e que a classificação da cognição deve ocorrer em concreto e em abstrato, é possível avaliar quais processos em decorrência de normas e práticas processuais, probatórias ou não, são epistêmicos ou contraepistêmicos, porquanto facilitam ou reprimem o fluxo de conhecimento, de maneira legítima ou ilegítima.

O processo de conhecimento, no projeto epistêmico de busca da verdade, deve tanto gerar conhecimento quanto reduzir a possibilidade de produzir erro, incrementando a exatidão do julgamento. Como dito por Larry Laudan³²⁰, a terra prometida da epistemologia é a redução dos erros. E, para reduzirmos erros, é preciso que identifiquemos os limites impostos ao fluxo de conhecimento e à acuidade perceptiva do processo, pois a cognição sofre limitações de várias naturezas: decorrentes dos limites de objeto litigioso e do direito às provas impostos aos processos materialmente sumários; da liberdade individual, da vontade das partes, quando, por exemplo, reprimida pela extensão do efeito devolutivo dos recursos ou de acordos; da própria lei mediante a vedação ou restrição à admissibilidade das provas ou à participação das partes nas fases processuais, ao exercício do direito ao duplo grau de jurisdição ou ao acesso mediante recursos excepcionais à função *nomofilática* dos tribunais superiores. Também pode sofrer limitações de ordem natural, em face do perecimento da coisa objeto de perícia ou da morte da testemunha de *visu*.

Apontamos, portanto, como limites à cognição os seguintes: 1) de objeto litigioso que caracterizam os processos materialmente sumários; 2) probatórios, normativos e em concreto;

³²⁰ “What we are talking about here is the epistemologist’s promised land: error reduction” (LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law** – An Essay in Legal Epistemology. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge University Press. Nova York: 2006, p. 119).

3) impostos pela ineficiência das normas processuais não probatórias; 4) impostos pela duração razoável do processo; 5) impostos pela autonomia da vontade e pela liberdade individual; e 6) impostos pelos julgamentos com base em cognição emprestada na aplicação de súmulas e julgamentos de recursos repetitivos. Essa classificação, a seguir analisada, é atravessada por outra que leva em consideração a legitimidade ou a ilegitimidade destas limitações.

Ressaltamos que há determinados limites que não só prejudicam o fluxo de conhecimento no processo, mas chegam a subtrair elemento cognitivo das partes e do juiz no processo, resultando em inexistência do elemento específico, como a vedação de produção de prova não documental no mandado de segurança, o julgamento da questão petítória no processo possessório, a vedação à prova testemunhal para provar a existência de contratos de determinada monta ou a impossibilidade de interposição de recurso especial no âmbito dos juizados especiais cíveis, etc. Nestas hipóteses, de inexistência do elemento cognitivo, esses limites mais acentuados serão nomeados na presente tese como *cortes de cognição*, causadores de inexistência de coisa julgada ou de coisa julgada proporcional e autorizadores da propositura de ação posterior de complementação da cognição.

Estes limites e cortes foram aqui indicados de maneira empírica, levando em consideração as restrições do conhecimento identificadas por nós, mas que não são, evidentemente, as únicas, não se tratando de enumeração exaustiva, pois cada sistema processual, alteração legislativa ou prática jurídica pode criar outros limites não identificados na presente tese.

3.2 Limites de objeto litigioso que caracterizam os processos materialmente sumários: cortes cognitivos

A sumariedade se caracteriza tradicional e historicamente pelos limites impostos pela lei à apresentação de exceções e de defesas em determinados processos. São os processos materialmente sumários³²¹, com cognição sumária ou limitada, contrapostos aos processos

³²¹ “Com isso se busca atender a que, de um lado, em determinadas situações, a própria cognição é sumária, limitada ou provisória, podendo-se, por isso, dispensar solenidades, abreviar prazos e limitar atuações das partes (sumário substancial); e, de outro lado, a que a urgência da prestação jurisdicional em certas causas, a simplicidade real ou presumida de outras ou a modesta expressão econômica da demanda apresentam-se ao espírito do legislador como incompatíveis com a lenta, solene e onerosa tramitação ordinária (sumário formal)”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo III, arts. 890 a 945**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 4.

formalmente sumários que possuem concentração de prazos e de atos, mas não produzem limitação cognitiva.

A diferenciação entre os processos materialmente e os formalmente sumários é a existência ou não de limitações graves cognitivas: os cortes cognitivos horizontais. Os processos formalmente sumários, também chamados de plenários rápidos, apesar da concentração procedimental, não limitam, em regra, a cognição, sendo simplesmente adaptados à pequena complexidade do processo e do objeto litigioso. Esta regra, como veremos na Seção 3.5, é excepcionada, no entanto, quando houver exacerbação da sumariedade formal, com redução drástica de prazos e supressão de atos e de garantias processuais de tal forma que acabam por gerar sumariedade capaz de afastar a formação de coisa julgada.

A doutrina indica como origem histórica da sumariedade, e o método eficaz para se confrontar sumariedade material e a formal, a reação ao ineficiente processo solene (*Sollemnis Ordo iudicarius*)³²² do direito comum do século XII, influenciado pelo formalismo germânico, cuja estrutura eminentemente escrita, mediante o depósito de atos sucessivos em prazos rigorosos e a dispensa da presença das partes na colheita dos depoimentos das testemunhas, já não era suficiente em virtude de sua demora e custo.³²³

Em contraposição a esta ineficiência, os canonistas, nos séculos XIII e XIV, adotaram como princípio a criação de um processo *simpliciter, breviter, de plano ac sine strepitu et figura iudicii*, consolidado nas duas bulas do Papa Clemente V, *Saepe contingit* (1306) e *Dispendiosam* (1311), através da *cognitio summaria*, processo de rito concentrado quanto aos prazos e aos atos probatórios, e de natureza eminentemente oral.³²⁴ Este processo simplificado, depois chamado de sumário, passou a dispensar a rigorosa sucessão de atos e prazos, concentrando em uma audiência a prática dos diversos atos processuais, sem limitar a produção das provas e defesas legítimas das partes ("*probationes necessariae et defensiones legitimae*"),

³²² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva e Cia., 1942, p. 163, v. I. FAIRÉN GUILLÉN, Victor. **Lo "Sumario" y lo "Plenario" en los procesos civiles y mercantiles españoles: Pasado y Presente**. Madri: Centro de Estudios, 2006. p. 98.

³²³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 28.

³²⁴ CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico (história e direito vigente)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 59-60. NIEVA FENOLL, Jordi. *La Cosa Juzgada*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 155-156. FAIRÉN GUILLÉN, Victor. **Lo "Sumario" y lo "Plenario" en los procesos civiles y mercantiles españoles: Pasado y Presente**. Madri: Centro de Estudios, 2006. p. 97-104.

fortalecendo os poderes diretivos dos juízes, promovendo a oralidade mediante o contato das partes, e admitindo o processo contumacial.³²⁵

Para Cruz e Tucci³²⁶, esta é a origem dos processos formalmente sumários sem limitação de cognição, de mera concentração procedimental, que valorizam a celeridade, conforme os atuais plenários rápidos. Em sentido contrário, entendendo tratar-se de processo materialmente sumário, Jordi Nieva Fenoll vê limitação cognitiva na *causae summariae*: o procedimento *simpliciter et de plano* não permitia o exercício regular do direito de defesa pelo réu como fazem hoje os procedimentos sumários modernos que, apesar de concisos, fornecem as condições para uma prestação jurisdicional justa.³²⁷ Para Nieva Fenoll, foi esta a inspiração para alguns autores italianos modernos, como Salvatore Satta, afirmarem a impossibilidade de estes processos produzirem coisa julgada.³²⁸

Chiovenda alcança uma conclusão conciliadora: da mesma forma que a *cognitio summaria* não era originariamente um processo que produzia limitação cognitiva, a sua utilização acabou por criar processos sumários *determinados* ou executivos que geravam, por seu turno, “*redução da cognição do juiz*”³²⁹, como os processos documentais e cambiais, que passaram a admitir execução fundada em meros documentos (*instrumenta guaratengiata*). Chiovenda, então, vai distinguir os procedimentos sumários em determinados, que reduzem cognição, e indeterminados, com mera simplificação de formas.³³⁰

³²⁵ TEDOLDI, Alberto. La conversione del rito ordinario del rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.). In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Março-Abril 2015, ano LXX, n. 2. Milano: Giuffrè, 2015, p. 505-506. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva e Cia., 1942, p. 165, v. I.

³²⁶ “Em tal sede, não havia qualquer limitação quanto à cognição, mas, sim, um encurtamento dos prazos procedimentais e dispensa de certas formalidades inerentes ao rito ordinário.” CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 60.

³²⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. “La cosa juzgada: el fin de un mito”. In **Problemas actuales del proceso iberoamericano** – actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Málaga, 2006, p. 429-440, tomo II.

³²⁸ NIEVA FENOLL, Jordi. **La cosa juzgada: el fin de un mito, in Problemas actuales del proceso iberoamericano** – actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Málaga: 2006, p. 155.

³²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva e Cia., 1942, p. 164, v. I.

³³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil**. Tradução espanhola da 3ª edição italiana do prof. José Casais y Santaló. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922, p. 5.

Para Victor Fairén Guillén, a verdadeira sumariedade, chamada material, é aquela que produz limitações de alegações das partes e de provas³³¹, como ocorre na condenação com reserva de exceções também chamada de condenação ressalvada.

Ovídio Araujo Baptista da Silva³³² enumera como técnicas de sumarização, por nós entendidas como propriamente material: a) as sentenças liminares, onde a cognição é apenas *superficial*; b) a cognição parcial, onde o legislador exclui do juiz o conhecimento da extensão da totalidade da controvérsia como nas ações possessórias e nas ações cambiais; c) a vedação à utilização de certas provas dos processos documentais, como no mandado de segurança e as ações cambiais; e d) os processos sumários antigos com reserva de exceções "nos quais a sentença liminar torna-se desde logo executiva se o demandado não oferecer prova escrita contrária, reservando-se para uma fase subsequente da própria ação o exame das questões que exijam prova demorada e complexa".

A condenação com reservas, incomum em nosso direito processual moderno³³³, importa em técnica de sumarização da tutela cognitiva³³⁴ através da inversão da regra medieval da precedência da cognição sobre a execução.³³⁵ Há um julgamento provisório, de eficácia executiva, deferido independente do requisito do *periculum in mora* quando o juiz observa a probabilidade do acolhimento da pretensão autoral e considera improváveis os argumentos da defesa, por vezes reduzidos a algumas hipóteses específicas. Em respeito ao contraditório, faculta-se ao réu em outra oportunidade, em *processo plenário*, complementar sua defesa em cognição plena e exaustiva. A técnica pode estar inserida em um procedimento especial, autônomo, ou incidente no procedimento ordinário.

Chiovenda, no seu *Princípios*, refere-se à condenação com reserva de exceções, chamada de condenação com *reserva de determinadas exceções*, quando o autor perquire a origem do processo documental cambiário e monitório no *processus executivus* do direito

³³¹ FAIRÉN GUILLÉN, Victor. **Lo “Sumario” y lo “Plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: Pasado y Presente**. Madri: Centro de Estudios, 2006, p. 39.

³³² SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Procedimentos Especiais, exegese do Código de Processo Civil (arts. 890 a 981)**. Rio de Janeiro: Aide ed., 1989, p. 46-47.

³³³ Talvez possamos fazer um paralelo com a antecipação de tutela por abuso do direito de defesa do artigo 273, II, CPC/1973, correspondente à tutela da evidência do artigo 311, I, do CPC/2015.

³³⁴ PISANI, Andrea Proto. **Verso la residualità del processo a cognizione piena? In studi in onore di Carmine Punzi**. Torino: Giappichelli, 2008, p. 704.

³³⁵ Segundo Liebman, a partir do ano 1000, com o incremento do estudo romanístico, passou-se a firmar o dogma da precedência da cognição à execução segundo Bartolo (*non est incoandum ab executione*) e Glosa (*primo intentanda est actio*). LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986, p. 11.

intermediário.³³⁶ Esse processo simplificado de competência de juízes especiais era destinado a instrumentalizar ações executivas, através do qual o credor obtinha um *mandatum de solvendo* contra o devedor, expedido após *cognitio summaria*, que vedava a apresentação de todas as exceções pelo demandado em sede de oposição (*quae incontinenti probari possunt*). As defesas de maior complexidade (*quae altiore requirunt indaginem*) somente podiam ser veiculadas pelas vias ordinárias em cognição plena (*ad separatum iudicium*). Esta fórmula processual produzia, segundo Chiovenda, um “fracionamento de conhecimento”, de forma que as exceções do demandado somente eram examinadas após a sua condenação.

Como vimos Ovídio Araujo Baptista da Silva³³⁷, quando enumera os expedientes dos quais se utiliza a técnica de sumarização, vai destacar entre eles a sumariedade material dos antigos processos sumários, que produziam “reserva de exceções”, dando como exemplo a *convalida di sfratto* e os processos *d'ingiunzione* do Direito italiano, nos quais há o deferimento de um provimento imediatamente executivo caso o demandado não apresente provas documentais suficientes para afastar os enunciados do autor, deixando-se as provas mais complexas e demoradas para fase de cognição plenária posterior.

Alberto Tedoldi também afirma que esse processo sumário é a origem da condenação com reservas, o verdadeiro processo sumário, com redução quantitativa de cognição, os *bestimmte summarische Prozesse*, nos quais a cognição ficava circunscrita aos fatos constitutivos do direito do autor, permitindo a posterior *plena cognitio causae*, capaz de produzir coisa julgada.³³⁸

Também se encontra referência à técnica da condenação ressalvada quando se analisa o *référé provision* francês, previsto no artigo 806 do código daquele país³³⁹, cujo deferimento independe da urgência. Essa espécie de *référé* é uma forma procedimental caracterizada, fundamentalmente, pela inexistência de provimento definitivo após o provisório, pela mitigação da instrumentalidade, podendo sobrevir ou não em cognição plena posterior. Andrea Proto

³³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de derecho procesal civil**. Tradução espanhola da 3ª edição italiana de José Casais y Santaló. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922, p. 794, tomo II. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Procedimentos Especiais, exegese do Código de Processo Civil (arts. 890 a 981)**. Rio de Janeiro: Aide ed., 1989, p. 44.

³³⁷ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Procedimentos Especiais, exegese do Código de Processo Civil (arts. 890 a 981)**. Rio de Janeiro: Aide ed., 1989, p. 46-47.

³³⁸ TEDOLDI, Alberto. La conversione del rito ordinario del rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.). In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Março-Abril 2015, ano LXX, n. 2. Milano: Giuffrè, 2015, p. 497.

³³⁹ CHAINAIS, Cécile. **La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien**. Paris: Dalloz, 2007, p. 39.

Pisani³⁴⁰, quando questiona a aplicação da técnica francesa ao direito italiano, afirma que o *référé* deveria responder, no direito peninsular, ao esquema da condenação ressalvada:

No meu entender a introdução na Itália do instituto francês deveria vir segundo o esquema dogmático da condenação com reserva de exceções (ao final de um processo especial autônomo ou de uma audiência prévia no processo de cognição plena), no qual os fatos constitutivos não foram contestados ou estão plenamente provados e as exceções do réu necessitam de dilação probatória profunda, apresentam-se *prima facie* infundadas tal e qual um juízo de verossimilhança (das alegações) ou também de probabilidade no qual suscitem outros elementos probatórios.

No direito italiano a *condanna con riserva di eccezioni*³⁴¹ é encontrada na exceção de compensação (artigo 35 do Código de Processo Civil italiano), na possibilidade de o credor obter a execução provisória do decreto injuntivo no curso dos embargos à monitória (*opposizione*) (artigo 648 do Código de Processo Civil italiano)³⁴² e no processo de despejo do locatário (*procedimento per convalida di sfratto* do Capítulo II do Título I do Livro IV do Código de Processo Civil italiano).³⁴³ O locador de imóvel urbano, o arrendador de imóvel rústico ou, ainda, na relação de *locazione dell'opera*³⁴⁴ (artigos 657 e ss. do Código de Processo Civil italiano), quem pretender a tutela de restituição de seu bem em decorrência da extinção da relação locatícia ou por falta de pagamento dos alugueres, poderá, em vez de utilizar o

³⁴⁰ Tradução do original: "A mio avviso l'introduzione in Italia dell'istituto francese dovrebbe avvenire secondo lo schema dogmatico della condanna con riserva di eccezioni emanabile (a termine di un processo speciale autonomo o anche in prima udienza nel processo a cognizione piena), ogni qual volta i fatti costitutivi siano non contestati o pienamente provati e le eccezioni del convenuto, oltre ad essere di lunga indagine, appaiano prima facie infondate alla stregua di un giudizio di verosimiglianza (della allegazione) o anche di probabilità ove sussistano elementi probatori.." (PISANI, Andrea Proto. **Verso la residualità del processo a cognizione piena? In studi in onore di Carmine Punzi.** Torino: Giappichelli, 2008, p. 704.

³⁴¹ FERRI, Corrado. Le Singole misure cautelari. In: COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, vol. II, Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 138-139. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

³⁴² PISANI, Andrea Proto. **Verso la residualità del processo a cognizione piena? In studi in onore di Carmine Punzi.** Torino: Giappichelli, 2008, p. 705.

³⁴³ Disponível em: <www.altalex.com>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³⁴⁴ Hipótese de uso e gozo do imóvel dado como pagamento ou parte do pagamento de uma prestação de serviço, normalmente em uma relação empregatícia, como na hipótese do porteiro de edifícios, segundo Conrado Ferri et al.: "no qual o gozo de um imóvel corresponde mesmo que parcialmente a uma prestação (pensemos no trabalhador subordinado a quem o empregador concede, como retribuição ou correspondente à prestação, o gozo de um imóvel ou ainda pensemos na relação de portaria)." Tradução do original: "nel quale il godimento di un immobile sai il corrispettivo anche parziale di una prestazione (si pensi al lavoratore subordinato il cui datore di lavoro concede, quale voce della retribuzione o comunque corrispettivo della prestazione, il godimento di un immobile o ancora si pensi al rapporto di portierato)". COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. **Lezioni sul processo civile**, vol. II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 128.

procedimento ordinário, requerer o deferimento de decisão provisória (*ordinanza*) de imediato despejo do imóvel locado.

Diante de uma contestação do réu que proteste por provas outras que não as documentais, em não subsistindo “grave motivo em contrário”, o juiz defere a *ordinanza di rilascio* imediatamente executiva (arts. 665 e 666 do Código de Processo Civil italiano³⁴⁵). É facultada a continuidade da cognição no processo em uma fase instrutória posterior na qual a relação locatícia poderá ser contestada plenamente.

Referindo-se ao entendimento da Corte de Cassação italiana, Corrado Ferri afirma que a *ordinanza* tem natureza de provimento sumário não cautelar, cuja eficácia executiva se protraí no tempo para além da extinção do processo. Para Edoardo Garbagnati, este provimento do artigo 665 não tem natureza condenatória, mas constitutiva com reserva de exceções.³⁴⁶

Sendo esta decisão produto de cognição sumária, Corrado Ferri³⁴⁷ afirma a sua incapacidade de produzir coisa julgada, de acordo com o paradigma cognição exaustiva *vs.* pleno exercício do contraditório participativo *vs.* coisa julgada material. Garbagnati³⁴⁸ assenta que somente a sentença acerca das exceções reservadas é que terá capacidade de adquirir a qualidade de imutável.

A técnica também é encontrada, segundo a doutrina italiana³⁴⁹, em sede de processo de injunção impugnado por oposição. O artigo 648, *comma* 1º, do Código de Processo Civil italiano³⁵⁰, prevê que o juiz instrutor poderá dar executividade ao decreto injuntivo impugnado

³⁴⁵ “Art. 665 *Opposizione, provvedimenti del giudice. Se l'intimato comparisce e oppone eccezioni non fondate su prova scritta, il giudice, su istanza del locatore, se non sussistano gravi motivi in contrario, pronuncia ordinanza non impugnabile di rilascio, con riserva delle eccezioni del convenuto. L'ordinanza è immediatamente esecutiva, ma può essere subordinata alla prestazione di una cauzione per i danni e le spese.*” Disponível em: <www.altalex.com>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³⁴⁶ GARBAGNATI, Edoardo. **I procedimenti di ingiunzione e sfratto**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1949, nota 15, p. 34.

³⁴⁷ COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, vol. II, Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 129.

³⁴⁸ GARBAGNATI, Edoardo. **I procedimenti di ingiunzione e sfratto**. 2. ed. Milano: Ed. Giuffrè, 1949, nota 16 na p. 35.

³⁴⁹ VIGNERA, Giuseppe. **La provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c. quale condanna con riserva**. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXV, n. 1, 2010, pp. 69-82. PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Jovene Editore, 2006, p. 559.

³⁵⁰ “Il giudice istruttore, se l'opposizione non è fondata su prova scritta o di pronta soluzione, può concedere, provvedendo in prima udienza, con ordinanza non impugnabile, l'esecuzione provvisoria del decreto, qualora non sia già stata concessa a norma dell'art. 642. Il giudice concede l'esecuzione provvisoria parziale del decreto ingiuntivo opposto limitatamente alle somme non contestate, salvo che l'opposizione sia proposta per vizi procedurali.” Disponível em: <www.altalex.com>. Acesso em: 28 jul. /2015.

por oposição que não possua documento escrito que comprove a inexistência do fato constitutivo ou a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do crédito, ou quando a defesa por si não seja bastante para afastar o crédito. Constituem-se os pressupostos negativos para a executividade provisória do mandado injuntivo.

No direito alemão há um procedimento especial³⁵¹ de natureza documental (*Urkunden – und Wechselprozess*, ZPO §592), de documentos negociais ou cheques, muito assemelhado ao originário *processus executivus*, que concentra julgamento de mérito provisório com força executiva e julgamento definitivo após cognição exaustiva instaurada pelo réu. O credor de quantia certa promove o processo mediante a juntada dos documentos, únicas provas admitidas nesta fase. Se for observado que estas não são suficientes, o autor pode desistir do processo ou o tribunal deverá extingui-lo, permitindo-se a propositura do processo através do rito ordinário. O demandado vai defender-se também através de provas documentais como suporte para suas exceções.

Caso o tribunal considere insuficientes as provas do autor ou do réu, julga imediatamente procedente ou improcedente a demanda. Se, no entanto, o réu traz defesa infundada que exija a produção de outras provas que não a documental, o tribunal prolata um julgamento provisório, concedendo ao autor a execução deste julgado e ao réu a possibilidade de produzir sua prova em procedimento posterior tal e qual um processo sob o rito ordinário, mediante esta técnica da reserva.³⁵²

Há um provimento provisório quanto ao mérito que instaura imediata execução contra o réu, reservando a este a cognição plena posterior e provimento definitivo. Caso o réu não logre provar satisfatoriamente o alegado, o provimento provisório convola-se em definitivo. Procedente o julgamento posterior em cognição plenária, sem limitação de provas, o provimento provisório é revogado, e o autor fica responsável pelos danos sofridos pelo réu em decorrência da execução.

Para os cheques, o procedimento é ainda mais concentrado, com prazos mais curtos, mas com a mesma estrutura. Interessante exemplo trazido pela doutrina³⁵³ é o do cheque emitido em pagamento de compra de bens que tenham demonstrado defeito. Neste caso, o

³⁵¹ MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. **German civil justice**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004, pp. 425-427.

³⁵² No original da ZPO 599(1), “*Ausübung seiner Rechte vorzubehalten*”. MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. **German civil justice**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004, p. 426.

³⁵³ MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. **German civil justice**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004, p. 427.

tribunal dá executividade ao título em provimento provisório, reservando a alegação de defeito nos produtos para seguinte procedimento em cognição exaustiva.

Também o processo contumacial alemão prevê que, nas §§ 330 e seguintes da ZPO, a partir da adoção da *ficta confessio*, é permitida ao réu a posterior propositura de impugnação à decisão anterior em cognição plena e exaustiva (*Eisnpruch*) (vide Seção 4.5.1, *infra*).

No Código de Processo Civil português, foi possível identificar, até a sobrevinda do Decreto Legislativo nº 329-A/95, uma espécie de condenação com reserva de exceções nos artigos 473 e 491, chamada, naquele sistema, de condenação provisória ou sentença condicional.³⁵⁴ Quando o réu, citado em *ação declaratória* de dívida, baseada em documento escrito, reconhece sua assinatura no documento (ou silencia quanto ao reconhecimento), o juiz defere, no despacho saneador, a imediata execução, passando ao posterior julgamento das defesas apresentadas pelo demandado. A execução só não ocorria no caso de o réu prestar caução, na forma do artigo 818-1 do diploma lusitano. Segundo Lebre de Freitas³⁵⁵, a revogação do artigo deveu-se ao alargamento das hipóteses de executoriedade “a qualquer documento particular assinado pelo devedor, com dispensa, salvo o caso de rogo, do reconhecimento de assinatura (arts. 46-c e 51)”.

O processo civil brasileiro já assistiu ao debate acerca da existência de processos de suas fases, nos quais há uma primeira fase de cognição "verticalmente sumária" que suprimia do juiz o conhecimento de determinadas questões, "exceções reservadas", o que permitia, na segunda fase, o conhecimento pleno de todas as questões. Fazendo referência à mesma fonte aqui apontada para a condenação com reserva de exceções, o *processus executivus*, Ovídio Araujo Baptista da Silva³⁵⁶ recorda que a ação cambiária era o "exemplo antológico" da ação com reserva de exceções, pois a abstração dos títulos cambiários não permitia que se perquerisse da causa do título, da relação jurídica que lhe é subjacente, suprimindo o conhecimento destas questões do juiz, o que somente poderia ser feito em demanda posterior plenária, onde esta "porção da lide" suprimida poderia ser julgada.

No nosso direito processual moderno, não há um modelo estruturado claramente na fórmula da condenação com reserva de exceções, como vemos no direito comparado, salvo a

³⁵⁴ FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. **Código de Processo Civil anotado**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 272, 331 e 688, v. 1.

³⁵⁵ FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. **Código de Processo Civil anotado**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 272, v. 1.

³⁵⁶ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Procedimentos Especiais, exegese do Código de Processo Civil (arts. 890 a 981)**. Rio de Janeiro: Aide ed., 1989, p. 43-44.

antecipação de tutela por abuso ao direito de defesa dos artigos 273, II, CPC/1973 e 311, I, do CPC/2015. Mas é indubitável que podemos classificar alguns processos como materialmente sumários, por apresentarem cortes de objeto litigioso perante a cognição judicial e das partes, como a vedação à exceção de domínio na ação possessória (artigo 923, CPC/1973), a impugnação ao cumprimento de sentença (artigo 475-L, CPC/1973) e os embargos de terceiro (artigo 1.054, CPC/2015). Em sede de juizados especiais cíveis há limitação para a interposição de recurso especial, que suprime a cognição para uniformização e aplicação da norma federal. Esta limitação normativa, também, é uma limitação de objeto litigioso (exceções e defesas) que importa em corte cognitivo, passível de posterior complementação.

A sumariedade material, a verdadeira sumariedade, redundando em cognição limitada em razão do corte de exceções ou de objeto litigioso, o que gera coisa julgada proporcional à cognição permitida no processo, facultando, portanto, às partes, a propositura de nova ação para novo julgamento com complementação de cognição, como veremos na Seção 4.5. *infra*.

3.3 Limites probatórios

A reconstrução da verdade fática no processo se dá através das provas possíveis de serem produzidas, de acordo com o que permitem os sistemas probatórios legais. Como afirma Ferrua³⁵⁷, a verificação da verdade dos fatos se dá através do método de congruência entre a proposição a ser provada e a prova legitimamente produzida. E provar, no conceito de Lessona³⁵⁸, significa "*hacer conocidos para el Juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser*".³⁵⁹

Mas esta atividade de busca da verdade fática não é absoluta e ilimitada; sofre as mais diversas limitações impostas pela lei ou pela própria realidade natural. Há limites probatórios naturais causados por ocorrências da vida como o perecimento da coisa que deveria ser

³⁵⁷ FERRUVA, Paolo. **Il 'giusto processo'**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 45.

³⁵⁸ LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba en derecho civil**. Madri: Editorial Reus, 1928, p. 3.

³⁵⁹ O processo de conhecimento dos fatos deveria ser simples como a aquisição de conhecimento em qualquer atividade humana, mas a lei o torna complexo e distante de seus objetivos. Neste sentido Jeremy Bentham alerta que "O homem do campo sabe isso [método de alcançar o conhecimento dos fatos] por instinto; os advogados perdem isso por erudição". Tradução do original: "The countryman knows it [method of arriving at the knowledge of facts] by instinct; the lawyer loses sight of it by erudition". BENTHAM, Jeremy. **A Treatise on Judicial Evidence**. Masters, Baldwin, Chadock and Joy, Paternoster-Row, Londres: 1825.

periciada, a morte de uma testemunha *de visu*, a inexistência de tecnologia hábil à identificação do fato ou a insustentável desproporcionalidade entre o custo da prova e o valor da coisa litigiosa. Estas *perdas* são contraepistêmicas, evidentemente, e vão dificultar a reconstrução fática (Seção 4.4.3 *infra*).

Devem ser verificadas, também, as regras legais que, por formalismo, tradição e irracionalidade, limitam a capacidade de produção de conhecimento no processo, quando contraepistêmicas e injustificadas. Ressaltamos que há limites que podem ser epistêmicos, criados para melhorar a qualidade do fluxo de informações processuais, como as necessidades formais para a produção de prova pericial. Há, ainda, limitações probatórias legais que são legítimas como a vedação à apresentação de outras provas que não a documental no mandado de segurança. E haverá, ainda, limitações legítimas que vão autorizar posterior ação de complementação de cognição, como a ação rescisória com base em prova nova (artigo 966, VII, CPC/2015). O presente capítulo analisa, portanto, estas limitações probatórias como limites à cognição dos fatos debatidos no processo e sua qualidade de epistêmicas ou contraepistêmicas, legítimas ou ilegítimas.

3.3.1 Limites probatórios normativos

Em geral, todos os sistemas legais preveem limitações probatórias, quer estejamos na *civil law* quer na *commom law*. A *hearsay rule* norte-americana é um limite legal ilegítimo contrário à própria regra geral do seu sistema, a *Rule 102* das *Federal Rules*³⁶⁰ norte-americanas, que determina, expressamente, que as normas probatórias são dirigidas à busca da verdade, *verbis*:

Essa regras probatórias devem ser construídas para assegurar a credibilidade da administração, eliminando injustificados custos e demora, para promover o crescimento e o desenvolvimento do Direito probatório ao fim de que a verdade seja alcançada e a justiça determinada.

Michele Taruffo³⁶¹ observa que há normas que limitam a admissibilidade e a produção da prova, prejudiciais à função de aquisição de conhecimento do fato para julgamento (prova

³⁶⁰ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 279.

³⁶¹ Tradução do original: "*These rules [of evidence] shall be construed to secure fairness in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and promotion of growth and development of the law of evidence*

como dado cognoscível). Referindo-se à Larry Laudan³⁶², Taruffo destaca que as normas que tratam da *admissibilidade das provas*, previstas em vários sistemas, são, na maioria das vezes, regras de exclusão de provas, limitadores cognitivos e como tais só podem ser admitidos excepcionalmente, quando possuírem justificação em outro direito fundamental ou para melhorar a qualidade da informação produzida no processo³⁶³, sua fiabilidade.

Quando Taruffo avalia as normas probatórias, aponta, inicialmente, aquelas que procuram melhorar a qualidade da informação e que, portanto, possuem um caráter epistêmico.³⁶⁴ Por exemplo, a adoção majoritária na jurisprudência italiana – inclusive no processo administrativo – de admissibilidade de provas atípicas, consolidada no direito brasileiro na norma do artigo 332 do CPC/1973 e reproduzida no artigo 369 do CPC/2015.³⁶⁵

A filosofia da admissibilidade e da produção da prova deve ser a liberdade nos seus limites mais extensos: os destinatários da prova devem servir-se de todas as informações úteis para o julgamento com verdade. Taruffo recorda o *total evidence principle* norte-americano, segundo o qual a racionalidade do convencimento judicial deve fundar-se em todos os dados cognoscíveis existentes.³⁶⁶ É certo que a prova deferida deve manter conexidade com o *thema decidendum* ou com as alegações das partes, não sendo lógico que se queira produzir prova acerca de fato estrangeiro ao objeto litigioso do processo: a prova deve ser relevante. O princípio da relevância é regra epistêmica pois determina que toda a prova potencialmente útil para a definição do fato deva ser admitida em juízo.³⁶⁷ O paradigma de avaliação da relevância

to the end that the truth may be ascertained and proceedings justly determined.". TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 146 e 148.

³⁶² "É notório que o volume do Direito probatório nos países da *common law* (em especial os Estados Unidos) consiste em dezenas de regras de exclusão de relevante da atenção do júri." Tradução do original: "*It is notorious that the bulk of evidence law in common law countries (especially the United States) consists of scores of rules that exclude relevant evidence from jury's attention*". LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law** – An Essay in Legal Epistemology. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

³⁶³ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 145.

³⁶⁴ "Ocasionalmente essas exclusões fazem sentido epistêmico." Tradução do original: "*Occasionally, these exclusions make relevant epistemic sense.*" LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law** – An Essay in Legal Epistemology. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006, p. 120.

³⁶⁵ "Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz."

³⁶⁶ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 140.

da prova deve ser dotado de maior flexibilidade, tendencialmente à admissibilidade da prova, de modo a propiciar um conjunto probatório rico em elementos cognitivos de convicção. O princípio da relevância, de acordo com Taruffo³⁶⁸, deve ser *inclusivo*, determinando a admissibilidade e produção de toda prova que se apresente como potencialmente útil.

Em trabalho pioneiro no Brasil, o Grupo de Pesquisa Observatório das Reformas Processuais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, coordenado por Leonardo Greco, produziu um Anteprojeto acerca do Direito Probatório intitulado “A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro”³⁶⁹, composto de dois documentos: o Anteprojeto de Lei e sua Justificativa. Lá, abraçando o paradigma do processo como busca da verdade, afirma-se como princípio a ampla liberdade de admissibilidade da prova, vedando expressamente ao juiz o indeferimento com base em critérios preconceituosos de probabilidade de êxito da prova, ou em critérios de economicidade, como celeridade e economia processual.

Art. 10. Incumbe às partes a iniciativa de proposição e produção de todas as provas que possam demonstrar a procedência das suas postulações, não podendo o juiz restringir o exercício desse direito com fundamento na reduzida probabilidade de êxito da prova requerida, na celeridade ou na economia processual.

§ 1.º As partes serão previamente ouvidas sobre a admissão das provas, devendo o juiz adverti-las da conveniência de complementação da sua proposição, quando lhe parecer útil ao esclarecimento dos fatos.

§ 2.º Os requerimentos de diligências manifestamente inúteis ou protelatórias serão indeferidos em decisão fundamentada.

Esta norma do artigo 10 conflita frontalmente com a regra de economicidade contraepistêmica da *Rule 403* das *Federal Rules*, a qual, segundo Taruffo, permite ao juiz ampla

³⁶⁷ Segundo a *Rule 401* das *Federal Rules of Evidence*, prova relevante é aquela que possui “qualquer tendência para atestar a existência de qualquer fato é importante para a determinação da ação mais provável ou menos provável que seria sem a prova.” Tradução do original: “*any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable that it would be without the evidence*”. TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 143.

³⁶⁸ “[...] em virtude do qual nenhuma prova potencialmente útil deveria ser excluída, e todas as provas potencialmente úteis deveriam ser admitidas.” Tradução do original: “[...] *in virtù della quale nessuna prova potenzialmente utile dovrebbe essere esclusa, e tutte le prove potenzialmente utili dovrebbero essere ammesse*”. TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 142.

³⁶⁹ A REFORMA DO DIREITO PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Anteprojeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro. In: **Revista de Processo**, vol. 240, fev. 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 79.

discricionariedade quanto à admissibilidade das provas quando a sua produção puder causar *undue delay* ou *waste of time*.³⁷⁰

O princípio geral da prova deve ser, portanto, de admitir a produção da maior quantidade possível de elementos probatórios na melhor qualidade possível de produção³⁷¹, aumentando o grau de certeza e de credibilidade da decisão. Nas precisas palavras de Jeremy Bentham: “A exclusão de toda prova é a negativa de jurisdição”.³⁷²

Para tanto, o arcaico sistema probatório do Processo Civil brasileiro, que não compreende o processo como um fluxo de conhecimento dirigido à busca da verdade, *truth-driven*, merece ser reformado³⁷³, como demonstra o panorama das limitações probatórias legais enumeradas por Leonardo Greco no volume II das suas Instituições³⁷⁴ do CPC/1973. Segundo o autor, é possível identificar limitações de ordem geral, como a proibição de provas ilícitas, as provas legais de determinados fatos somente por documentos e as preclusões processuais; limitações específicas de cada meio de prova, como, por exemplo, as incapacidades para depor ou a escusa do perito por motivo legítimo; e as limitações pontuais encontradas em determinados processos, como no mandado de segurança que veda a produção de outra prova que não a documental.

Na sua grande maioria se tratam de limitações probatórias ilegítimas, podendo destacar a antiqualha vedação à produção de prova testemunhal para contratos acima de determinada monta (artigo 401 do CPC/1973; Código Civil, art. 227), originária do antigo Código Civil francês de 1865, mas que vem transpassando – talvez mais por mera inércia do que por

³⁷⁰ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 143.

³⁷¹ Larry Laudan indica duas medidas para a redução de falsas convicções probatórias: "a) incrementar a qualidade e a quantidade de provas disponíveis aos jurados, e b) por em funcionamento mecanismos para detectar vereditos equivocados quando estes ocorrerem". Tradução do original: "*a) enhance the quality and quantity of the evidence that jurors see, and b) put in place mechanisms likely to catch mistaken verdicts when they occur*". LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law** – An Essay in Legal Epistemology. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006, p. 119.

³⁷² Tradução do original: "*The exclusion of all evidence would be a denial of all justice*". BENTHAM, Jeremy. **A Treatise on Judicial Evidence**. Masters, Baldwin, Chadock and Joy, Paternoster-Row, Londres: 1825, p. 227.

³⁷³ "Daí decorre a crítica inevitável às limitações probatórias e ao artificialismo normativo, que sobrevivem em muitos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, que as reformas processuais não têm tido a disposição de enfrentar e que exigirão a formulação de um novo conjunto de regras para o direito probatório." GRECO, Leonardo. Apresentação ao Anteprojeto de REFORMA DO DIREITO PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. In: **Revista de Processo**, nº 241, vol. 240/2015, Fev / 2015, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 63.

³⁷⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 134-136.

consciência do legislador, como ressalta Taruffo³⁷⁵ – os séculos e os mais diversos sistemas processuais como o italiano, o português e o brasileiro, até os nossos dias, como podemos observar do artigo 401 do CPC/1973, positivamente subtraída no CPC/2015.

Outro exemplo que destacamos são as incompatibilidades para testemunhar de incapazes (artigo 405 do CPC/1973, § 1º; Código Civil, art. 228), impedidos ou suspeitos (artigo 405, §§ 2º e 3º do CPC/1973).³⁷⁶ São normas que restringem de forma preconceituosa a oitiva de incapazes e de pessoas *interessadas* no litígio. Vários sistemas processuais, como o português, o italiano, o francês, o espanhol e o alemão, admitem o depoimento de pessoas incapazes e interessadas.³⁷⁷ A *ratio* da norma, de evitar que o juiz ouça testemunho tendente à

³⁷⁵ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 147.

³⁷⁶ Segundo Chiovenda o Direito romano na sua reconhecida oralidade possuía regras probatórias, mas foi no período do processo germano-longobardo, no princípio do século XII, que, por suas regras formais rigorosas, foram rigidamente previstas hipóteses de admissibilidade da boa-fé das testemunhas, chegando segundo DURANTI, no *Speculum iudiciale*, a mais de 96 (noventa e seis). CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1943, p. 202.

³⁷⁷ Neste caminho o Direito português: “O DL 329-A/95 circunscreveu o impedimento ao caso de quem possa depor como parte, tendo passado os restantes a ter o tratamento da causa da recusa de depor (art. 618). Esta evolução insere-se na linha histórica do alargamento do âmbito da prova testemunhal, que tem deslocado para a apreciação final do julgador as situações que tradicionalmente davam lugar à exclusão (inicial) do meio de prova e que em outros sistemas jurídicos conduziu à admissão do testemunho da própria parte (ver o n.º 1 da anotação ao art. 552)” FREITAS, Lebre. **Código de Processo Civil comentado**. vol. 2º, p. 565. O texto de Lebre de Freitas refere-se aos atuais artigos 616º e 618º do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/>>. Acesso em: 16 jun. 2015. A previsão no direito francês encontra-se no *Titre IX bis – L’audition de l’enfant en justice* do Código processual francês que inicia com o seguinte artigo 338-1, *verbis*: “*Article 338-1 En savoir plus sur cet article... (Modifié par Décret n°2009-572 du 20 mai 2009 - art. 1) Le mineur capable de discernement est informé par le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par la personne ou le service à qui il a été confié de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant. Lorsque la procédure est introduite par requête, la convocation à l'audience est accompagnée d'un avis rappelant les dispositions de l'article 388-1 du code civil et celles du premier alinéa du présent article. Lorsque la procédure est introduite par acte d'huissier, l'avis mentionné à l'alinéa précédent est joint à celui-ci.*” Disponível em: <www.legifrance.fr>. Acesso em: 16 jun. 2015. A Corte constitucional italiana através da sentença de 11 de junho de 1975, nº 139, declarou inconstitucionais os limites subjetivos quanto aos incapazes previstos no artigo 248 (*Art. 248. (Audizione dei minori degli anni quattordici) I minori degli anni quattordici possono essere sentiti solo quando la loro audizione è resa necessaria da particolari circostanze. Essi non prestano giuramento.*) “*perché tali da limitare in modo irragionevole e ingiustificato il diritto alla prova delle parti*”. TARUFFO, Michele. **Lezioni Sul Processo Civile**. Il processo ordinario di cognizione. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 486, vol. I. Disponível em: <www.altalex.com>. Acesso em: 16 jun. 2015. Também o Direito espanhol de acordo com o “*Artículo 361. Idoneidad para ser testigos. Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente*”. Disponível em: <www.boe.es>. Acesso em: 16 jun. 2015. Por fim, o Direito alemão na forma da § 455: “*Ist eine Partei nicht prozessfähig, so ist vorbehaltlich der Vorschrift im Absatz 2 ihr gesetzlicher Vertreter vorhanden, so gilt § 449 entsprechend. (2) Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, können über Tatsachen, die in ihren eigenen Handlungen bestehen oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind, vernommen und auch nach § 452 beeidigt werden, wenn das Gericht dies nach den Umständen des Falles für angemessen erachtet. Das Gleiche*

mentira, à incompreensão ou à confusão, não é suficiente para afastar a probabilidade de este elemento de prova trazer, de fato, informação relevante. O interesse da testemunha pode dizer respeito a uma parte da causa somente, permitindo que deponha plenamente quanto a outros fatos, por exemplo. Ou mesmo que tenha interesse na causa, do seu depoimento pode ser extraída a comprovação real de alguns fatos. De acordo com o princípio geral afirmado acima, a credibilidade do depoimento deve ser aferida pelo juiz após a produção da prova, no conjunto probatório, tomando-se no momento da avaliação as cautelas que as relações de interesse ou que o grau de debilidade cognitiva da testemunha possam influenciar no dizer a verdade.³⁷⁸

O CPC/2015 infelizmente manteve tais desarrazoadas limitações no artigo 447, com avanço, no entanto, quando permite, no § 4º, entendendo necessário o juiz, a oitiva do menor independente de compromisso³⁷⁹ e quando revogou os casos de suspeição do condenado por falso testemunho e do indigno de fé (artigo 405, § 3º, I e II, CPC/1973). O legislador deveria ter tomado, também, as devidas cautelas para a proteção da integridade do incapaz que irá depor, como fez o Anteprojeto Probatório do Grupo de Pesquisa no artigo 101³⁸⁰, permitindo a

gilt von einer prozessfähigen Person, die in dem Rechtsstreit durch einen Betreuer oder Pfleger vertreten wird.”
Codice di Procedura Civile Tedesco. Zivilprozessordnung. Trad. Salvatore Patti. Milão: ed. Giuffrè, 2010, p. 310.

³⁷⁸ O Anteprojeto de Direito Probatório do Grupo de Pesquisa Observatório das Reformas Processuais tratou a questão da seguinte forma, *verbis*: “Assim, seguindo o processo evolutivo de outros ordenamentos estrangeiros, o anteprojeto exclui as hipóteses de impedimento e suspeição como causas que impossibilitam a produção do testemunho e permite a oitiva de incapazes como testemunhas, quando o juiz evidenciar que possuem discernimento necessário para dizer a verdade e quando o testemunho não for capaz de gerar riscos à sua integridade psicológica (artigo 101)”. ROQUE, Vasconcelos André; ARAUJO, José Aurélio. Da Prova Testemunhal. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro – terceira parte. In: **Revista de Processo**, vol. 242, Abr. 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99-100.

³⁷⁹ “Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º São incapazes: I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental; II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos; IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. § 2º São impedidos: I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II - o que é parte na causa; III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes. § 3º São suspeitos: I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo; II - o que tiver interesse no litígio. § 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas. § 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.”

³⁸⁰ “Art. 101. O juiz poderá indeferir o depoimento como testemunha dos menores de dezesseis anos, dos interditos por demência e dos acometidos por enfermidade ou debilidade mental, se houver risco de que a prestação de depoimento possa, de algum modo, ser prejudicial aos seus próprios interesses. § 1.º O juiz poderá autorizar que essas pessoas prestem depoimento acompanhadas de seus representantes legais, de seus advogados ou de qualquer outra pessoa que possa colaborar com o juízo para viabilizar o testemunho, sendo vedada aos acompanhantes qualquer interferência nas declarações. § 2.º A inquirição poderá realizar-se por meio de

assistência do incapaz por seu representante legal, advogado, ou por pessoa que auxilie o juízo, mediante videoconferência ou em local menos opressivo que a sala de audiências. Também, quanto à prova testemunhal, a gravação dos depoimentos (artigo 460, CPC/2015) é medida de grande valia epistêmica, pois as partes, os julgadores *a quo* e *ad quem*, terão importante instrumento de reprodução virtual da prova oral que, quando transcrita, perde muito sua capacidade de influir nos sentidos daquele que a avalia.

O novo diploma processual, apesar de não ter percorrido todo o caminho desejado em direção à modernização do Direito Probatório brasileiro, avançou satisfatoriamente, em termos gerais, ao elevar as partes à condição de destinatários das provas (artigo 369, CPC/2015) e ao prever a distribuição dinâmica do ônus da prova ou o critério da disponibilidade e de facilidade da prova (artigo 373, § 1º, CPC/2015); e especificamente quanto a alguns meios de prova, como destacamos a seguir:

- 1) previsão orçamentária para a produção de provas periciais pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública (artigo 91, § 1º, CPC/2015);
- 2) formação de cadastro de peritos (artigo 156, § 1º, CPC/2015);
- 3) produção antecipada de prova, sem a atual restrição aos meios testemunhal e pericial (artigo 381, CPC/2015), inclusive para aferir o conhecimento de fato que justifique ou inviabilize a propositura de uma ação;
- 4) exibição de documento ou coisa (artigo 396, CPC/2015);
- 5) revogação da limitação da prova testemunhal para contratos acima de 10 salários-mínimos (artigo 401, CPC/1973);

videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. § 3.º Na hipótese do § 2.º, a inquirição da testemunha deverá se dar na presença de um funcionário do juízo, devendo ser elaborado termo escrito e circunstanciado, no qual constarão, no mínimo, as seguintes informações: I – identificação do funcionário que supervisionou a inquirição e que será responsável, sob as penas da lei, pela exatidão das informações prestadas; II – identificação completa da testemunha e de todas as circunstâncias exigidas pelo caput do art. 111; III – indicação dos horários de início e de encerramento da inquirição; IV – indicação de que foi observada a incomunicabilidade da testemunha (art. 110), bem como a regra disposta no art. 113, § 3.º; V – identificação de quaisquer outras pessoas presentes durante a inquirição da testemunha, incluindo as previstas no § 1.º e o Ministério Público, se for o caso; VI – indicação de que o depoimento da testemunha foi gravado por qualquer das partes. § 4.º O funcionário que supervisionar a inquirição poderá, ainda, fazer constar no termo qualquer outra circunstância relevante. § 5.º Surgindo qualquer ocorrência relevante durante a inquirição, o funcionário responsável pela sua supervisão deverá, sempre que possível, submeter tal circunstância de imediato e em tempo real ao juiz da causa. § 6.º O depoimento da testemunha observará, em qualquer caso, o disposto no art. 55. A gravação por qualquer das partes será previamente comunicada ao depoente, às demais partes presentes, ao juiz da causa e, ainda, ao funcionário que presenciar a inquirição. § 7.º Sem prejuízo da sua inquirição, o depoimento do incapaz, em qualquer qualidade, nas causas que tenham por objeto medidas que visem à sua proteção, será objeto de prova pericial, observado o disposto no art. 130. § 8.º O exame pericial será realizado em ambiente adequado, que forneça ao incapaz segurança, conforto, privacidade e condições de acolhimento”. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro. Anteprojeto de reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**, vol. 240, fev. 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 97.

- 6) possibilidade de oitiva do menor independente de compromisso (§ 4º do artigo 447, CPC/2015) e a revogação da suspeição do condenado por falso e do indigno de fé;
- 7) intimação da testemunha pelo advogado (artigo 455, § 4º, CPC/2015);
- 8) inquirição das testemunhas diretamente pelo advogado da parte (artigo 459, CPC/2015), algo assemelhado à *cross examination* tão criticada no sistema adversarial;
- 9) gravação dos depoimentos (artigo 460, CPC/2015);
- 10) perito comum escolhido pelas partes chamada "perícia consensual" (artigo 471, CPC/2015);
- 11) obrigatoriedade de o laudo pericial informar qual o método científico foi utilizado e sua aceitação pela comunidade científica (artigo 473, III, CPC/2015).

A disposição do artigo 369 deve ser interpretada como uma regra reitora do sistema probatório, ao qualificar as partes como destinatários das provas ao lado do juiz. Quando a norma consolida o direito subjetivo das partes de utilizarem todos os meios de prova disponíveis para “influir eficazmente na convicção do juiz”, mitiga a atual discricionariedade judicial de admitir ou indeferir a prova, fundada no livre convencimento motivado (artigo 131, CPC/1973). Esta interpretação importa não só na possibilidade das partes de manifestarem-se acerca da prova produzida (contraditório sobre a avaliação da prova), mas, principalmente, em impor ao juiz a produção de qualquer prova requerida pela parte, quando houver um mínimo de probabilidade de relevância da prova. O juiz contém o abuso indeferindo as provas que não possuírem a mínima possibilidade de êxito na busca da verdade dos fatos. Cremos, tão somente, que o texto do dispositivo, ao invés de necessitar de inferências não tão próximas como ora fizemos, poderia ter dito diretamente que as partes são destinatários das provas, como o fez o artigo 10 do Anteprojeto de Direito Probatório do Grupo de Pesquisa Observatório das Reformas Processuais, afirmando que incumbe às partes a iniciativa de proposição e produção das provas e que é vedado ao juiz a restrição deste direito com fundamento na “reduzida probabilidade de êxito da prova requerida, na celeridade ou na economia processual”.

Outra norma geral positiva para a cognição probatória é a distribuição dinâmica do ônus da prova, pois impõe à parte mais próxima da prova o ônus de produzi-la, facilitando a sua obtenção.

Imperdoável, por outro lado, que o princípio da imediatidade tenha sido suprimido da parte geral, já tão combalido no artigo 132 do CPC/1973, pois a norma não encontra correspondente no CPC/2015. Conseqüência da Oralidade, o princípio da imediaticidade é condição necessária da boa cognição, principalmente, em processo que valorize o contraditório

humano e a cooperação. A prova testemunhal avaliada quando do julgamento por juiz que não a produziu em audiência, transforma-se em prova documental, perdendo toda a riqueza da percepção cognitiva que os sentidos humanos podem apreender.

A prova pericial mereceu pontuais mas sensíveis melhorias cognitivas que qualificam fiabilidade da fonte probatória (*affidabilismo* ou *warranty*) e o seu controle, como o cadastro de peritos (artigo 156, § 1º, CPC/2015), a justificação analítica do laudo, inclusive com a obrigatoriedade de informar o método científico e sua admissibilidade na comunidade científica (artigo 473, III, CPC/2015). Trata-se da absorção no sistema probatório brasileiro das orientações firmadas no conhecido caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals*, julgado em 1993 pela Suprema Corte norte-americana³⁸¹:

Sob as *Federal Rules of Evidence* o processo de julgamento deve assegurar que qualquer e toda a testemunha científica ou prova admitida deva ser não só relevante, mas confiável [...] O objeto do testemunho do perito deve ser "conhecimento [...] científico". O adjetivo científico implica na graduação de métodos e procedimentos da ciência [...] de modo a qualificar como "conhecimento científico".

O Anteprojeto de Direito Probatório do Grupo de Pesquisa Observatório das Reformas Processuais se diferencia das experiências legislativas porque identifica a existência de limitações probatórias legítimas e necessárias, mas lhes dá tratamento epistêmico adequado, reduzindo às suas medidas mínimas. O Anteprojeto enumera as seguintes limitações: provas suspeitas, celeridade, procedimento, prazos e preclusões, e privacidade, não autoincriminação, interesse público e ilicitude da prova.

Quanto à suspeição das provas, o Anteprojeto³⁸² reitera a regra de liberdade de produção probatória e a transferência da avaliação da credibilidade do elemento de prova da admissibilidade para a valoração.

³⁸¹ Tradução do original: "[U]nder the [Federal Rules of Evidence] the trial judge must ensure that any and all scientific testimony or evidence admitted is not only relevant, but reliable... The subject of an expert's testimony must be 'scientific... knowledge.' The adjective 'scientific' implies a grounding in the methods or procedures of science... [I]n order to qualify as 'scientific knowledge'." In: HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press. 2014, p. 3630-3631. Vide ainda sobre o caso ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; MENEZES, Paula Bezerra de. Da Prova Pericial. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro – terceira parte. Título II – Provas em espécie. In: **Revista de Processo**, vol. 242, mai. 2015, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 112-114.

³⁸² “As limitações impostas sob este argumento são justificadas por uma visão preconceituosa de determinadas fontes de prova, 113 o que, sem dúvida, revela um juízo prévio e abstrato de valoração dos elementos probatórios que delas se possam extrair. Noutras palavras, a lei parte da premissa de que algumas fontes não merecem sequer ser conhecidas, dada a “ausência de credibilidade” das informações que delas provirão. Nesta perspectiva, há inegável confusão entre os princípios que permeiam o plano da admissibilidade (liberdade dos meios de prova) e o plano da valoração das provas (livre convencimento)”. GUEDES, Clarissa Diniz. Limitações probatórias: provas suspeitas. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro – segunda parte. In: **Revista de Processo**, vol. 241, Março 2015, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 123.

A celeridade processual será tratada no momento adequado (Seção 3.5 *infra*), mas o Anteprojeto, em resumo, flexibiliza a preclusão peremptória à inadmissibilidade da prova extemporânea, substituindo-a pela penalidade à má-fé e ao propósito protelatório: evita-se a perda da prova e não se incentiva a procrastinação do andamento do processo.

Quanto à proibição às provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI, CR), à proteção da intimidade e da privacidade e à não autoincriminação³⁸³, observamos que, mesmo sendo normas probatórias que geram limitações contrárias à boa reconstrução histórica dos fatos, estas são legítimas, pois objetivam preservar valores constitucionais. É natural que a jurisdição, como qualquer atividade estatal, deva sofrer limitações para a proteção de outros direitos fundamentais como a intimidade e a liberdade. Leonardo Greco³⁸⁴ expõe a regra de ouro para a hipótese:

Se a dignidade e o respeito a direitos fundamentais podem impor limites à investigação da verdade, é preciso reduzir essas restrições ao mínimo, maximizando a veracidade do conhecimento judicial sobre os fatos e, portanto, também a validade das decisões judiciais, pois são graves e irremediáveis os danos à tutela efetiva dos direitos dos cidadãos e à própria sociedade que resultam de uma cognição errônea.

Ou seja, o limite à produção probatória, sendo expressão da busca da verdade como princípio fundamental do processo, somente pode ocorrer na ponderação com outros princípios fundamentais, conseqüentes da dignidade da pessoa humana. Note-se que nem mesmo a limitação probatória por respeito à dignidade da pessoa humana é absoluta, podendo ser estipulada em graus diversos de intimidade como o fez o Tribunal Constitucional alemão.³⁸⁵ Não é razoável que um réu se recuse a fazer o exame de DNA para fins de prova de paternidade mediante a coleta de sua saliva através de um algodão em haste flexível, sob a alegação de que aflige sua dignidade.

Para evitar a hipertrofia dos direitos processuais da Fazenda Pública em juízo, o chamado segredo de Estado deve ser restringido às hipóteses de segurança da sociedade e do

³⁸³ Leonardo Greco compreende que o direito à não autoincriminação somente é absoluto no processo penal mas não no processo civil, onde se constitui limitador do dever de cooperação. Esse direito no processo civil só pode ser alegado se a parte, depoente, informante ou terceiro se escusa de depor ou de exhibir documento fundado em motivo de 1º grau de privacidade (como o domínio da informação não divulgada ou sobre o próprio corpo), ou na ponderação com outro direito fundamental superior à busca da verdade. Se o juiz não admitir a escusa e determinar o depoimento ou a exibição deverá impor segredo de justiça que abarcará todos, inclusive o juiz. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. II, p. 142-143.

³⁸⁴ GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro. Apresentação do anteprojeto de reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**, vol. 240, fev. 2015, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 65.

³⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 81-116.

Estado, enumeradas no artigo 25 do Anteprojeto³⁸⁶: I – aquelas cuja revelação possa causar grave risco à defesa da integridade do território ou à soberania nacionais; II – as que ponham em risco as relações internacionais do país e as que tenham sido fornecidas ao Governo brasileiro em caráter sigiloso por outros Estados soberanos e organismos internacionais; III – as que possam prejudicar ou causar grave risco a operações estratégicas das Forças Armadas em tempo de guerra. Como ressalta Taruffo, a tutela do segredo não tem um valor em si, mas no subjacente direito que protege, não sendo justificado o limite cognitivo só para a produção do segredo.³⁸⁷

Assim, se não houver direito fundamental superior à busca da verdade que obstaculize a produção da prova, o processo deve aparelhar as partes e o juiz de todos os meios probatórios possíveis através: 1) da redução de restrições à admissibilidade das provas consideradas suspeitas, remetendo-se à avaliação de sua credibilidade para o julgamento, junto ao conjunto probatório; 2) da flexibilização dos limites procedimentais, permitindo-se a produção tardia de prova apenando-se a má-fé e o propósito protelatório; e 3) da ponderação em concreto das limitações probatórias fundadas em direitos fundamentais e da redução das hipóteses de segredo de Estado.

Por fim devemos elencar como limitação probatória legal e legítima a impossibilidade de se apresentarem outras espécies de prova que não a documental no mandado de segurança. Sob a alcunha de "direito líquido e certo", o mandado de segurança somente autoriza veicular pretensão de direito que seja demonstrado de plano mediante prova documental, em razão da sua natureza de garantia constitucional contra o arbítrio estatal e a consequente necessidade de se agir com a devida celeridade (artigo 5º, LXIX, CR).

3.3.1.1 Presunções

Outra limitação contraepistêmica das regras probatórias em geral consiste na aplicação imediata de presunções legais no julgamento, independente da busca de outras provas. Como a

³⁸⁶ A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro. Anteprojeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro. In: **Revista de Processo**, vol. 240, fev. 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 83.

³⁸⁷ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 153.

presunção é reconhecida pela doutrina como meio de prova³⁸⁸ e etimologicamente significa "antecipação de julgamento" ou o reconhecimento antecipado de um fato como verdadeiro³⁸⁹, muitos julgadores se aproveitam desta técnica para dispensar a produção de provas, abreviando processos e julgamentos, deprimindo a fiabilidade da decisão quanto aos fatos. Nas palavras de Anne-Blandine Caire: "Os juristas presumem demais".³⁹⁰

A presunção é inferência lógica através da qual o juiz (simples ou *hominis*) ou o legislador (legal) retira de um fato extravagante aos fatos probandos³⁹¹ a existência ou a inexistência destes; ou, em outras palavras, reconhece-se a existência de um fato ignorado a partir daquele conhecido (é plausível entender que *p* dado que *q*).³⁹² É um mecanismo cognitivo que faz a passagem do conhecido para o desconhecido³⁹³, e, para tanto, deve constituir-se em um raciocínio jurídico verossímil, fundamentado na lógica, em regras de experiência e nas demais provas produzidas.

³⁸⁸ LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba en derecho civil**. Madri: Editorial Reus, 1928, nota 2, p. 11. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 116, vol. II.

³⁸⁹ CAIRE, Anne-Blandine. Les présomptions par-delà l'article 1349 du code civil. In: **Revue trimestrielle de droit civil**, abr.-jun. 2015. Paris: Dalloz, p. 317.

³⁹⁰ "O jurista presume muito. [...] 3. Há na presunção uma espécie de sedução fácil que nunca falha. Se o jurista presume, por vezes com razão, por vezes equivocadamente, muitas vezes o faz sem perceber ou tentar compreender de forma mais precisa o processo intelectual implementado, fazendo-os de forma espontânea. Em outras palavras, esse pensamento é tão natural que é utilizado sem pensar, tão comum que é seguido como um hábito, sem realmente pensar." Tradução do original: "*Le juriste présume beaucoup. [...] 3. Il y a dans la présomption une sorte de séduction du facile qui ne trompe pas. Si le juriste présume, parfois avec raison, parfois à tort, souvent sans même s'en rendre compte ni chercher à cerner de manière plus précise le processus intellectuel mis en œuvre, c'est qu'il le fait spontanément. Autrement dit, ce mode de pensée est si naturel qu'il l'utilise sans réfléchir, si courant qu'il l'a érigé en habitude sans vraiment s'en apercevoir*". CAIRE, Anne-Blandine. Les présomptions par-delà l'article 1349 du code civil. In: **Revue trimestrielle de droit civil**. abr.-jun. 2015. Paris: Dalloz, p. 311.

³⁹¹ "As *presunções* são justamente essas as ilações ou inferências extraídas, por indução, de fatos estranhos aos que as partes alegaram como fundamento do seu pedido ou da sua defesa, mas que servem para provar a existência ou a inexistência destes últimos". GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 261-262, vol. II.

³⁹² TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli ed., 2013, p. 154.

³⁹³ "E mais, a presunção aparenta um mecanismo cognitivo" E mais adiante: "Fundada sobre intuição de formalismos jurídicos, as presunções são uma passagem entre a razão e o instinto, entre o conhecido e o desconhecido. Elas oscilam entre a espontaneidade de uma forma de conhecimento primário, ancestral, e o rigor de uma técnica jurídica." Tradução do original: "*Là encore, la présomption apparaît comme un mécanisme cognitif*." E mais a frente: "*Fondées sur l'intuition avant d'être juridiquement formalisées, les présomptions sont une passerelle entre la raison et l'instinct, entre le connu et l'inconnu. Elles oscillent entre la spontanéité d'une forme de connaissance primaire, ancestrale, et la rigueur d'une technique juridique*." CAIRE, Anne-Blandine. Les présomptions par-delà l'article 1349 du code civil. In: **Revue trimestrielle de droit civil**, abr.-jun. 2015. Paris: Dalloz, p. 317 e 323.

A presunção absoluta para Taruffo é evidentemente contraepistêmica, pois atribuir a vitória a uma parte sem que lhe seja imposto o ônus de provar o fato alegado é um privilégio injustificado.³⁹⁴ Mas tanto Taruffo quanto Tuzet³⁹⁵, no entanto, reconhecem que, apesar de criticável, esta presunção é legítima ao contrário da presunção relativa deixada ao julgador, pois esta produz a inversão do ônus probatório quando permite que uma parte alegue um fato que somente será desconsiderado se a outra parte apresentar prova da sua inexistência e, principalmente, determina que o juiz só desconsidere um fato se este for contrariado pela outra parte. Não entendemos, no entanto, que a presunção imponha a inversão do ônus da prova como consequência necessária, o que evidentemente agrava seus efeitos contraepistêmicos. O ônus da prova se mantém para aquele que aproveita a presunção, e o juiz para aplicá-la junto com o conjunto probatório deverá construir um raciocínio jurídico fundamentado e verossímil.

Neste sentido, a adoção sistemática e automática das presunções é prática evidentemente contraepistêmica, como avaliado por Taruffo, pois a presunção é um raciocínio lógico que não transforma o fato inexistente em existente, ou a mentira em verdade. Só a prova gera inferência segura para a verificação da verdade, pois é uma inferência *direta* do fato presente (a prova, o testemunho, o documento, etc.) ao fato passado (fato probando). Não se deve criar graus de superioridade entre os meios de prova, afirmar que a prova documental é superior à testemunhal, por exemplo, mas a presunção, quando classificada como meio de prova, é inferior aos outros, pois é uma inferência indutiva e não uma inferência abduativa ao fato probando, é uma generalização do que o fato extravagante normalmente representa à existência dos fatos probandos.³⁹⁶ Neste, "normalmente" é que reside o déficit cognitivo da presunção considerando que se trata de uma inferência indutiva, ou seja, que decorre de uma generalização de nossas experiências³⁹⁷; notadamente porque há induções e representações mais próximas e mais distantes do significado do fato como existente. Há presunções fortes, intermediárias e fracas

³⁹⁴ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 227.

³⁹⁵ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 159.

³⁹⁶ "Aqui, em termos introdutórios, é suficiente isto: a *abdução* é a inferência que formula uma hipótese explicativa; enquanto tal se distingue seja da dedução (que retira dela consequências), seja da *indução* (que generaliza os dados), seja da *analogia* (que Pierce considerava uma inferência espúria, com elementos abduativos e indutivos)." Tradução do original: "*Qui, in via introdutiva, sai sufficiente questo: l'abduzione è l'inferenza che formula un'ipotesi esplicativa; in quanto tale si distingue sia dalla deduzione (che trae delle conseguenze), sia dall'induzione (che generaliza dei datti), sia dall'analogia (che Pierce considerava una inferenza spuria, con elementi abduattivi e induttivi)*". TUZET, Giovanni. **Le prove dell'abduzione**. Disponível em: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004_n4/studi_G_Tuzet.pdf>. Acesso em: 9 mai. 2015, p. 1.

³⁹⁷ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli ed., 2013, p. 126.

ou débeis na classificação de Tuzet³⁹⁸: a presunção de que o filho é fruto do casamento (casados-dever de coabitação, *então* o filho foi fruto do casamento) (artigo 1.597, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 doravante identificada pela sigla "CC") é mais próxima ou forte do que a presunção de veracidade decorrente da revelia (não contestação-revelia, *então* os fatos alegados pelo autor são verdadeiros), presunção talvez débil. Se o filho foi gerado na constância do casamento, ele pode ser fruto deste ou de uma relação extraconjugal (artigo 1.600, CC), ou o pai pode ser impotente ou infértil (artigo 1.599, CC). Se o réu não contestou, deixou de fazê-lo porque seu advogado perdeu o prazo, ou porque não podia naquele momento contestar, ou a demanda lhe é indiferente ou irrelevante economicamente, ou porque, então, há autorização legislativa do procurador-geral do Estado para não oferecer contestação, há uma relação comercial mais extensa entre as partes que se quer preservar, a parte não pode ter anotações de ações distribuídas em seu nome, pois vai participar de uma licitação ou vender um imóvel, alguns fatos alegados pelo autor são verdadeiros e não vale a pena litigar pelos outros ou porque *todos* os fatos alegados pelo autor são verdadeiros.

O raciocínio jurídico do juiz para aplicar a presunção e completar esse "normalmente" reside na fundamentação do desenvolvimento lógico do vínculo entre o fato conhecido e o fato probando, e o necessário contraditório reside em permitir, através do dever de clarificação (artigos 9º e 10, CPC/2015), que a parte a quem a presunção é desfavorável possa alegar uma causa de justificação que exclua este vínculo ou impugnar o raciocínio jurídico do julgador. Como aponta Calamandrei a margem de incerteza no julgamento é menor quando estiver baseado em provas, ao contrário do que ocorre no julgamento fundado sobre simples presunção.³⁹⁹

Pensar desta forma é útil quando analisamos que o julgamento de procedência no caso de revelia é decisão de limitação cognitiva por ausência de contraditório que não gera coisa julgada plena, mas proporcional a este limite cognitivo (Seção 4.4.7 *infra*), e pode ser impugnada, mesmo executiva, através de ação de complementação da cognição, cuja admissibilidade fica condicionada à justificação pelo réu de fato que afaste o vínculo lógico da presunção (Seção 4.5 *infra*).

Compreedemos que a validade epistêmica da presunção está condicionada: 1) à sua utilização como um raciocínio jurídico verossímil, fundamentado na lógica, em regras de

³⁹⁸ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli ed., 2013, p. 156-157.

³⁹⁹ CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: **Opere Giuridiche**. Nápoli: Morano, 1983, p. 617, vol. V.

experiência e nas demais provas produzidas; 2) a não importar em inversão do ônus probatório; 3) à sua utilização, excepcional, como norma de julgamento subsidiária, caso não se possa utilizar, ou não mais exista qualquer outra prova relevante para o julgamento, ou seja, na ocorrência de limitações probatórias intransponíveis e na impossibilidade de produção de outras provas, o julgador poderá, então, utilizar-se das presunções como normas *in procedendo* de julgamento⁴⁰⁰ aplicáveis quando o juiz não dispuser de prova suficiente para *acertar* sua convicção. A técnica da presunção se justifica epistemicamente somente quando não se basta por si, não se transformando em um obstáculo à atividade probatória ou impondo a inversão do ônus probatório; mas sendo reconhecida como mais um elemento do conjunto probatório, ou no caso extremo, em que seja necessária a sua utilização como norma de julgamento com o objetivo de evitar a negativa de jurisdição, em *sibi non liquet*.

3.3.2 Limites probatórios concretos: naturais e econômicos

Permitida pela lei a utilização dos mais diversos meios probatórios, por vezes, na prática, o resultado não se dá como planejado, gerando, na realidade, uma decisão injusta, pois fundada em equivocada avaliação fática decorrente de fatos ou circunstâncias que impõem limites à atividade probatória, como, por exemplo, o perecimento do objeto da prova pericial, o falecimento da testemunha de *visu*, o custo da prova e a gratuidade de justiça.

Estes limites cognitivos probatórios concretos podem, eventualmente, ser evitados através de provimentos cautelares probatórios, como a produção antecipada de provas, e a instituição de fundos públicos ou orçamentos destinados ao custeio das provas periciais ao encargo do Estado, do Ministério Público e dos beneficiários da gratuidade de justiça.⁴⁰¹

Mas se ocorrerem esses limites, a falta somente poderá ser suprida por outras provas – na solução ideal – ou pela utilização de indícios ou presunções, legitimando-se a decisão final

⁴⁰⁰ "Mas alguns entendem que as presunções simples são uma maneira de avaliar as provas e não um meio de prova." Tradução do original: "*Ma alcuni ritengono che le presunzioni semplici siano un modo di valutare le prove più che un mezzo di prova.*" TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli ed., 2013, p. 155. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 58-59, vol. II.

⁴⁰¹ Neste sentido é o § 1º do artigo 91 do CPC/2015: "§ 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova".

e a sua imutabilidade, notadamente na hipótese dos limites naturais como o perecimento da prova.

Jeremy Bentham⁴⁰² aponta algumas limitações naturais da prova testemunhal de caráter psicológico que podem induzir verdades ou falsidades, como disposições morais e faculdades intelectuais. Não nos cabe aqui enfrentar todos os contornos do tema, que vem recebendo especial atenção da doutrina processual através da neurociência⁴⁰³, mas não podemos deixar de descrever brevemente quais os contornos de tais limites naturais à prova testemunhal. Segundo o Tratado das Provas Judiciais⁴⁰⁴, o testemunho é fidedigno de acordo com 1) as convicções morais e 2) as faculdades intelectuais da testemunha, ou seja, sua vontade e sua capacidade de entendimento. As faculdades intelectuais são identificadas pela percepção, julgamento, memória, imaginação e expressão.

As convicções morais enquanto se fundam na veracidade e na atenção se contrapõem à falsidade, à temeridade e ao descuido. O depoimento temerário ou descuidado é aquele no qual a testemunha, sem intenção de mentir, por seu modo de ser, fala mais do que viu ou ouviu; enquanto a testemunha negligente, por pureza de espírito, não se importa de transmitir com precisão os fatos e circunstâncias conhecidos. O testemunho falso se funda em duas causas: o interesse em sentido amplo, até mesmo por um motivo sedutor, ou o hábito de mentir que lhe faz ceder a este interesse, por sua desonestidade. A mentira se dá através da consciência de se estar dizendo a inverdade, mas a inverdade pode decorrer da simples falta de atenção.

A percepção, como expressão das faculdades intelectuais, deve ser levada em consideração pelo juiz para avaliar o testemunho, como deficiências auditivas ou a presença de circunstâncias capazes de gerar enganos, como a fala em língua estrangeira, distantes sussurros ou capacidade de vista.

O julgamento pode diferenciar da impressão recebida pelos sentidos, por vícios de precipitação, ignorância ou falsas opiniões. As condições pessoais de idade, estado de espírito, ou o objeto sobre o qual testemunham, seus conhecimentos acerca deles, podem influenciar positiva ou negativamente o julgamento do que perceberam, viram ou ouviram.

⁴⁰² BENTHAM, Jeremy. **A Treatise on Judicial Evidence**. Masters, Baldwin, Chadock and Joy, Paternoster-Row, Londres: 1825, p. 20-28.

⁴⁰³ TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (coord.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madri: Marcial Pons, 2013.

⁴⁰⁴ BENTHAM, Jeremy. **A Treatise on Judicial Evidence**. Masters, Baldwin, Chadock and Joy, Paternoster-Row, Londres: 1825, p. 21.

A memória se perde com o tempo ou pela debilidade. As pessoas dão maior importância a determinados fatos da mesma maneira que não fixam na memória outros fatos que lhe sejam relevantes, havendo uma associação entre a precisão de certas lembranças e sua importância para a pessoa. Há também determinadas circunstâncias que podem avivar a memória do depoente no momento de seu testemunho como a referência a um detalhe, a vista do causador do dano, um aroma, etc.

Como quarta expressão das faculdades intelectuais, a imaginação produz a falsidade quando substitui a memória na reconstituição do fato pretérito, o que pode suceder com uma criança pequena, ou com várias pessoas diante de uma crença difundida em uma coletividade somada a vagos indícios, ou por crenças sobrenaturais.

A dificuldade de se exprimir também pode representar, por fim, uma dificuldade na identificação da verdade ou da falsidade do fato em um depoimento. A testemunha pode ter conhecido o fato com exatidão, mas a sua forma de descrevê-lo, sua linguagem, ou sua condição emocional, o medo ou a timidez podem externar seu conhecimento de forma equivocada.

Todas essas observações de caráter psicológico ou que levem em conta a funcionalidade cerebral – como as abordagens da neurociência – não possuem, ainda, a fiabilidade científica capaz de torná-las relevantes como meio de prova ou para a avaliação de testemunhos. Detectores de mentira, análises de expressões faciais por meio de computadores, soros da verdade e demais avaliações neurológicas ou psicológicas⁴⁰⁵ não podem ser consideradas nos estudos do processo até que a ciência certifique a sua validade como fonte de prova (*affidabilismo* ou *warranty*): não se tratando, portanto, de doutrina processual. Cremos que a sistematização analítica de Jeremy Bentham, muito brevemente descrita acima, deve ser utilizada pelo juiz como método para organizar e retirar suas impressões acerca das testemunhas, como expressão do contato humano e da obrigatoriedade de avaliação dos testemunhos, mas não dar a estes métodos, como por vezes se quer dar, validade científica. No que diz respeito à neurociência, Michele Taruffo⁴⁰⁶ é deveras preciso em sua crítica, pois não é

⁴⁰⁵ MOLINA GALICIA, René. Neurociencia, neuroética, derecho y proceso. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (coord.). **Neurociencia y proceso judicial**. Marcial Pons, Madri: 2013, p. 68-70.

⁴⁰⁶ “Sin embargo, esta perspectiva, aparte de la relevancia esencial de las consecuencias que de ella se derivan, se basa en una falacia fundamental, que consiste en atribuir a una parte del sujeto humano, eis decir, ao cerebro, habilidades y funciones que son propias del sujeto en su totalidad, con toda la complejidad que se manifiesta en la vida. De ese modo, se puede decir, por ejemplo, que el conocimiento no coincide con un estado neuronal y no puede ser reducido a una actividad cerebral, incluso siendo la actividad cerebral ciertamente necesaria para conocer. No tiene sentido, en otras palabras, decir que el cerebro "decide" y "razona", y tam poco tiene logica relacionar juicios morales con partes o áreas del cerebro. Se puede decir, en esencia, que es preciso tener cerebro para pensar y querer, del mismo modo que es necesario tener cerebro para caminar, pero evidentemente no es el cerebro el que camina, y no es el cerebro, él solo, el que piensa o desea”.

possível reduzir toda a atividade do conhecimento e da vida a meros impulsos cerebrais: o julgar e o analisar, os juízos morais, por exemplo, não se limitam à atividade cerebral, mas são exercitados pelo ser humano como um todo.

Há, por fim, limites concretos resultados da deficiência da administração da justiça, que geram limitação de contraditório e de acesso à justiça ao hipossuficiente, ao não propiciar custeio de prova pericial, por exemplo, que podem se tornar motivo para a revisão da coisa julgada. Foi, neste sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, a qual desconstituiu coisa julgada formada em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por falta de provas, quando era possível, apesar de não ter sido feito, ao tempo do processo, o exame de DNA. Se o sistema de justiça, a Defensoria Pública, o Tribunal, seus respectivos fundos de custeio ou a competente dotação orçamentária não suprirem tais faltas impostas aos hipossuficientes econômicos, a decisão de improcedência por falta de provas poderá ser desconstituída por limitação cognitiva concreta. O fundamento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal foi a ponderação entre a garantia fundamental da coisa julgada e o direito à personalidade consectário necessário da dignidade da pessoa humana. Mas, como vimos, o direito à justa decisão, à garantia da cognição adequada, fundada no correto reconhecimento dos fatos, é também um direito fundamental que pode, na ponderação em concreto, prevalecer aqui e ali sobre a coisa julgada, em especial se o prejudicado, o hipossuficiente econômico, o foi por omissão estatal. Trata-se de violação ao direito de acesso à justiça⁴⁰⁷ que autoriza posterior ação de complementação da cognição.

Outra limitação diz respeito aos custos da prova: deve ser deferida uma prova mais cara que o valor do objeto litigioso? A prova muito custosa deve ser produzida? A visão econômica do processo e alguns sistemas processuais, como o inglês, por exemplo, vêm dando grande relevância à questão do *valor do processo*, de seus custos, notadamente, os dispendidos na fase instrutória. A *Rule 1* das CPR tem por um de seus objetivos primordiais que a Jurisdição seja prestada mediante a distribuição equitativa de seus recursos entre os processos existentes, *verbis*: (*allotting to it (the case) an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases*).⁴⁰⁸ O sistema inglês adota a regra da

TARUFFO, Michele. *Proceso y neurociencia. Aspectos generales* In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (coord.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 23-24.

⁴⁰⁷ GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo**. Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 236.

⁴⁰⁸ ANDREWS, Neil. **The Three Paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England**. Londres: Springer, 2012, p. 12.

proporcionalidade (*principle of proportionality*)⁴⁰⁹ entre o valor da controvérsia e os custos do processo, permitindo que o juiz, na administração destes custos, possa não só inadmitir a propositura da prova requerida que se mostre irrelevante, mas indeferir até mesmo a prova necessária se for desproporcional ao valor da controvérsia. Este sistema difere frontalmente de outros sistemas, como o nosso e o italiano, pois está sustentado na visão tridimensional do Processo Civil, como bem representa Paolo Comoglio: o resultado do processo deve ser justo, produzido em tempo razoável e proporcional em termos de custos na medida do valor da controvérsia.⁴¹⁰

É certo que, como se trata de uma função estatal, a Jurisdição deve respeitar a origem pública de seus recursos e se dar da forma menos custosa para o contribuinte e mais eficiente possível para o jurisdicionado. O juiz, se a prova demandar altos custos, deve optar por outro meio de prova também eficaz mas menos dispendioso para somar ao conjunto probatório. O problema surge se a prova não pode ser substituída por outro meio de convencimento menos custoso ou mediante a aplicação de uma presunção. A solução imediata consiste em afirmar que o juiz terá de produzi-la, pois a qualidade da prestação jurisdicional deve prevalecer sobre o critério meramente econômico, não podendo suprimir o direito de acesso à justiça e redundar em *negativa de jurisdição por custo excessivo da prova*. Esta é a solução de compatibilidade entre a preocupação legítima com os custos da administração da justiça e o contraditório, que prevalece no nosso sistema.

A avaliação da proporcionalidade econômica somente entre o valor do objeto litigioso e o valor da prova desconsidera *prima facie* o direito de acesso à justiça e o valor humano do direito controvertido, que são elementos indispensáveis para a interpretação da ponderação em concreto. Se há necessidade da coleta de material genético em outro país para a identificação da relação de parentesco, o direito à personalidade e a garantia à busca da verdade são elementos que devem ser somados ao valor da prova e do objeto litigioso para compreensão a ser feita na decisão instrutória. Portanto, a economicidade é apenas um dos elementos a ser levado em consideração no processo interpretativo, e não se sobrepõe à devida eficiência qualitativa e cognitiva do processo, ao contraditório ou ao direito à busca da verdade.

⁴⁰⁹ COMOGLIO, Paolo. Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo "up date" delle *Civil Procedure Rules* inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, mar. 2014. Milão: Giuffrè, 2014, p. 152.

⁴¹⁰ COMOGLIO, Paolo. Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo "up date" delle *Civil Procedure Rules* inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, mar. 2014. Milão: Giuffrè, 2014, p. 159.

Outra solução é a adoção da proporcionalidade da coisa julgada em razão da limitação cognitiva probatória. Caso o custo da prova seja de tal monta ou a tecnologia exigida seja de tamanha raridade que sua produção não se torne possível, como já foi algum dia o exame de DNA, se as partes acordarem ou o juiz indeferir a prova em razão da proporcionalidade, inexistente infraconstitucionalmente no nosso sistema como no inglês ressalte-se, a coisa julgada será proporcional a esta limitação cognitiva probatória, podendo sobrevir, no caso de futura acessibilidade ao meio de prova, a propositura da ação de complementação da cognição.

3.3.3 Limites probatórios em concreto: hipóteses de cabimento da ação rescisória

Há limites cognitivos probatórios concretos previstos na legislação brasileira que autorizam a desconstituição da coisa julgada por meio de ação rescisória como àquela fundada em prova falsa e quando é obtida posteriormente prova nova nas hipóteses dos incisos VI e VII do artigo 966 (correspondente ao artigo 485 do CPC/1973). A ação rescisória, nestas hipóteses, se constitui em instrumento processual para complementação da cognição, funcionando como *self-correcting system of checks* para impor a justiça substantiva à decisão.⁴¹¹

Afora algum apuro de redação, a prova falsa não sofreu alterações no CPC/2015: a falsidade pode ser material ou ideológica, reconhecida em processo criminal ou na instrução perante o tribunal, e pode ter contaminado qualquer meio de prova.⁴¹² Sua *ratio* é evitar a *traição*, ou seja, a injustiça da decisão causada por uma prova que enganou a parte prejudicada e o juiz, pois não era verdadeira, evitando-se a eternização da injustiça e do engano.

A segunda hipótese de limite cognitivo que autoriza a desconstituição da coisa julgada é a prova nova. Esta é uma das grandes evoluções positivas do CPC/2015 frente ao CPC/1973, que somente admitia a rescisória na superveniência de documento novo⁴¹³, mas não de outro

⁴¹¹ LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law** – An Essay in Legal Epistemology. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006, p. 142.

⁴¹² YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória** – juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 326.

⁴¹³ Neste sentido MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V.; arts. 476 a 565, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 154; e YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória** – juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 330-331. Em sentido contrário e de acordo com a nova norma do artigo 966, CPC/2015, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 652-653; e TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 621-628.

meio de prova. Interessante notar que este inciso VII foi uma novidade do CPC/1973 e agora a legislação processual dá outro passo na direção da valorização da cognição, pois qualquer prova superveniente poderá autorizar a propositura e o cabimento da rescisória. A alteração é positiva pois a limitação do cabimento à existência de documento novo existente no CPC/1973 parte do preconceito histórico de que a prova documental é substancialmente superior aos outros meios de prova⁴¹⁴, pois mais precisa e segura que estes (*lettres passent témoins*).⁴¹⁵ O processo epistêmico *truth-driven*, como vimos, não deve criar graus de superioridade ou inferioridade entre as provas, mas permitir a sua livre produção, deixando para o julgamento a avaliação das provas produzidas ante o conjunto probatório.

A maioria da doutrina tradicional não admitia a aplicação analógica de "documento" para admitir o cabimento de outro meio de prova documentado, como um depoimento transcrito ou um exame de DNA.⁴¹⁶ Diante da nova definição do inciso VII, qualquer prova permite o cabimento da ação desconstitutiva, quer esteja documentada ou não: foi criada no direito processual brasileiro ação rescisória para desconstituição da coisa julgada decorrente de déficit cognitivo em concreto, com prazo decadencial de 5 (cinco) anos.⁴¹⁷

No entanto, algumas questões interpretativas deverão ser enfrentadas: *primo*, a compreensão do que se entende por novidade da prova testemunhal e da pericial ("prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso") e, *secondo*, como se dará o julgamento de admissibilidade da ação.

Atualmente a doutrina afirma que o documento *novo* é aquele que já existia ao tempo do processo originário: "O adjetivo 'novo' expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já *existisse* ao tempo do processo em que se proferiu a sentença".⁴¹⁸

⁴¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória** – juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 331.

⁴¹⁵ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 146.

⁴¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V.; arts. 476 a 565, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 154.

⁴¹⁷ “Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. § 1º Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o caput, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense. § 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 05 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.”

⁴¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V.; arts. 476 a 565. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 136-137.

Ocorre que esta interpretação é facilitada para a prova documental, pois o existir do meio de prova documental se dá ao fim de sua produção, o que não ocorre com a prova testemunhal e a pericial. Quando é o existir da prova testemunhal ao tempo do processo no qual foi prolatada a sentença rescindenda? Existia a testemunha ou existia o depoimento? Admitir-se-á a rescisória por déficit probatório testemunhal, pois a testemunha podia depor mas era desconhecida ao tempo do processo originário, ou exigir-se-á mais, que o depoimento escrito ou gravado exista ao tempo do processo sentenciado?

Se aplicarmos a mesma interpretação que a doutrina faz para o documento, o cabimento da rescisória de limitação cognitiva probatória testemunhal ficará restrito aos casos de prova testemunhal reduzida a documento que expresse declaração da testemunha, ou seja, prova testemunhal documentada, o que não nos parece se coadunar com o objetivo da norma. Pois, se o conceito de "prova nova" for, como "documento novo", de prova existente e já produzida ao tempo do processo originário mas somente conhecida *a posteriori*, a única forma da prova testemunhal já existir é ter sido produzida e documentada.

Ao nosso sentir, a norma faz prevalecer, neste instante, o direito à prova e à justiça substantiva da decisão sobre a coisa julgada, permitindo a sua revisão quando existia uma prova que não foi produzida – a testemunha estava viva, e o seu depoimento era desconhecido – mas capaz de alterar os rumos do julgamento.

Da mesma forma que a prova testemunhal, mas diferentemente da documental, a prova pericial não possui identificação temporal entre o momento da existência do meio de prova e o momento de sua existência após a produção. Quando é o existir da prova pericial ao tempo do processo no qual foi prolatada a sentença rescindenda? Existia a possibilidade de se realizar a perícia ou existia o laudo? Admitir-se-á a rescisória por déficit probatório pericial, pois a perícia podia mas não foi produzida no processo originário, ou exigir-se-á mais, que o laudo de um perito ou de um *expert* na matéria exista ao tempo do processo sentenciado?

Aqui, como na prova testemunhal, entendemos que a interpretação deve ser favorável à cognição em detrimento da eficácia preclusiva da coisa julgada, pois o objetivo é a correção de injustiças. Assim, se a prova era possível de ser realizada (existência do meio de prova pericial), mas, por alguma razão, era desconhecida da parte ou esta não pode fazer uso – como no caso do DNA do Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, em razão da hipossuficiência econômica da parte – a prova pericial poderá ser *produzida* na ação rescisória.

Eduardo Talamini⁴¹⁹, quando, no sistema do CPC/1973, tenta fazer a adequação da ação de filiação com o exame de DNA, prevê duas hipóteses: ou o exame já se produziu e o laudo é apresentado na inicial como documento ou a parte pretende que o exame seja feito e se trata de *pedido de nova prova na rescisória*. Ressaltamos, inicialmente, que o laudo produzido fora do processo é somente uma prova documental e não uma prova pericial que exige o procedimento de produção previsto em lei, com perito designado pelo juízo. Talamini, procurando adequação ao inciso VII do artigo 485 do CPC/1973, afirma que somente no caso de existir laudo de DNA, mesmo posterior à sentença rescindenda, é que será possível propor a rescisória com base neste inciso⁴²⁰ e que, quando tratar-se de novo pedido de provas, não será possível a rescisória mas a "quebra atípica da coisa julgada" por configurar-se "sentença inconstitucional", quando à época do processo não havia exame de DNA, ou poder-se-á adequar ao inciso V, do artigo 485, quando era possível o exame mas este não foi feito, considerando tratar-se de violação ao devido processo legal (artigo 5º, LIV, CR), à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, LV, CR). Estas questões parecem superadas ante a nova norma, pois, na nossa interpretação, tratar-se-á de pedido de prova pericial nova, pelo inciso VII do artigo 966, sendo desnecessária a quebra atípica.

Restaria, no entanto, a hipótese na qual o exame não foi feito no processo originário porque a parte se recusou e o juiz aplicou a presunção prevista na Súmula nº 301 do STJ, *verbis*: em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Neste caso, a única forma de adequarmos ao requisito específico do inciso VII do artigo 966 seria permitir a propositura da rescisória com laudo pericial documentado produzido após a coisa julgada rescindenda, trazido pelo filho comprovando que outro homem é seu pai e não o réu da ação de investigação de paternidade originária julgada procedente, ficando claro que a decisão foi injusta e violadora do direito à personalidade do autor *superior* à garantia da coisa julgada. Não será possível a propositura da rescisória para nova prova pois, primeiro, a aplicação da presunção se deu de forma justa em razão da recusa injustificada do réu recalcitrante e, segundo, porque, ou não haverá interesse do autor em renovar a ação de paternidade, pois para ele foi julgada procedente, ou o réu não poderá propor ação rescisória para, agora arrependido, realizar o exame de DNA, pois ele mesmo foi o causador da falta, por sua recalcitrância no processo originário. Neste caso, o pai não poderia propor a rescisória, não pela novidade da prova, mas porque lhe faltaria o requisito

⁴¹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 623-624.

⁴²⁰ Neste sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. In: **Temas de Direito Processual** – Nona Série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 264.

do desconhecimento ou da impossibilidade de fazer uso da prova no processo originário ("cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso").

Ainda quanto à prova pericial, parece-nos razoável admitir a sua produção quando a novidade disser respeito à tecnologia empregada para avaliar a existência do fato, ou seja, quando apesar de ter sido produzida prova pericial no processo originário, ao seu tempo, não havia ("de que não pôde fazer uso") como há agora, ao tempo da rescisória, nova tecnologia mais precisa ou que tenha superado a anteriormente utilizada.

Não sabemos que rumo a doutrina e a jurisprudência tomarão na interpretação do artigo no que diz respeito aos outros meios de prova que não o documento, mas não é possível adequar a compreensão do que seja "novo", "existência ignorada" e "de que não pode fazer uso" para documento da mesma maneira para outros meios de prova. A exigência da existência do meio de prova ao tempo do processo onde foi prolatada a sentença rescindenda – documento existente, testemunha existente e técnica pericial existente – já é restrição interpretativa bastante e justa, que equilibra as garantias da coisa julgada e da cognição adequada.

Quanto à questão do juízo de admissibilidade da rescisória, a identificação do adjetivo *novo* da prova também produz reflexos. Como qualquer ação, a rescisória passa *ab initio* pelo julgamento de admissibilidade no qual o juiz verifica se o pedido veicula um dos requisitos intrínsecos de cabimento, previstos nos incisos do artigo 966, CPC/2015. Nesta nova conformação, o autor deverá demonstrar na inicial que a prova *nova* já existia ao tempo do processo anterior e que não foi produzida porque a desconhecia ou que não pode utilizá-la. Tais provas, então, ou deverão estar demonstradas documentalmente junto à inicial – como o depoimento escrito, o laudo pericial ou as peças de autos de outro processo – ou a exordial deverá descrevê-las de forma minudente quanto ao seu objeto, alcance e conteúdo. Ou melhor, deverá descrever que a prova é nova – existia ao tempo do processo originário nos moldes vistos acima – e é suficiente à alteração do julgado ("capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável") para a admissibilidade da ação, e demonstrar, ou melhor, produzir a prova na rescisória para obter a procedência do pedido.

Não há dúvida de que será epistemicamente superior que a prova – principalmente no caso da testemunhal – seja produzida em respeito ao princípio da *imedidade*, no tribunal, perante os julgadores da ação rescisória, aplicando-se a regra da carta de ordem do artigo 972, CPC/2015⁴²¹, somente subsidiariamente quando tratar-se de uma prova pericial.

⁴²¹ "Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para a devolução dos autos."

3.4 Limites à cognição impostos pela ineficiência das normas processuais não probatórias: a fisiologia interna do processo

O processo cognitivo, epistêmico, *truth-driven*, é instrumentalizado para cumprir sua finalidade de prestar jurisdição, mas nesse percurso é um método de "seleção, controle e utilização de informações", sendo melhor ou pior de acordo com a eficiência das normas probatórias, mas também das outras normas e práticas processuais que estruturam esse caminho.

Todas as normas e práticas processuais podem influenciar positiva ou negativamente a capacidade do processo de gerir o fluxo de conhecimento necessário à obtenção da verdade dos fatos. Como afirma Callari⁴²², a *fisiologia interna do processo* deve perseguir o objetivo de alcançar na decisão a maior correspondência possível com o que ocorreu. Michele Taruffo⁴²³, apesar de concentrar seu estudo nas regras probatórias, aponta que "Em todo o procedimento de caráter epistêmico há importância decisiva no método, ou seja, a própria modalidade como vêm selecionadas, controladas e utilizadas as informações que servem para demonstrar a verdade da conclusão". Também Larry Laudan reconhece que, além das normas probatórias, outras normas, práticas e procedimentos processuais podem tornar-se obstáculos ao alcance da verdade e causa de erros nas decisões judiciais. Para Laudan, as escolas de Direito que separam no estudo da *legal epistemology*⁴²⁴ as normas processuais das outras se equivocam. Analisando o processo penal, o autor exemplifica como regras processuais que influenciam uma boa prestação jurisdicional a forma como os jurados são selecionados, que espécies de julgamentos são passíveis de recurso, quem pode interrogar quem, que instruções o juiz deve dar aos jurados, que parâmetros o juiz deve utilizar para suas várias decisões, etc.

Os prazos processuais legais e adaptados judicialmente são exigências legítimas, evidentemente, que facilitam e até mesmo propiciam a evolução do processo em direção aos seus objetivos. Mas a limitação exacerbada de prazos de um processo formalmente sumário pode prejudicar de tal maneira a cognição e o contraditório que se transmude em uma limitação

⁴²² CALLARI, Francesco. Verità processo prova certezza: il circuito euristico della giustizia penale. **Rivista di Diritto Processuale**. Milão: CEDAM, ano LXVIII (Seconda Serie), n. 6, nov.-dez. 2013, p. 1351.

⁴²³ Tradução do original: "*In ogni procedimento di carattere epistemico ha importanza decisiva il metodo, ossia l'insieme delle modalità con cui vengono selezionate, controllate e utilizzate le informazioni che servono a dimostrare la verità delle conclusioni*". TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 139.

⁴²⁴ LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law** – An Essay in Legal Epistemology. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006, p. 117 e 141.

cognitiva apta a afastar a formação da coisa julgada ou torná-la proporcional⁴²⁵, como veremos no Capítulo 4 *infra*. Recordemos da norma revogada do artigo 3º do processo de busca e apreensão por alienação fiduciária do Decreto-Lei nº 911/1969⁴²⁶, que previa, na sua redação original, a apresentação de contestação pelo réu no prazo de 3 (três) dias. A fixação de prazos proporcional ao ato a ser praticado não é limitação cognitiva, mas exigir que alguém contate um advogado ou defensor público, junte documentos e prepare uma defesa minimamente legítima no prazo de 3 (três) dias transforma esse processo formalmente sumário em processo com limitação cognitiva e coisa julgada proporcional a esta cognição permitida.

Da mesma forma, a garantia constitucional à motivação objetiva da sentença (artigo 93, IX, CR, e artigo 489, § 1º, do CPC/2015) é norma processual que, apesar de não ser probatória, é fundamental para um processo epistêmico, pois o juiz se vê obrigado a fundamentar suas razões nas provas e nos argümentos constantes dos autos. Movido pela obrigação de motivar, o juiz inicia e atravessa a fase instrutória mirando construir e fundamentar seu raciocínio jurídico e justificar objetivamente a decisão. O Direito Processual italiano civil e criminal exige que a motivação enfrente todas as questões e provas constantes do processo (artigo 115 do Código de Processo Civil e artigo 546, *comma* 1º, do Código de Processo Penal). A norma processual penal exige tanto a demonstração das "*prove poste a base della decisione*" como "*ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie*". Em sentido contrário e evidentemente contraepistêmica é a orientação do Superior Tribunal de Justiça⁴²⁷ que permite

⁴²⁵ "Para a produção da coisa julgada assume papel decisivo, portanto, a estrutura do procedimento, que deve ser voltada ao desenvolvimento da função declarativa dos direitos, sendo o juiz chamado a fixar a regra do caso concreto, com o necessário respeito aos *standards* das garantias fundamentais mínimas, sob pena de inconstitucionalidade total ou parcial das formas processuais." SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição Sumária – Limites impostos pelo Contraditório no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 249.

⁴²⁶ Além de formalmente sumário este processo era materialmente sumário em razão de suas limitações de exceções. A norma do artigo 3º revogado pela Lei nº 13.043/2014 era a seguinte: "Art 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.- § 1º Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação de mora. § 2º Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais. § 3º Requerida a purgação de mora, tempestivamente, o Juiz marcará data para o pagamento que deverá ser feito em prazo não superior a dez dias, remetendo, outrossim, os autos ao contador para cálculo do débito existente, na forma do art. 2º e seu parágrafo primeiro. § 4º Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o Juiz dará sentença de plano em cinco dias, após o decurso do prazo de defesa, independentemente da avaliação do bem. § 5º A sentença, de que cabe apelação, apenas, no efeito devolutivo não impedirá a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente e consolidará a propriedade a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário. Preferida pelo credor a venda judicial, aplicar-se-á o disposto nos artigos 1.113 a 1.119 do Código de Processo Civil. § 6º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior". Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 ago. 2015.

⁴²⁷ AgRg no REsp 1437063 / RS, AgRg no AREsp 447165 / RS e AgRg no AREsp 139280 / TO.

ao órgão julgador fundar sua decisão em uma justificativa somente, não estando obrigado a valorar as outras alegações das partes. Um dos maiores avanços implementados pelo CPC/2015, que aflige diretamente à cognição, é a norma do § 1º do artigo 489, que exige, sob pena de nulidade, a fundamentação analítica das decisões pelo juiz.

A independência do julgador, controlada pelo princípio constitucional do juiz natural e pelas regras de *terzietà*, também tem a função de reduzir erros de julgamento decorrentes do comprometimento psicológico, político ou pessoal dos julgadores, possibilitando a legítima busca da verdade.⁴²⁸ Da mesma forma, a fixação de competência *ratione materiae* valoriza a cognição, pois, para o julgador especialista na matéria, a obtenção de conhecimento relevante estará facilitada, pois habituado àquela espécie de conflito.

As normas que penalizam a má-fé processual, a conduta procrastinatória e desleal, são normas não probatórias que valorizam a cognição pois cerceiam práticas que desviam o processo do caminho da verdade.

Coerente com a função epistêmica do contraditório, as normas processuais que melhoram a participação, a cooperação e a influência das partes nas decisões e no desenvolvimento da reconstrução histórica dos fatos valorizam a oralidade e qualificam a cognição processual. Exemplo disto são as normas que determinam as funções que devem ser desenvolvidas na fase preparatória do processo bifásico pois a definição do *quod decidendum* e do *quod probandum* através do contraditório busca impedir o retorno às fases anteriores e permitir que o processo siga à fase instrutória seguro do que pretende alcançar. As regras indispensáveis a uma fase preparatória eficiente, como o dever de clarificação, a possibilidade de *mutatio libelli*, a admissibilidade das provas e o saneamento com a participação das partes, a cooperação e o firme controle judicial da boa-fé processual⁴²⁹, são expressões do princípio do contraditório, que elevam a eficiência do processo como meio para conhecer o conflito, aprimorar a cognição e produzir decisão justa.

Por outro lado, são prejudiciais à produção de conhecimento aquelas normas que fragmentam o processo em múltiplos incidentes, com várias audiências e debates, impõem

⁴²⁸ "[...] as garantias de independência da magistratura são condições básicas para que a decisão do juiz seja a mais objetiva possível, ou seja, conforme seja resultado das provas e da lei." Tradução do original: "[...] le garanzie di indipendenza della magistratura sono la condizione base perché la decisione del giudice sia il più possibile oggettiva, ossia conforme a quanto risulta dalle prove e dalla legge". FERRUA, Paolo. **II 'giusto processo'**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 35.

⁴²⁹ FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 179. ARAUJO, José Aurélio de. A eficácia epistêmica da fase preparatória do processo bifásico. **Revista de Processo**, vol. 241, mar. 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 369-410.

preclusões abstratas e peremptórias, tornam o saneador escrito regra, impõem a distância entre a audiência de instrução e julgamento e a decisão final. A fragmentação não só torna o processo lento e demorado como reduz a qualidade da cognição; ela reduz tanto a eficiência qualitativa quanto a quantitativa do processo.

Conclui-se, então, que não só as normas eminentemente probatórias mas também outras normas e práticas processuais que valorizam a participação das partes são igualmente importantes e determinantes para a função epistêmica do processo, notadamente a participação das partes na *construção* do processo adequado.

3.5 A duração razoável do processo como limite temporal à cognição

O contraditório não é contraponto necessário à celeridade. Se as partes estão participando do processo de boa-fé dirigidas ao encontro da verdade, se o provimento não carece de solução urgente ou se já houve o deferimento de provimento de urgência, o contraditório está de acordo com a duração razoável do processo o quanto dure, pois, ninguém quer seu fim *ex abrupto*, sem uma solução correta, justa e veraz para o conflito.

Mas o contraditório pode transmudar-se em malefício, em disfunção, quando as partes se desviam do caminho da verdade e passam a agir de má-fé, fazendo alegações e requerimentos de provas desnecessários ou interpondo recursos meramente protelatórios: mais então não será mais contraditório. Também, por outro lado, a demora não é sempre positiva ao contraditório. Se os atos são fracionados ao longo do tempo, se a demora é longa entre a colheita das provas em audiência e a decisão final, a qualidade da prestação jurisdicional cognitiva pode restar comprometida em razão das deficiências de memória do juiz. Assim, o efeito destrutivo do tempo para a memória e para a capacidade probatória é da mesma forma prejudicial ao contraditório e, portanto, à função epistemológica do processo. Assim, Alberto Tedoldi⁴³⁰:

⁴³⁰ Tradução do original: “*Non solo per il connotato d'ingiustizia che inquina la sentenza emessa fuori tempo massimo, quand'anche corretta e accurata, magari dopo lustri dall'episodio della vita che ha dato origine alla controversia (justice delayed is justice denied), ma anche perché, se passa molto tempo tra il verificarsi dei fatti, l'istruzione probatoria e la decisione, diminuiscono l'attendibilità delle fonti e le probabilità di corretta valutazione delle prove: meglio dunque, anche ai fini della ricostruzione dei fatti, un'istruttoria rapida e concentrata, dinanzi a un medesimo giudice, anziché prove assunte a distanza di anni dai fatti, da giudice diversi da quelli poi chiamati a decidere.*” TEDOLDI, Alberto. Processo civile e giudicato "alla deriva". In: CIPRIANI, Franco (coord.). **Il Giusto Processo Civile** – Rivista Trimestrale. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VIII – n. 4/2013. Milano: 2013, p. 1068.

Não só pela conotação de injusta que inquina a sentença prolatada após o tempo máximo, mesmo que correta e acurada, apesar de ilustrar o episódio da vida que deu origem à controvérsia (justiça demorada é justiça denegada), mas também porque passando muito tempo entre a verificação do fato, a instrução probatória e a decisão, reduz-se a confiabilidade das fontes e as probabilidades de correta avaliação das provas, melhor, portanto, com o objetivo de reconstruir os fatos, que se tenha uma instrução rápida e concentrada, diante de um mesmo juiz, ao invés de provas produzidas depois de um ano dos fatos, diante de juiz diverso daquele depois chamado a decidir.

A busca da verdade não pode ser eterna: negar a urgência ou a celeridade é negar acesso à justiça; para tanto, é que se constituem elementos do justo processo⁴³¹, como direito fundamental, a celeridade, a brevidade, ou melhor, a duração razoável do processo, expressas no inciso LXXVIII, do art. 5º da CR. Da mesma maneira que a exorbitância da busca pela verdade absoluta e eterna e a possibilidade de produção interminável de alegações e de provas pelas partes podem violar o próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição, resultando em *non liquet*, a celeridade inadequada, aplicada de forma exorbitante, quando se está buscando uma decisão justa, é da mesma forma negativa do Acesso à Justiça. De acordo com Jean-Claude Magendie, Presidente da Corte de Apelação de Paris, no Relatório acerca da celeridade e da qualidade da Justiça francesa de 15/06/2004, conhecido como *Rapport Magendie I*⁴³²:

A celeridade não é um elemento entre outros que favorecem uma justiça de qualidade. Ela não é um valor em si; ela sequer constitui um objetivo em si. Ao contrário: a justiça é prestada ao final de um processo jurisdicional. O julgamento é um processo que demanda tempo. Esse tempo é necessário.

Citando diversas sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos, Antonio Carrata⁴³³ afirma o mesmo: que a celeridade não é um valor absoluto e deve ser balanceada com outros valores fundamentais como o contraditório, o direito de defesa e a exigência de uma correta administração da justiça.

Então, não é correto contrapor *prima facie* o contraditório à duração razoável do processo, mas o tempo pode tornar-se um limitador ilegítimo da cognição, a partir do instante

⁴³¹ Está no art. 111, *secondo comma*, da Constituição italiana, conforme a redação dada pela Lei delegada nº 23, de novembro de 1999: “*la legge ne assicura la ragionevole durata*”, conforme COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e Técnica del “Giusto Processo**. 1. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 41.

⁴³² Tradução do original: “*La célérité n'est qu'un élément parmi d'autres qui favorise une justice de qualité. Elle n'est pas une valeur en soi; elle ne constitue pas un objectif en soi. C'est presque le contraire: la justice est rendue à l'issue d'un processus juridictionnel. Le procès est un processus qui réclame du temps. Ce temps est nécessaire*”. **Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel**. Rapport au gard de Sceaux, ministre de la Justice. Paris: La documentation française, 2008, nota 5, p. 25.

⁴³³ CARRATA, Antonio. Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari. In: CARRATA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 21.

em que passa a ser mal utilizado: 1) quando se alonga por demais, inadequado ao processo e à sua complexidade, em razão da má-fé das partes, da ineficiência da administração da justiça ou do próprio processo legalmente previsto; ou 2) quando se reduz por demais, impossibilitando que a cognição seja capaz de produzir uma decisão justa, maximizando erros de julgamento. Conclui-se, portanto, que a duração razoável do processo deve ocorrer na medida da cognição adequada ou, como na expressão peninsular, deve-se equilibrar “a exigência de ser célere com a exigência de ser breve” (“*l’esigenza di far ‘presto’ e con l’esigenza di far ‘bene’*”).

O provimento cautelar, por outro lado, é uma limitação legítima à cognição, pois responde à duração razoável e ao contraditório: o perigo de perecimento do direito que a urgência impõe permite que se limite a cognição, classificada de sumária, para que o próprio provimento cognitivo posterior tenha eficácia, pois, se o direito perecer antes do julgamento, o provimento cognitivo perderá sua necessidade. A urgência impõe logicamente a sumaridade da cognição, como limite temporal⁴³⁴:

Da urgência decorre a cognição sumária; da cognição sumária decorre a provisoriedade, segundo a qual a ausência de cognição exaustiva não permite que a medida cautelar tutele definitivamente o interesse por ela resguardado. Daí resulta que a medida cautelar não tem por finalidade e não é apta a tutelar definitivamente esse interesse que, a qualquer momento, poderá ser objeto de um provimento definitivo em um processo de cognição exaustiva.

Neste sentido, o contraditório postergado deve ser excepcional, mas, se indispensável a concessão do provimento cautelar, a cognição posterior deverá ser plena e exaustiva, conforme pondera José Roberto dos Santos Bedaque⁴³⁵:

a utilização abusiva da tutela cautelar antecipatória, muitas vezes para obtenção de soluções definitivas, com violação ao contraditório à ampla defesa, acabou por transformá-la, na prática, em via sumária de solução de controvérsias, nem sempre adequada ou necessária à efetividade do processo.

A preclusão também é um limite legítimo que serve à duração razoável do processo quando veda o retorno a momentos processuais anteriores, mas não impede a produção de prova necessária à verdade ou não limita o contraditório. A preclusão, como regra absoluta que cerceia

⁴³⁴ GRECO, Leonardo. A Função da Tutela Cautelar, Rio de Janeiro: 2007. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Direito Civil e Processo** – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829-843.

⁴³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

o direito autônomo à prova e à busca da verdade, é ilegítima. O juiz, se a prova for indispensável ao julgamento, pode relativizar a preclusão e admitir a prova, a bem da cognição, mas deverá, por outro lado, aplicar contra a parte que trouxe a prova extemporânea as penalidades da litigância de má-fé.⁴³⁶ Protege-se, assim, a busca da verdade sem incentivar os atos protelatórios.

A celeridade do procedimento em regra não é um limitador da cognição. Os procedimentos sumário (artigo 273 e seguintes do CPC/1973) e sumaríssimo (Lei nº 9.099/95) são plenários rápidos, formalmente sumários, ou seja, são concentrados em atos e prazos, mas não produzem redução de cognição e, portanto, podem gerar coisa julgada. O processo é mais curto, célere, porque o objeto litigioso permite que assim seja. Para o objeto litigioso simplificado, não há necessidade de um processo comum ordinário mais longo, permitindo a concentração do rito. A celeridade é fruto da proporcionalidade da duração do processo em decorrência da complexidade do objeto litigioso. Mas, se a limitação de atos e prazos começa a tornar o processo *menor* que o objeto litigioso, tornando-se desproporcional e gerando limitações cognitivas, o processo passa de formalmente para materialmente sumário, incapaz de produzir coisa julgada. É o fenômeno que ocorre com os Juizados Especiais Cíveis como se verá a seguir (Seção 4.4.2. *infra*).

Ressalte-se, por fim, que não se está a cogitar conflito aparente entre princípios, pois a duração razoável do processo não está no mesmo nível principiológico que o contraditório, a cognição adequada e a decisão justa. Enquanto estes são princípios de conteúdo, substantivos, que dizem respeito à qualidade da prestação jurisdicional, aquele é um princípio secundário,

⁴³⁶ Esta foi a solução utilizada pelo Anteprojeto de reforma do direito probatório no processo civil brasileiro, produzido pelo Grupo de Estudos Observatório das Reformas Processuais: “Art. 20. A verificação dos prazos estabelecidos nesta lei para a proposição e produção das provas destina-se a assegurar a boa marcha do processo e a observância do princípio da confiança legítima. § 1.º É admissível a produção da prova ainda que tardiamente requerida. § 2.º Salvo motivo legítimo, se da produção tardia resultar adiamento do calendário, a parte proponente será condenada em multa (art. 6.º, §§ 1.º e 3.º a 5.º) e ressarcimento das custas decorrentes do atraso. § 3.º São motivos legítimos, dentre outros: I – a proposição, na primeira oportunidade que a parte tiver de falar nos autos: a) de fatos ou provas supervenientes; b) de fatos ou provas conhecidos após os articulados; ou c) de provas que se tornaram acessíveis ou disponíveis posteriormente. II – a proposição de novas provas para contrapô-las às produzidas no processo ou às novas alegações da parte contrária; III – a proposição de novas provas para atender à redistribuição do ônus da sua produção (art. 12), para possibilitar a apreciação de questão cognoscível de ofício pelo juiz ou para elucidar questões definidas na fixação dos pontos controvertidos; IV – a proposição e produção de novas provas quando, mesmo após a produção das provas inicialmente propostas, permaneça controvérsia sobre determinado fato, que por esse meio possa ser elucidada. § 4.º Salvo disposição expressa em contrário, o disposto neste artigo se aplica a todos os procedimentos e em todos os graus de jurisdição” (A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro. Anteprojeto de reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**, vol. 240, fev. 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 81-82).

atinente à forma, não sendo possível falar em ponderação entre tais princípios, pois um se sobrepõe ao outro. Neste sentido, afirma Paolo Ferrua⁴³⁷:

Naturalmente nem todos os princípios estão sobre o mesmo plano. Função cognitiva do processo, imparcialidade do juiz, direito de defesa, são valores primários de justiça. A duração razoável do processo desenvolve um papel subsidiário, como condição de eficiência, qualidade adverbial de uma justiça que pode ser mais ou menos tempestiva. O termo 'subsidiário' não é utilizado em termos pejorativos, designa simplesmente uma ordem lógica, uma escala na definição de valores.

3.6 Limites à cognição impostos pela autonomia de vontade e pela liberdade individual

A presente Seção analisa os limites cognitivos impostos pela autonomia da vontade das partes, o que ocorre, por exemplo, nos acordos e atos de disposição de vontade, processuais e materiais, homologados judicialmente ou não, como a transação, a renúncia ao direito material, o reconhecimento do pedido, a limitação do efeito devolutivo, a contumácia, os negócios processuais, a ação monitória não embargada⁴³⁸, etc. A questão é: pode o consenso ou a vontade de dispor de uma parte substituir a busca da verdade na Jurisdição? Ou na famosa expressão de Taruffo⁴³⁹: *Verità negoziata*?

Para tanto, devemos fixar previamente algumas premissas. Primeiramente, não se pode dar maior valor epistêmico para os enunciados descritivos das partes do que eles realmente possuem. Vimos que são importantes fontes de prova (Seção 1.8 *supra*), mas não é a existência de um enunciado afirmando que o fato ocorreu ou a ausência de um enunciado negando a

⁴³⁷ “Naturalmente non tutti i principi stanno sullo stesso piano. Funzione cognitiva del processo, imparzialità del giudice, diritto di difesa, sono primari valori di giustizia. La ragionevole durata svolge un ruolo sussidiario, come condizione di efficienza, qualità avverbiale di una giustizia che può essere più o meno tempestiva. Il termine 'sussidiario' non va inteso in senso riduttivo, designa semplicemente un ordine logico, una cadenza nella definizione dei valori.” FERRUA, Paolo. **Il 'giusto processo'**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 113-114.

⁴³⁸ A ação monitória não embargada será tratada de forma detida na Seção 4.4.5, *infra*.

⁴³⁹ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 122. O mesmo questionamento é feito por Salvatore Patti: “Em outros termos, as partes podem dispor das provas – e portanto do resultado do processo – assim como dispor do próprio direito? Ou o recurso ao processo subordina a autonomia das partes ao accertamento da verdade, entendida como escopo principal do próprio processo?”. Tradução do original: “*In altro termini, le parti possono disporre delle prove – e quindi del risultato del processo – così come dispongono dei loro diritti? Oppure il ricorso al processo subordina l'autonomia dei privati all'accertamento della verità, intesa come scopo principale del processo stesso?*”. PATTI, Salvatore. La disponibilità delle prove. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Numero Speciale, La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)), Supplemento al Fascicolo 1/2011. Giuffrè: Marçò, 2011, p. 79.

existência de um fato, como na revelia, que qualifica o enunciado como verdadeiro ou falso.⁴⁴⁰ Se o autor afirma que um fato é verdadeiro e o réu concorda com ele, reconhecendo o pedido, ou se o réu deixa de contestar, essa ação ou essa omissão não transformam o enunciado em verdadeiro ou em falso. Somente a adequação do fato à realidade mediante a justificação probatória ao final do processo é que poderá qualificar o enunciado. Então, mesmo que as partes acordem a solução do conflito de interesses neste ou naquele sentido, isso não importa na qualificação de verdadeiro do enunciado ou de sua falsidade. O acordo soluciona o conflito, mas só alcança a verdade ocasionalmente.

A segunda premissa diz respeito à função da Jurisdição e sua relação com a busca da verdade. Quando Giovanni Tuzet⁴⁴¹ aborda o esforço de parte da doutrina para diferenciar a verdade material da verdade formal, observa que a Jurisdição, notadamente no âmbito da *common law* ou, na qualificação de Damaska dos *reactives states*⁴⁴², tem por objetivo a solução de conflitos independente da busca da verdade dos fatos conflituosos.⁴⁴³ Nestes Estados o sistema *adversarial* de busca da prova despreza a verdade *substantiva* como meta, mesmo na função de adjudicação, pois, tendo ou não alcançado a verdade fática, o que importa é a pacificação.⁴⁴⁴ No sistema precipuamente dispositivo, o importante é a pacificação dos conflitos, apaziguando o tecido social, independente da verdade, enquanto, no sistema prevalentemente inquisitório, o objetivo é a aplicação da lei, através da verdade material dos

⁴⁴⁰ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 128.

⁴⁴¹ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 97-102.

⁴⁴² DAMASKA, Mirjan R.. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1986, p. 73-80.

⁴⁴³ DAMASKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1986, p. 75.

⁴⁴⁴ “Um processo legal com o objetivo de maximizar a resolução do conflito mas que não aspira simultaneamente a maximizar de modo acurado a instrução probatória. [...] O veredito no modo de solução do conflito não é tanto um pronunciamento sobre o estado real do mundo já que é uma decisão com o fito de solucionar o debate entre as partes, assim como um tratado de paz colocando fim a um combate. [...] A possibilidade de formas extremas de *laissez-faire* residir mais nas concepções da verdade é mais um produto do debate do que um espelho da realidade que não precisa ser conjecturada”. Tradução do original: “A legal process aimed at maximizing the goal of dispute resolution thus cannot simultaneously aspire to maximize accurate fact-finding. [...] The verdict in the conflict-solving mode is not so much a pronouncement on the true state of the world as it is a decision resolving the debate between the parties, like a peace treaty putting na end to combat. [...] The possibility that extreme forms of *laissez-faire* rest on conceptions of the truth is more a product of a debate than as a mirror of reality need not be conjectured”. DAMASKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1986, p. 123.

fatos. Forjaram-se assim as tradicionais dicotomias entre verdade material e verdade formal, princípio dispositivo e princípio inquisitório.

Taruffo⁴⁴⁵ repudia a dicotomia entre as espécies de verdade simplesmente porque não se pode admitir a existência de duas verdades. Não se pode afirmar, segundo o autor, que exista uma verdade formal interna ao processo em contraposição a uma verdade real externa ao processo, pois o enunciado é verdadeiro ou falso em decorrência de sua justificação probatória, quer esteja no processo, quer esteja fora do processo. Se a solução da decisão não condiz com a verdade *fora do processo*, não há aí outra verdade, mas sim um enunciado falso. Como ressalta Tuzet⁴⁴⁶, se a reconstrução do fato promovida no processo não corresponde à verdade fática, não se trata de uma verdade formal, mas de uma falsidade ou de um erro de julgamento.

Não se pode admitir, então, que um juiz racional julgue com base em uma verdade que não o é de *per se*, criando uma verdade processual desvinculada da verdade fática, só para resolver um problema. A promessa do Estado de Direito de proteção aos direitos individuais só pode ser alcançada se restarem definidos mediante a verdade os fatos e a aplicação correta da norma jurídica (Seção 1.1, *supra*)⁴⁴⁷. Assim, a jurisdição e a responsabilidade moral de cada juiz⁴⁴⁸ devem dirigir-se para o objetivo de julgar com base na verdade dos fatos litigiosos, sendo este, como já visto, um dos três caracteres que definem a decisão como justa.

Como terceira premissa lógica, devemos recordar que o Estado de Direito não pode avançar sobre as liberdades individuais, notadamente nos casos de disposição de bens e de interesses que compõem o universo patrimonial do indivíduo, do seu direito de propriedade. A liberdade é tanto um dos princípios da Justiça na filosofia de John Rawls⁴⁴⁹ como um princípio soberano a ser respeitado pelo Estado de Direito legítimo segundo Ronald Dworkin⁴⁵⁰, para quem a liberdade negativa (autonomia ou *freedom*) consiste na impossibilidade de as decisões

⁴⁴⁵ TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 83-85.

⁴⁴⁶ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 99.

⁴⁴⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 257.

⁴⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 158.

⁴⁴⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64.

⁴⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 559-561 e 573-575.

coletivas influírem na esfera de assuntos e de questões pessoais dos indivíduos. Impor a verdade ao particular em contraposição ao seu direito de liberdade importa em autoritarismo e subjetivismos inadmissíveis no Estado de Direito.

Mas, da mesma forma que não é absoluta a dicotomia entre os dois objetivos da Jurisdição nos vários sistemas processuais⁴⁵¹, estando de fato misturadas as concepções de *reactive state* e *active state* de Damaska⁴⁵², é possível observar expressões fenomenológicas dos dois objetivos no âmbito da jurisdição. O juiz, para proceder à formulação da regra jurídica concreta aplicável ao conflito, mediante julgamento justo, deve seguir a partir da política da verdade; mas, quando procede à homologação de atos unilaterais ou bilaterais praticados pelas partes no exercício de sua liberdade individual⁴⁵³, como a transação, o reconhecimento do pedido pelo réu ou da renúncia ao direito material pelo autor (artigo 269, II, III e V), estará, simplesmente, exercendo a função de pacificação do conflito sem conhecer a verdade dos fatos, pois sua cognição será rarefeita, limitada à verificação dos requisitos formais, sem adentrar ao mérito da transação. Há evidente corte de cognição, pois o juiz não vai proceder à verificação justificada dos enunciados fáticos inverídicos das partes.

É possível identificar, portanto, que, mesmo na tradição do sistema continental europeu, há situações nas quais a liberdade individual, a autonomia individual, dirige-se ao objetivo único de pacificar o conflito, independentemente, da verdade fática. Adotando o exemplo de Tuzet⁴⁵⁴, se o juiz se vê diante de um conflito no qual o objeto é a determinação do valor de um bem em 1 ou em 2 milhões, deverá buscar provas para reconstruir a verdade sobre o valor do bem. Mas se, dentro da sua liberdade individual, garantida pela Constituição da República na norma do *caput* do artigo 5º, as partes celebrarem acordo reconhecendo que o valor do bem é de 500 mil ou de 3 milhões, tratando-se de direito disponível, ou melhor, havendo espaço de autodeterminação, a atuação do juiz não poderá avançar a liberdade das partes, limitando-se a observar a presença dos requisitos formais para a celebração da avença.

⁴⁵¹ DAMASKA, Mirjan R.. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1986, p. 72.

⁴⁵² DAMASKA, Mirjan R.. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1986, p. 92.

⁴⁵³ Tratar-se-ia aqui de uma forma de *reactive proceeding* como nos processos criminais da *common law* e da *civil law*, como o alemão, que permitem o *bargaining* como forma de pacificação do conflito com base na autonomia do indivíduo. DAMASKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1986, p. 94-96.

⁴⁵⁴ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 100-101.

Quando duas partes celebram no processo um acordo acerca de um objeto, e um terceiro reivindica este mesmo objeto, o acordo, como cedição, não lhe atinge, pois não participou do processo ou do acordo homologado. A justificativa imediata, justa e garantística, é de que os efeitos daquele processo não podem atingir o terceiro, porque ele não participou do processo, o que violaria o contraditório, o devido processo legal, etc.⁴⁵⁵ A afirmativa é verdadeira e bastante para justificar sua conclusão, mas o que está subjacente a esta garantia de participação é a inferência dedutiva de que o julgamento não pode ser considerado completo se o terceiro que também reivindica a coisa *não teve a oportunidade de produzir conhecimento relevante para o juiz solucionar a controvérsia com justiça*. Sendo parte ou terceiro, a decisão e a coisa julgada posterior somente vai atingi-lo se não houver a oportunidade de produção de conhecimento para influenciar a decisão justa. No processo penal italiano, Ferrua⁴⁵⁶, quando trata do *patteggiamento* – acordo para aplicação de pena sem julgamento –, alcança a mesma conclusão, qualificando este procedimento abreviado de anticognitivo, pois não trata da questão da existência ou não de culpa:

Assim, o acordo de aplicação de pena sem julgamento é um rito tendencialmente anticognitivo, especialmente quando se realiza no curso da instrução preliminar: a aplicação da pena, de fato, não repousa sobre a definição da culpa, mas sobre a vontade expressa das partes; portanto, não se funda sobre um “saber”, mas sobre um “poder”, também exercitado pelo próprio acusado.

Isso não significa a existência de duas verdades, mas que as partes, independentemente da verdade, resolveram solucionar a questão desta ou daquela forma em razão de juízos de conveniência e oportunidade por que sua liberdade individual e sua autodeterminação permitem optar. Também, os negócios processuais podem ser celebrados com base na liberdade individual das partes, mas somente terão capacidade de produzir coisa julgada se não restringirem a atividade probatória do juiz, como vimos na Seção 2.2.2.6, *supra*. Se as partes resolvem celebrar acordo excluindo determinada prova ou fixando que o julgamento será antecipado, independentemente da produção de qualquer prova, e se o juiz se opuser compreendendo a necessidade de instrução, quebrar-se-à o sistema da busca da verdade, vedando-se a formação da coisa julgada. Ademais, é lógico que, se o juiz entender que é fundamental a oitiva de uma

⁴⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

⁴⁵⁶ Tradução do original: “*Non così il patteggiamento che è un rito tendenzialmente anticognitivo, specie quando si realizzi nel corso dell’indagine preliminare: l’applicazione della pena, infatti, non riposa sull’accertamento della colpevolezza, ma sulla conforme volontà espressa dalle parti; dunque, non su un ‘sapere’, mas su un ‘potere’, anche se esercitato dall’imputato stesso.*” FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. Bolonha: Zanichelli, 2012, p. 26.

testemunha para o julgamento, não sendo substituível por outra prova para a formação de sua convicção, a possibilidade de julgamento por falta de provas tornar-se-á inevitável. Se as partes querem ver o julgamento em determinado sentido que façam seu acordo, mas, se optam pela solução adjudicada, a verdade é valor indissociável da função jurisdicional. É incompatível determinar que o juiz deva julgar sem este ou aquele elemento probatório que considere relevante, mas, de acordo com a sua convicção: ou se chega a um acordo entre as partes ou o juiz julga de acordo com a sua convicção. A livre convicção fundamentada do juiz, expressão da garantia do juiz natural, seu poder-dever de prolatar decisões justas⁴⁵⁷, não pode ser objeto de negociação pelas partes, pois o juiz não pode, no seu raciocínio jurídico, abdicar deste ou daquele elemento de convicção que considere relevante. Salvatore Patti⁴⁵⁸ reconhece que o princípio dispositivo não é absoluto e deve ser balanceado com o princípio do livre convencimento a partir da exigência do contraditório e, dizemos nós da cognição adequada, encontrando a autonomia privada limite na exigência de um resultado processual justo:

O princípio dispositivo deve ser enquadrado em um sistema processual que, em primeiro lugar, reconheça o princípio geral da livre avaliação das provas e do livre convencimento (art. 116 c.p.c.) e disciplina os poderes do juiz de acordo com a relevância e a admissibilidade de cada meio de prova, o poder de “admitir” presunções (art. 2719 c.c.) e de deferir de ofício o juramento supletório (art. 2736, n. 2). Disponibilidade das provas não significa, em definitivo, poder da parte de dispor do processo: a exceção da confissão, hipótese na qual o poder referido vem justificado à luz do efeito favorável à outra parte, a autonomia da parte encontra limite e temperamento ditados pela exigência de se conseguir um resultado justo, que – para ser assim – deve se basear sobre um correto accertamento dos fatos, no respeito ao princípio do contraditório, conduzido por um juiz imparcial com poder de iniciativa e de avaliação.

⁴⁵⁷ Segundo Salvatore Patti, “Além disso, como foi observado, não se pode falar em ‘justo processo’ excluindo-se o poder-dever do juiz de contribuir ativamente na reconstrução da verdade dos fatos relevantes para a decisão”. Tradução do original: *“Inoltre, come è stato osservato, non potrebbe parlarsi di ‘giusto processo’ se si escludesse il potere-dovere del giudice di contribuire attivamente alla ricostruzione della verità dei fatti rilevanti per la decisione”*. PATTI, Salvatore. La disponibilità delle prove. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Numero Speciale, La disponibilità della Tutela Giurisdizionale (cinquant’anni dopo), Supplemento al Fascicolo 1/2011. Giuffrè: Março, 2011, p. 80.

⁴⁵⁸ *“Il principio dispositivo deve essere collocato nel quadro di un sistema processuale che, in primo luogo, conosce il principio generale della libera valutazione delle prove e del libero convincimento (art. 116 c.p.c.) e disciplina i poteri del giudice in ordine alla rilevanza e alla ammissibilità dei singoli mezzi di prova, il potere di ‘ammettere’ presunzioni (art. 2729 c.c.) e quello di deferire d’ufficio il giuramento suppletorio (art. 2736, n. 2, c.c.). Disponibilità delle prove non significa, in definitiva, potere della parte di disporre del processo: ad eccezione della confessione, ipotesi in cui il suddetto potere viene giustificato alla luce dell’effetto favorevole alla controparte, l’autonomia della parte trova limite e contemperamenti dettati dall’esigenza di conseguire un risultato giusto, che – per essere tale – deve basarsi su un corretto accertamento dei fatti, nel rispetto del principio del contraddittorio, condotto da un giudice imparziale e non privo di poteri di iniziativa e di valutazione.”* PATTI, Salvatore. La disponibilità delle prove. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Numero Speciale, La disponibilità della Tutela Giurisdizionale (cinquant’anni dopo), Supplemento al Fascicolo 1/2011, Giuffrè, 2011, p. 83.

Comparando a argumentação desenvolvida até essa altura com o confronto que José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁵⁹ faz entre os poderes instrutórios do juiz e a disponibilidade ou não do direito material, observamos que a solução do autor, apesar de não ser idêntica à solução ora defendida, lhe é semelhante em substância, pois Bedaque conclui que, apesar de o direito material ficar sob a esfera de disponibilidade das partes, quando iniciado o processo, o seu impulso, a busca da verdade e a escolha dos meios de prova também são de interesse da função jurisdicional em razão de sua pública, ficando, então, excluídos da liberalidade das partes.

Entendemos, portanto, que não há acordo processual probatório que possa restringir, na solução adjudicada, a atividade instrutória do juiz, quando este entender que a prova excluída é relevante e necessária. Em termos principiológicos, podemos traduzir este balanceamento da seguinte forma: o princípio dispositivo não alcança o livre convencimento justificado do juiz, expresso no seu poder-dever de julgar fundamentadamente e com justiça e de, portanto, determinar a produção de provas que avalie como necessárias.

O resultado desta dicotomia conciliável será a diferenciação quanto à imutabilidade das sentenças: o ato produto da função jurisdicional alicerçada na verdade terá aptidão para produzir coisa julgada, enquanto aquele produto da simples solução do conflito não. Somente a atividade cognitiva completa, ou seja, plena, exaustiva e dirigida à verdade, é capaz de produzir julgamento acerca do mérito do conflito de interesses e, portanto, coisa julgada. Quando as partes, no exercício de sua liberdade individual, abdicam da solução adjudicada, nos casos em que a lei permite para direitos disponíveis, não há julgamento, mas atividade cognitiva limitada aos aspectos formais do acordo: à resolução do conflito. É certo que aqui também há manifestação de vontade estatal, ato de poder jurisdicional, pois o acordo se transmuda em título executivo judicial, mas coisa julgada não há: teremos execução sem coisa julgada.

Assim, quando se tratar de direitos disponíveis, as partes capazes poderão exercer seu direito de *negar* a solução adjudicada, com base na verdade, e proceder à celebração do acordo no exercício do seu direito subjetivo de liberdade de acordar e dispor. Neste caso, não restam dúvidas de que há Jurisdição na função de pacificação dos conflitos, como também, por outro lado, não se pode dizer que o juiz conheceu e julgou o conflito de interesses. É um limite legítimo à busca da verdade: a liberdade individual, o direito de dispor. Em termos epistêmicos, na hipótese de solução não adjudicada, *p* é verdadeira e *S* crê – ou pode crer – que *p* seja verdadeira, mas, nesse caso, não há verdade por correspondência, pois *S* não tem justificativa

⁴⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132-133.

(provas) para acreditar que *p* seja verdadeira. Como não pode haver julgamento sem conhecimento, esta decisão não tem aptidão para se imutabilizar não produzindo coisa julgada plena, mas limitada à extensão da cognição permitida.

Podemos dizer, portanto, que convivem na Jurisdição tanto a função de solução de conflitos independente da verdade como a função adjudicada a partir do julgamento e da verdade por correspondência.

Por fim, se a parte, mesmo diante de uma decisão injusta, deixa de interpor o recurso ou limita o efeito devolutivo, interpondo um recurso parcial, ou celebra com a outra parte negócio processual de renúncia prévia, subtraindo a possibilidade de correção da injustiça pelo segundo grau, reduz a cognição, mas o faz no exercício do seu direito à liberdade. Devemos nos perguntar, no entanto, como é possível compatibilizar os elementos impugnativos do conceito de cognição plena e exaustiva com a liberdade individual, como limite legítimo da cognição. Lembremos que os itens 7), o duplo grau de jurisdição, com a real possibilidade de revisão do julgamento pelo tribunal, e 8), acesso à função nomofilática dos tribunais superiores, são tanto elementos de conteúdo da cognição plena e exaustiva como elementos de controle. Mesmo sendo elemento de conteúdo e de controle, a parte pode naturalmente dispor do duplo grau de jurisdição ou da função nomofilática dos tribunais superiores – lembremos que muitas garantias do processo podem ser renunciadas⁴⁶⁰ –, deixando de interpor o recurso ou mesmo através de negócio processual da renúncia prévia: são verdadeiras limitações cognitivas, mas que podem ser qualificadas como limitações legítimas, em razão da imposição do direito à liberdade, e as sentenças de mérito produzidas neste processo serão acobertadas pela coisa julgada, pois houve julgamento de mérito.

Tais limitações serão ilegítimas se impostas pelo legislador às partes – ou pela jurisprudência *defensiva* –, ao prever um sistema processual autoritário, desprovido de controle, como ocorre nos juizados especiais cíveis com a vedação à interposição de recurso especial e à propositura de ação rescisória.

3.7 A cognição *emprestada* na aplicação de súmulas e julgamentos de recursos repetitivos

⁴⁶⁰ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo.** Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 248.

A tendência do direito brasileiro de tentar importar *ex abrupto* o sistema do *stare decisis* da *common law* tem gerado várias distorções como a subsunção imediata de enunciados normativos abstratos (súmulas) a casos concretos, acreditados como idênticos apesar de muitas vezes possuírem circunstâncias diversas do caso paradigmático. Esses julgamentos, mediante a aplicação de súmulas e enunciados abstratos com eficácia *erga omnes*, produzem déficits cognitivos que beiram a negativa de jurisdição, pois aplicar um julgamento de um caso específico a outro diverso porque único é o que podemos chamar de contraditório ou de cognição "emprestada".⁴⁶¹

A diferença qualitativa e quantitativa entre precedente e súmulas de jurisprudência dominante demonstrada por Michele Taruffo⁴⁶² é bastante para caracterizar o déficit cognitivo que a aplicação de enunciados gerais, de máximas reduzidas e abstratas, produz, *verbis*:

Afora as numerosas críticas de caráter técnico, sobre as quais não vale a pena insistir, é possível relevar que o legislador italiano ignora de maneira total que coisa seja o precedente: vem de fato negligenciada a natureza fundamental do verdadeiro precedente, ou seja – como foi dito – a analogia aos fatos dos dois casos, e se considera como precedente qualquer afirmação abstrata da Corte de Cassação sobre uma *quaestio juris* de qualquer modo referente a um caso da espécie. A consequência é que na maior parte dos casos o “precedente” da Corte de Cassação não é a uma sentença na sua integralidade, é ao invés um “enunciado” de poucas linhas que anuncia uma regra em termos gerais e abstratos.

Partindo da visão distorcida do que seja precedente, alguma doutrina e o legislador brasileiro, fomentados pelos tribunais, e acreditando que se trata de um meio de solução de vários *processos idênticos* através de um apenas, vêm inserindo dispositivos de coletivização de decisões e súmulas mediante a concessão de efeito *erga omnes* a máximas abstratas. O

⁴⁶¹ A questão se agrava a partir dos chamados julgamentos "por lista", através dos quais os tribunais vêm "julgando" vários recursos através da leitura do resumo de apenas um deles apresentado pelo relator. Neste sentido é o Enunciado nº 10 "É admitido no juizado da Fazenda Pública o julgamento em lote/lista, quando a material for exclusivamente de direito e repetitivo" do FONAJE – Forum Nacional dos Juizados Especiais atualizado até o XXXVII encontro. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

⁴⁶² Tradução do original: “*A parte le numerose critiche di carattere tecnico, sulle quali non vale la pena di insistere, si può rilevare che il legislatore italiano ignora in maniera totale che cosa sia il precedente: viene infatti trascurata la natura fondamentale del vero precedente, ossia – come si è detto – l’analogia tra i fatti dei due casi, e si considera come precedente una qualsiasi affermazione astratta della Corte di Cassazione su una quaestio juris in qualche modo riferibile al caso di specie. La conseguenza è che nella maggior parte dei casi il “precedente” della Corte di Cassazione non è la sentenza nella sua integrità, ed è invece una “massima” di poche righe che enuncia una regola in termini generali e astratti.*” TARUFFO, Michele. Texto da palestra ministrada pelo Autor na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ acerca do texto La giurisprudenza tra casistica e uniformità. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar. 2014, ano LXVIII, n. 1. Milano: Giuffrè, 2014, p. 38-39.

fenômeno nacional não passou despercebido de Taruffo⁴⁶³, que o comparou ao Judiciário da autoridade e extinta URSS.

Como a concepção de Jurisdição adotada por este trabalho é aquela de Leonardo Greco – na qual a finalidade da jurisdicional é a de tutelar interesses privados –, quando o julgador procede a aplicação de enunciados abstratos a casos concretos sem fazer a correspondente adequação da hipótese fática e jurídica, simplesmente aplica o julgamento de um caso a outro caso, deixando de julgá-lo, portanto. Trata-se de usurpação de atividade legislativa de

⁴⁶³ “Uma técnica muito diversa consiste em configurar a possibilidade da corte suprema emanar pronúncia dotada de eficácia *ultra partes*, ou seja de efeitos vinculantes capazes de determinar diretamente a decisão dos casos sucessivos. O exemplo mais notável ocorreu naquela diretiva da corte suprema da URSS, mas não nos esqueçamos que esta técnica ainda está presente na cassação cubana, que segue o modelo soviético. Na Rússia, além disso, esta praxe prossegue com os decretos – verdadeiros atos normativos - que vem emanados do *plenum* da corte suprema com eficácia vinculante para todos os juízes que devam aplicar as mesmas normas ou julgar casos análogos, e também para todos os órgãos administrativos. O mesmo sistema se aplica aos decretos da Corte Suprema Comercial, e também as decisões que o *presidium* desta corte emana em sede de revisão dos casos concretos. Uma técnica análoga muito interessante, e por certo verdadeiramente extrema, é aquela que das súmulas vinculantes do sistema brasileiro. A formulação das súmulas resume-se a uma prática consolidada naquele ordenamento: esse no passado não possuía eficácia vinculante, mas agora possui esta eficácia, depois da reforma constitucional de 2004. Tratam-se de enunciados formulados pelo Supremo Tribunal Federal depois de reunião dos seus membros e votação (com maioria de dois terços). Esse tem a função de resolver um dissídio verificado na jurisprudência das cortes inferiores. Vale a pena observar que a súmula não deriva da decisão de um caso concreto, porque se trata de um enunciado interpretativo formulado em termos gerais. Consequentemente, essa não faz qualquer referência aos fatos que são a base da questão jurídica enfrentada, e portanto não pode ser considerada como um precedente em sentido próprio, mas somente como uma decisão que opta entre duas posições interpretativas relativas à normas gerais e abstratas. A sua evidente função consiste na eliminação de incertezas e conflitos no âmbito da jurisprudência, assegurando a uniformidade. Por esse escopo se prevê que essa tenha eficácia vinculante para todos os juízes e também para todos os órgãos públicos do Estado federal.” Tradução do original: *“Una tecnica molto diversa consiste nel configurare la possibilità che la corte suprema emani pronunce dotate di efficacia ultra partes, ossia di effetti vincolanti capaci di determinare direttamente la decisione dei casi successivi. L'esempio più noto è stato in passato quello delle direttive della corte suprema dell'URSS, ma non va dimenticato che questa tecnica è tuttora presente nella cassazione cubana, che segue il modello sovietico. In Russia, inoltre, questa prassi prosegue con i decreti – veri e propri atti normativi- che vengono emanati dal plenum della corte suprema con efficacia vincolante per tutti i giudici che si trovino a dover applicare le stesse norme o a giudicare su casi analoghi, ed anche per tutti gli organi amministrativi. Lo stesso sistema si applica ai decreti della Corte Suprema Commerciale, ed anche alle decisioni che il presidium di questa corte emana in sede di revisione di casi concreti. Una tecnica analoga molto interessante, e per certi versi estrema, è quella che fa perno sulle súmulas vinculantes del sistema brasiliano. La formulazione delle súmulas risale ad una prassi consolidata in quell'ordinamento: esse in passato non avevano efficacia vincolante, mentre ora hanno questa efficacia, dopo una riforma costituzionale che risale al 2004. Si tratta di enunciazioni che vengono formulate dal Supremo Tribunal Federal dopo una riunione dei suoi membri ed una votazione (con una maggioranza di due terzi). Esse hanno la funzione di risolvere un contrasto che si sia verificato nella giurisprudenza delle corti inferiori. Vale la pena di osservare che la súmula non deriva dalla decisione di un caso concreto, poichè si tratta di una enunciazione interpretativa formulata in termini generali. Di conseguenza, essa non fa alcun riferimento ai fatti che sono alla base della questione giuridica affrontata, e quindi non può essere considerata come un precedente in senso proprio, ma solo come una decisione che esprime la scelta tra due opzioni interpretative relative a norme generali e astratte. La sua evidente funzione consiste nell'eliminazione di incertezze e conflitti nell'ambito della giurisprudenza, assicurandone l'uniformità. Per questo scopo si prevede che essa abbia efficacia vincolante per tutti i giudici ed anche per tutti gli organi pubblici dello Stato federale.”* TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, mar. 2014, ano LXVIII, n. 1. Milano: Giuffrè, 2014, p. 38-39.

competência do Poder Legislativo e não do Judiciário, constituindo-se flagrante inconstitucionalidade material.⁴⁶⁴

A técnica teoricamente é muito eficiente em termos quantitativos, não temos a menor dúvida, pois permite julgar milhares de processos no tempo de julgamento de um único. Mas essa concepção de eficiência leva em conta somente a eficiência quantitativa, mas não a eficiência qualitativa: ou o objetivo do Processo Civil é a simples resolução da controvérsia ou o seu objetivo é a resolução da controvérsia mediante decisões justas.⁴⁶⁵ Por mais que possamos apresentar índices estatísticos que atestem a grande quantidade de processos, não é lógico adotarmos o amargo remédio da ineficiência qualitativa para solucionarmos a ineficiência quantitativa. A melhoria da prestação jurisdicional, principalmente, de primeiro grau, mediante a adoção de um procedimento comum concentrado, oral e bifásico, e a melhor qualificação dos juízes, por exemplo, reduziria, certamente, a quantidade de recursos e de processos. A eficiência qualitativa é o melhor remédio para a ineficiência quantitativa.

A uniformização da jurisprudência é indiscutível consectário dos princípios da isonomia e da segurança jurídica (artigo 926 CPC/2015). A previsibilidade exigida pela segurança facilita a compreensão dos cidadãos de como as normas de conduta são interpretadas pelas cortes superiores e de como, portanto, devem se comportar em suas relações jurídicas. É um importante meio de comunicação social acerca da compreensão do sistema jurídico.

O CPC/2015 abraça fortemente esta perspectiva economicista da eficiência quantitativa, criando novos meios de objetivação de processos subjetivos: incidente de assunção de competência (artigo 947, CPC/2015), incidente de arguição de inconstitucionalidade (artigo 948, CPC/2015) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 e ss. do CPC/2015).

Mas, no processo, no caso concreto sob julgamento, a aplicação do enunciado abstrato deve respeitar os critérios de adequação a todos os enunciados fáticos e jurídicos trazidos pelas partes, através de motivação analítica (artigo 489, IV e V, do CPC/2015). Porém, isso também, simplesmente, não basta. O juiz julga fatos interpretando-os de acordo com as especificidades do caso concreto, e a interpretação só é possível no processo mediante a constante dialética circular entre as normas – ou mesmo a súmula – e os fatos, mas não a aplicação pura e simples da interpretação constante do enunciado. A súmula pode ter valia como pré-compreensão, mas não como substitutiva do intérprete, em verdade, o enunciado abstrato é objeto de interpretação,

⁴⁶⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 42, v. II.

⁴⁶⁵ TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 247.

persuasivo. Esta forma de observar a atividade de julgamento remete ao mero silogismo positivista (Seção 1.2 *supra*): quando o juiz aplica cegamente o enunciado *vinculante*, ele deixa de interpretar e, portanto, deixa de julgar!

Neste ponto, nos socorremos mais uma vez das lições de Taruffo⁴⁶⁶:

Antes de mais nada, deve restar precisado que a decisão judicial não consiste na mera enunciação de regras (ou de máximas) apresentadas como única interpretação abstratamente correta, uniforme e vinculante, de disposições normativas, posto que – como já reconhecido uniformemente – é o intérprete a escolher e a determinar os seus significados. Além disso, necessita reconhecer que se pode ter boas razões para decidir casos semelhantes de modo diverso; posto que não existem dois fatos iguais, é precisamente sobre as diferenças, ou seja, *particularis*, que deve fundar-se a interpretação da norma que deve ser aplicada ao caso específico. Parece evidente que, quando uma norma é interpretada no processo, diz respeito aos fatos do caso que guiaram a interpretação da norma.

A interpretação da *quaestio facti* em conjunto com a *quaestio juris* é a própria cognição processual de fatos e normas, é o raciocínio jurídico em que se constitui o julgamento. Se o juiz abre mão de sua atividade interpretativa a favor da interpretação abstrata da súmula ou do enunciado vinculativo, nega vigência à sua própria independência funcional, violando o princípio do juiz natural (artigo 5º, LIII, CR).

⁴⁶⁶ Tradução do original: “Anzitutto, va precisato che la decisione giudiziaria non consiste nella mera enunciazione di regole (o di massime) presentate come l'unica interpretazione astrattamente corretta, uniforme e vinculante, di disposizioni normative, posto che - come ormai riconosce uniformemente - è l'interprete a scegliere e a determinare il loro significato. D'altronde, bisogna pure riconoscere che vi possono essere buone ragioni per decidere casi simili in modi diversi: posto che non esistono due fatti uguali, è piuttosto sulle differenze, ossia *particularis*, che deve fondarsi l'interpretazione della norma che deve essere applicata al caso specifico. Pare evidente che quando una norma viene interpretata per derivarne nel processo, è riferimento ai fatti di quel caso a guidare l'interpretazione della norma”. TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar. 2014, ano LXVIII, n. 1. Milano: Giuffrè, 2014, p. 41-42.

4 A COISA JULGADA PROPORCIONAL À COGNIÇÃO E A *PLENA COGNITIO CAUSAE*

4.1 Coisa julgada e cognição plena e exaustiva

O presente capítulo analisa a relação entre a coisa julgada e a cognição plena e exaustiva, sem se estender sobre todos os contornos do instituto da coisa julgada além daquilo que importa para essa relação como a estabilidade da decisão e seu alcance sobre a motivação ou a parte dispositiva da sentença, e as ações impugnativas da coisa julgada.

Devemos definir, ainda inicialmente que, como a tese diz respeito ao conhecimento no processo cognitivo e sua relação com a coisa julgada, esta é entendida na sua acepção *liebmaniana*, majoritária na doutrina brasileira, ou seja, coisa julgada como a imutabilidade do comando ou dos efeitos da sentença de mérito, ou decisão interlocutória de mérito, transitada em julgado.⁴⁶⁷ Portanto, a presente tese não trata a coisa julgada como o estado de imutável que qualquer decisão possa adquirir, mas como o estado de imutável da decisão que julga o mérito do conflito de interesses, como resultado da hermenêutica do artigo 503 do CPC/2015, *verbis*: “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.” Conforme Cândido Rangel Dinamarco⁴⁶⁸, a “*coisa julgada não tem dimensão própria*, mas a dos efeitos sentenciais sobre os quais incide”. Portanto, para nós é possível que o processo produza título executivo judicial sem coisa julgada por ausência de julgamento, como ocorre nas sentenças homologatórias de atos autocompositivos (Seção 4.4.6), mas sem julgamento não há coisa julgada.

Há uma relação lógica, principiológica e histórica entre a cognição exaustiva e a coisa julgada – aqui reconhecida como garantia individual⁴⁶⁹ e constitucional do devido processo

⁴⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid; Benvindo Aires. Tradução de textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006, *passim*. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **Temas de Direito Processual** – Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 99-114. Um dos seis elementos da *cause of action estoppel* do Direito processual inglês é a existência de uma decisão de mérito (“*the decision was - (a) final; (b) on the merits;*”), de acordo com Neil Andrews In: **The Three Paths of Justice** – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England, Londres: Springer, 2012, p. 116.

⁴⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 310, v. III.

legal. O julgamento *definitivo* do conflito de interesses ocorrido na sentença de mérito⁴⁷⁰ deve ser imutabilizado para evitar a insegurança jurídica no meio social que a indefinição e a violação perene do direito produzem. Não somente: se a questão foi conhecida e julgada na sua plenitude, não restam motivos para que se retorne ao julgamento deste mesmo conflito, sob pena de correremos o risco de sua eternização. Deve ser imutabilizado o julgamento quando as questões de fato e de direito tiverem sido conhecidas o máximo possível. Observamos, portanto, que a correlação entre estas garantias fundamentais do processo é uma via de mão dupla: só deve ser imutabilizado o que foi conhecido plena e exaustivamente como somente a cognição plena e exaustiva é capaz de produzir coisa julgada plena.

Esta constatação não escapa da doutrina brasileira. Além da peremptória afirmativa de Eduardo Talamini⁴⁷¹ de que “Há vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente”, Leonardo Greco, após reconhecer a coisa julgada como expressão da segurança jurídica e elemento essencial do Estado Social e Democrático de Direito⁴⁷², demonstra e corrobora o crescimento desta convicção entre nós. É este o entendimento de Kazuo Watanabe:

Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada através do provimento que se assente em *cognição plena e exauriente*, vale dizer, em procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade desta cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada.⁴⁷³

Para Barbosa Moreira⁴⁷⁴, a coisa julgada é um instituto que, por força de sua eficácia preclusiva, produz uma cisão com o seu passado, imutabilizando independente da situação de justiça ou de injustiça anterior. Isto é possível porque o legislador cria, nas suas palavras, “todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a

⁴⁶⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e Técnica del "Giusto Processo"**. 1. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, *passim*. GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.

⁴⁷⁰ Aqui e doravante sempre que nos referirmos à sentença, estaremos englobando tanto a sentença de mérito como a decisão interlocutória, oriundos do julgamento parcial de mérito (artigo 356 do CPC/2015), instituto assemelhado à *sentença parcial* do direito continental europeu.

⁴⁷¹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 54.

⁴⁷² GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 317-321, v. II. SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição Sumária – limites impostos pelo Contraditório no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 248-251.

⁴⁷³ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

⁴⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. Temas de Direito Processual – Nona Série**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 242-243.

configuração jurídica da espécie”, ou seja, a imutabilidade ocorreu por que foram facultadas às partes "todas as condições" para qualificar a "atividade cognitiva". Invertendo-se o paradigma é possível dizer que a coisa julgada será imutabilizada na proporção que seja facultada às partes no processo a "atividade cognitiva".

Autores italianos, como Corrado Ferri⁴⁷⁵, tradicionalmente, também compreendem que só a cognição plena e exaustiva é capaz de produzir coisa julgada a partir de sentenças de mérito:

Em geral a eficácia que opera dando plena certeza às relações jurídicas é aquela que caracteriza as sentenças, resultado da conclusão de um processo de cognição plena, sentenças de mérito que decidem sobre a demanda (para as sentenças sobre questões preliminares de mérito o problema é mais complexo e veremos em breve).

Andrea Proto Pisani, quando trata dos provimentos produtos de cognição sumária, afirma que somente a cognição plena – entendida na sua essência como previsão legislativa do contraditório, do procedimento e de seus prazos, bem como pelo desenvolvimento do contraditório de forma plena e antecipada – é capaz de dar ao julgamento final a imutabilidade que “*caratterizza il giudicato sostanziale*”.⁴⁷⁶

Esta vinculação cognição exaustiva-coisa julgada não é só uma inferência lógica, mas também uma realidade perceptível ao longo da história do processo como brevemente passamos a descrever.⁴⁷⁷ Segundo Victor Fairén Guillén, desde o período formular, ações de alimentos e de cobrança de honorários de médicos e de advogados se davam através do procedimento sumário de *extraordinaria cognitio* ou *prima facie*, ressaltando que, segundo Ulpiano, não geravam coisa julgada.⁴⁷⁸ Aquele que, no período das *legis actiones* ou no período formular, tinha um direito considerado absoluto violado, poderia obter *in iure*, do magistrado, do *praetor*, uma ordem veiculada por um mandado liminar⁴⁷⁹, como sequestro, nunciação de obra nova e

⁴⁷⁵ Tradução do original: "In generale l'efficacia che opera dando piena certezza ai rapporti giuridici è quella che caratterizza le sentenze, emesse a conclusione di un processo a cognizione piena, sentenze di merito che decidono sulla domanda (per le sentenze su questioni preliminari di merito il problema è più complesso e si dirà tra breve)". FERRI, Corrado. Capítulo 26 Il Giudicato. In: COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni Sul Processo Civile**, Il processo ordinario di cognizione. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 752-753, v. I.

⁴⁷⁶ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Jovene editore. 2006, p. 547.

⁴⁷⁷ PUGLIESE, Giovanni. **Giudicato Civile (Storia)**. Enciclopedia del Diritto. Milão: Giuffrè Editore, 1969, p. 727, vol. XVIII.

⁴⁷⁸ GUILLÉN, Victor Fairén. **Lo “Sumario” y lo “Plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: Pasado y Presente**. Madri: Centro de Estudios, 2006, p. 40.

⁴⁷⁹ Se, por um lado, os interditos tutelavam direitos absolutos através dos mandados liminares, a *actio*, que se caracterizava pelo contraditório, servia para a tutela de direitos obrigacionais. No conceito de Cruz e Tucci e Azevedo, interdito tratava-se de “uma ordem, requisitada por um particular e emanada de um magistrado, para

interdito proibitório, por exemplo. Mas a controvérsia não se estabilizava após a ordem, pois ficava sujeita à eventual e futura *actio* na qual, então, seria prolatada a *sententia* que se transformaria em *res iudicata*. Vittorio Scialoja⁴⁸⁰ qualifica os interditos como procedimentos provisórios de cognição sumária (*causa cognitio*), pois esses procedimentos não solucionavam o litígio, mas, fundados no poder de *imperium* do magistrado, limitavam-se a impor obediência à ordem emanada. Scialoja⁴⁸¹ confirma esta natureza administrativa e obrigatória do mandado e o classifica como condicionado, pois, em não obedecida a ordem do interdito, a questão passava à cognição exaustiva da presença ou não das condições autorizadoras da expedição do mandado. Também, Giovanni Pugliese afirma que somente a *sententia* era capaz de produzir *res iudicata* e não o decreto do pretor nos *interdicta*.⁴⁸² Para Chiovenda não restam dúvidas de que as *interlocutiones* não produziam coisa julgada mas somente a *sententia*, porque era o provimento no qual o juiz decidia acerca do bem da vida.⁴⁸³

que fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa; ou seja, mais especificamente, a tutela por interdito consubstanciava-se em um comando do pretor *in iure*, a pedido de um cidadão e dirigido a outro particular; defendendo, destarte, indiretamente, a parte provocadora”. CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 112-113.

⁴⁸⁰ SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 313. No mesmo sentido: CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

⁴⁸¹ “[...] *se debe resolver precisamente determinando si existen realmente aquellas condiciones a las que el magistrado habia vinculado su mandato. Y esta cuestión se tratará en un procedimiento a propósito consiguiente al interdicto [...]*”. SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 313. No mesmo sentido, Moreira Alves: “Os interditos, em geral, não decidiam, definitivamente, o litígio; tutelavam, de modo provisório, situação preexistente. Eram eles ordens condicionais, que deveriam ser cumpridas se as alegações do litigante que os solicitara fossem verdadeiras, pois o pretor (ou governador de província), ao concedê-los, não examinava as circunstâncias alegadas, mas partia do pressuposto de que fossem verdadeiras. Em vista disso, o litigante contra quem se dirigia o interdito o acatava ou não, conforme entendesse que eram verdadeiros ou falsos os fatos que condicionavam a ordem do magistrado. Se o acatasse o litígio terminava definitivamente; caso contrário, iniciava-se um processo para que o *iudex* (ou os *recuperatores*) verificassem se os fatos que tinham dado margem ao interdito eram verdadeiros ou falsos, e, portanto, se houvera, ou não, desobediência à ordem do magistrado”. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 297, v. I. Também reconhecendo a natureza condicional dos *interdicta* CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 113.

⁴⁸² “Também no processo *per formulas* só as sentenças constituíam uma *res iudicata*, de modo que esta eficácia era negada, por exemplo, aos decretos dos pretores (Cels. 25 dig., D. 42, I, 14); mas a distinção entre os provimentos que possuíam natureza e força de *iudicatum* e aqueles privados de uma ou de outra era consequência óbvia do fato de que somente do *iudex* ou dos *recuperatores* emanavam sentenças, enquanto qualquer pronúncia de um magistrado, não podia ser sentença, ou valer como tal.” Tradução do original: “*Anche nel processo per formulas solo le sentenze costitutivano una res iudicata, sicché questa efficacia era negata, per esempio, ai decreti del pretore (Cels. 25 dig., D. 42, I, 14); ma la distinzione tra i provvedimenti che avevano natura e forza di iudicatum e quelli privi dell'una e dell'altra era resa ovvia dal fatto che solo il iudex unus o i recuperatores emanavano sentenze, mentre qualsiasi pronunzia di un magistrato, non poteva essere sentenza, né valere come tale.*” PUGLIESE, Giovanni. **Giudicato Civile (Storia)**. Enciclopedia del Diritto. Milão: Giuffrè Editore, 1969, p. 746, vol. XVIII.

Apesar de alcançar solução diversa da doutrina em geral, entendendo que o interdito era uma ordem concreta e incondicional, os argumentos de Giuseppe Gandolfi fortalecem o entendimento aqui defendido pois para o autor o interdito era incondicional porque possuía natureza de processo com produção de prova e julgamento (*iudicare*), muito assemelhado, portanto, à própria sentença *extra ordinem*: “Mas no processo interdital, se a assunção das provas decorria diretamente da atividade do magistrado, não há razão para que a ordem não fosse incondicionada e concreta”.⁴⁸⁴

A relação entre a cognição exaustiva e a coisa julgada não é só encontrada em alguns períodos da longa histórica do processo, sendo possível reconhecê-la até hoje em vários institutos de direito comparado. O *référé* francês, nas suas diversas modalidades, é sempre um procedimento de cognição sumária, sem aptidão, portanto, de gerar coisa julgada.⁴⁸⁵ Da mesma forma, os provimentos provisórios (*jugements provisoires* e *décisions ordonnant mesures*) emanados pelo *juge de la mise en état* (artigo 771, do CPC francês).⁴⁸⁶

⁴⁸³ De acordo com Chiovenda, foi somente no direito comum, impregnado do formalismo germânico, durante o período de prevalência do direito canônico, que o despacho interlocutório foi equiparado à sentença, permitindo-se a sua imutabilização mediante *res iudicata*, afastando-se da tradição romana, de sua oralidade e eficiência. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva, 1942, p. 187, 195-197, v. I.

⁴⁸⁴ Tradução do original: “*Ma nella procedura interdittale, se l’assunzione delle prove avveniva senz’altro ad opera del magistrato, non c’è ragione perchè l’ordine non fosse incondizionato e concreto*” GANDOLFI, Giuseppe. **Contributo allo studio del processo interdittale romano**. Milano: Giuffrè, 1955, p. 9 e 70.

⁴⁸⁵ “*Les principales spécificités propres de l’ordonnance de référé sont son caractère provisoire et son corollaire, l’absence d’autorité de chose jugée au principal, ainsi que son caractère exécutoire par nature.*” VUITTON, Xavier; VUITTON, Jacques. *Les Référés*. Paris: LexisNexis, 2012, p. 209. No mesmo sentido BONATO, Giovanni. I *référés* nell’ordinamento francese. In: CARRATTA, Antonio (Coord.). *La tutela sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene, 2012, p. 59; CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 757; e TEDOLDI, Alberto. Processo civile e giudicato “alla deriva”, In: CIPRIANI, Franco (coord.). **Il Giusto Processo Civile – Rivista Trimestrale**. Edizione Scientifiche Italiane. Ano VIII – n. 4/2013. Milano: 2013, p. 1071.

⁴⁸⁶ BONATO, Giovanni. I poteri e i provvedimenti del *juge de la mise en état* nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005, In: CARRATTA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa – Studi**. Napoli: Jovene, 2012, p. 294-293. “*Article 771. Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu’à son dessaisissement, seul compétent, à l’exclusion de toute autre formation du tribunal, pour: 1. Statuer sur les exceptions de procédure, les demandes formées en application de l’article 47 et sur les incidents mettant fin à l’instance; les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu’ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge; 2. Allouer une provision pour le procès; 3. Accorder une provision au créancier lorsque l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable. Le juge de la mise en état peut subordonner l’exécution de sa décision à la constitution d’une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522; 4. Ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l’exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d’un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées; 5. Ordonner, même d’office, toute mesure d’instruction.*” Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

No direito inglês também se encontram provimentos provisórios, *interim remedies*, na *Rule 25* das CPRs que permitem à Corte o deferimento de medidas que imponham obrigação de fazer e não fazer, antecipando efeitos do provimento final.⁴⁸⁷ Também destaca-se o procedimento provisório de pagamento de quantia contra o réu (*on account*) e a antecipação de todo o valor cobrado (*interim payment*), através de um *summary judgment* da *Rule 25* ou de um procedimento sumário autônomo.

No direito alemão também é reconhecida a vinculação entre a cognição plena e a coisa julgada, que exige a produção de prova plena – *die volle Überzeugung* –, através de uma instrução típica e aplicação da distribuição do ônus probatório.⁴⁸⁸ Por outro lado, a injunção de pagamento (*Das Mahnverfahren*, § 688 e ss., ZPO), como não exige prova documental ou justificação do crédito, e o processo contumacial (*Versäumnisurteil*) são inidôneos a produzir coisa julgada.⁴⁸⁹

Há regra expressa na Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, doravante identificada pela sigla "LEC" (artigo 447.2, LEC)⁴⁹⁰, na qual os processos sumários do juízo verbal, que possuem limitações cognitivas de alegações (contraditório) ou de provas, não formam a coisa julgada. A interpretação da norma reside justamente na limitação cognitiva: havendo déficit de cognição, não fará coisa julgada a sentença do juízo verbal e caberá ação posterior para complementação da cognição ou para julgamento em cognição plena e exaustiva.⁴⁹¹

Interessante notar que a novel norma do § 1º do artigo 503, do CPC/2015, que amplia a imutabilidade da coisa julgada para alcançar a questão prejudicial, condiciona esta estabilidade ao caráter prejudicial (“dessa resolução depender o julgamento do mérito”), à ocorrência de “contraditório prévio e efetivo” e à competência absoluta *ratione materiae* ou *ratione personae*

⁴⁸⁷ Norma constante do sítio www.justice.gov.uk, acesso em 21 jun. 2015. Neste sentido, CARRATA, Antonio. *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*. In: CARRATA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 14.

⁴⁸⁸ DI COLA, Livia. *L'efficacia dei provvedimenti sommari nell'ordinamento tedesco*. In: CARRATA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 86.

⁴⁸⁹ DI COLA, Livia. *L'efficacia dei provvedimenti sommari nell'ordinamento tedesco*. In: CARRATA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 87-90.

⁴⁹⁰ "Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales. 2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias." Disponível em: <www.boe.es>. Acesso em: 14 jun. 2015.

⁴⁹¹ MONTERO AROCA, Juan; FLORES MATÍES, José. **Tratado de Juicio Verbal**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 1622-1623; GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho Procesal Civil**, 1. 3. Ed. Madri: Constitución y Leys, 2010, p. 550-551.

do juízo. Trata-se de uma exceção ao alcance da coisa julgada sobre a parte dispositiva da sentença, cristalizada no artigo 504, I, do CPC/2015. Cabe destacar destes três requisitos a exigência do contraditório prévio, ou seja, só haverá coisa julgada sobre a prejudicial se tiver ocorrido o debate efetivo, o contraditório participativo (*res iudicanda*), excluindo-se a estabilidade de questão que não recebeu a chancela democrática do contraditório. Esta exigência, em verdade, independe da natureza principal ou prejudicial da questão decidida. Muito ao contrário, como visto até aqui, a coisa julgada (*res iudicata*) somente pode incidir sobre as questões de mérito que foram objeto de cognição pelas partes e contraditório (*res iudicanda*), não podendo haver estabilidade sobre aquilo que não foi explicitamente debatido. O requisito do contraditório prévio e antecipado é expressão indubitável de visão cognitiva do processo, como também o é a norma do artigo 785 do CPC/2015. Ao contrário da tradicional afirmativa de que o possuidor de título executivo extrajudicial não tem interesse na propositura do processo de conhecimento, pois já detém o que iria obter, ou seja, o título executivo, o novo artigo faculta, expressamente, ao detentor de título executivo extrajudicial a propositura de processo cognitivo, pois este pode pretender obter, em cognição plena e exaustiva, a coisa julgada.

Além de sua fundamentação lógica e histórica, o dogma coisa julgada-cognição exaustiva se impõe como consectário do Estado democrático de Direito. A doutrina não se importava com esta questão pois, quando acreditava na existência de uma verdade interna ao processo em contraposição à outra verdade externa, a coisa julgada se formava independente da *verdade externa*: ora, se há uma verdade processual, esta é que será imutabilizada, independente da cognição e da realidade. Quando, no entanto, é alterada a perspectiva acerca da verdade, reconhecendo-a como elemento do justo processo, o julgamento e sua estabilidade voltam a se aproximar da verdade na sua única forma existencial, em razão da necessária justiça do provimento final. Somam-se a isso os parâmetros exigidos pelos direitos humanos, pelo Estado social e substantivo de Direito para ratificar a correlação coisa julgada-cognição plena e exaustiva. É o contraditório participativo que chancela a imutabilidade da regra jurídica concreta que incidirá sobre aquele determinado conflito. O ambiente ideal para alcançar a justiça da decisão e legitimá-la democraticamente através da participação satisfatória das partes encontra-se no provimento jurisdicional formado em cognição plena e exaustiva.

4.2 A imutabilidade e o Princípio da Segurança Jurídica

A coisa julgada é expressão e consectário necessário do princípio da segurança jurídica pois impõe a inalterabilidade da decisão de mérito transitada em julgado.⁴⁹² A norma concreta, uma vez concluído o processo cognitivo, não poderá ser alterada, encerrando o debate acerca do conflito.⁴⁹³ É garantia constitucional decorrente de norma expressa (artigo 5º, XXXVI, CR), elemento do devido processo legal⁴⁹⁴ (artigo 5º, LV, CR) e consectário necessário do Estado democrático de Direito, pois o Estado deve garantir aos indivíduos o pleno gozo de seus direitos, notadamente aqueles reconhecidos judicialmente.⁴⁹⁵

Mas a identificação do conteúdo da segurança jurídica não é tarefa simples ou automática, evidentemente, necessitando de complexa atividade interpretativa para supressão de suas ambiguidades.⁴⁹⁶ Luis Roberto Barroso⁴⁹⁷ enumera cinco elementos do conteúdo do princípio da segurança jurídica, *verbis*:

1. A existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como

⁴⁹² TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 50-53.

⁴⁹³ "A garantia da coisa julgada, portanto, é – como acentua Ferraz Jr. – uma manifestação da segurança jurídica, segundo a qual não se pode, desde o presente, alterar o sentido normativo decorrente de decisão judicial anterior, com o quê se confere segurança, por estabilidade, à relação jurídica objeto da decisão, impedindo a continuidade da discussão." ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 359.

⁴⁹⁴ "A garantia da coisa julgada articula-se com a do devido processo legal (art. 5º, nº LIV). Como é cediço, deve ser interpretada com a largueza a disposição que a ele se refere: não é só a privação da liberdade ou dos bens que se subordina ao devido processo legal, mas toda e qualquer ingerência da atividade judicial na esfera das pessoas. A ingerência será legítima na medida em que prevista na lei, e realizada pelos meios e sob as condições que ela estatuiu: fora daí, será ilegítima. Se o Poder Judiciário já interferiu uma vez, não lhe é dado voltar a interferir senão quando a lei a tanto o autorize, e da maneira legalmente prescrita. As pessoas são postas a salvo de ingerências arbitrárias – e é arbitrária toda ingerência não contemplada no ordenamento positivo, inclusive a reiteração fora dos quadros nele fixados." MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. Temas de Direito Processual – Nona Série**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 248.

⁴⁹⁵ "Na jurisdição de conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva. Àquele a quem a Justiça reconheceu a existência de um direito, por decisão não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida, o Estado deve assegurar a sua plena e definitiva fruição, sem mais poder ser molestado pelo adversário." GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 245-246.

⁴⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 126-127.

⁴⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 46-47.

os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

Em indispensável estudo sobre o tema, Humberto Ávila afirma que, na qualidade de princípio, a segurança jurídica importa na prescrição imposta aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, direcionada ao alcance das qualidades de "confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade".⁴⁹⁸

Observamos, primeiramente, que a segurança jurídica não importa na imutabilidade absoluta mas pode, por outro lado, estar expressa nas transformações paulatinas ("mudanças suaves") que correspondam às expectativas legítimas.⁴⁹⁹ O princípio da segurança jurídica não é só uma qualidade automática do estado *físico* – estático ou em movimento – de uma norma administrativa, legislativa ou judicial. Sua aplicação exige determinada qualidade jurídica da norma concreta que se quer estabilizar, exige a relação com o conteúdo jurídico da norma.⁵⁰⁰ A segurança é jurídica e pretende a estabilização de norma jurídica e não de norma não jurídica e injusta.⁵⁰¹ Há exigência de segurança jurídica também, portanto, na aplicação das normas; se uma norma considerada segura é aplicada de maneira arbitrária, a segurança de sua aplicação é anulada pela insegurança de sua aplicação equivocada. Humberto Ávila⁵⁰² expressamente afirma que a segurança jurídica de aplicação da norma se perde quando a norma é aplicada judicialmente de maneira arbitrária, sem fundamentação ou adequação, ou seja, a decisão injusta não gera segurança jurídica, mas o seu oposto, gera insegurança jurídica, *verbis*:

Logo se vê que a fundamentação do princípio da segurança jurídica no princípio do Estado de Direito traz repercussões significativas sobre o seu conteúdo. Isso porque o princípio do Estado de Direito, como o seu próprio nome ilustra, é, preliminarmente,

⁴⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 118.

⁴⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 123.

⁵⁰⁰ "Nesse sentido, é preciso verificar se a norma inferior está de acordo com o princípio da segurança jurídica; por exemplo, se a norma legal é ou não retroativa, se a lei contém regras de transição, se o ato normativo não extrapola a lei que visa interpretar, se a sentença preservou a legítima expectativa do cidadão, e assim por diante." ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 126.

⁵⁰¹ "Portanto, o que o Direito não pode é ser modificado de maneira frequente, brusca e drástica; ele deve, porém, adaptar-se à nova realidade, sob pena de ser um freio à própria atividade econômica. Busca-se, na verdade, a segurança do movimento. O essencial é que 'o caráter evolutivo do Direito repele as cristalizações e a estagnação' – como registra acertadamente Machado Derzi." ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 131.

⁵⁰² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 217.

contrário à manutenção de atos violadores do Direito: manter atos ilegais ou inconstitucionais afeta a cognoscibilidade e a calculabilidade da atuação estatal, pois isso pode incentivar a prática de novos atos ilegais, impedindo que o cidadão possa antecipar os atos governamentais; contribui para a arbitrariedade estatal, pela ausência de critérios objetivos reguladores da atividade estatal; diminui o controle dos atos estatais, pela manutenção dos atos irregulares; abala a uniformidade de tratamento diferenciado em razão do ingresso, ou não, em juízo.

Também a doutrina processual adverte que não há segurança jurídica quando o provimento judicial é injusto. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam, em trabalho sobre o tema, "que o valor da segurança vem dando lugar, de modo suave e paulatinamente, aos valores justiça e efetividade", ratificando logo na página seguinte que não se deve "permitir a *estabilização de situações indesejadas*".⁵⁰³ Cândido Rangel Dinamarco⁵⁰⁴ sintetiza a necessidade de se equilibrarem celeridade e ponderação na seguinte fórmula: "o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que com isso se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá". Humberto Theodoro Junior⁵⁰⁵, um dos primeiros autores a trazer para o Brasil a doutrina de Paulo Otero da relativização da coisa julgada inconstitucional, também afirma que a segurança, não sendo absoluta, pode ser balanciada com outros valores como a justiça:

A ideia que norteia a admissibilidade da ação rescisória é a de que não se pode considerar como espelho da segurança e certeza almejados pelo Direito uma decisão que contém séria *injustiça*. A segurança como valor inerente à coisa julgada e, por conseguinte, o princípio de sua intangibilidade são dotados de relatividade, mesmo porque absoluto é apenas o Direito Justo.

Cumpridos certos requisitos e limites – prazos decadenciais e prescricionais, requisitos de admissibilidade de ações impugnativas etc. –, a alteração de decisão imutabilizada com limitação cognitiva, por ação posterior, também responde à segurança jurídica.

O que não se pode admitir é a instabilidade ou a violência na mudança. A previsibilidade e a calculabilidade da segurança jurídica exigem a "estabilidade ou racionalidade da mudança".⁵⁰⁶ Para tanto, é importante que não se afirme, simples e abstratamente, que a

⁵⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 12-13.

⁵⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, vol. nº 109, Ano 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 10.

⁵⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu alcance. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**, Ano II, nº 3, jan./mar., 2001. Rio de Janeiro: América Jurídica, p. 84.

⁵⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 130.

sentença com comando inconstitucional pode ser desconstituída ou desconsiderada em qualquer hipótese ou que qualquer processo que não tenha permitido cognição plena e exaustiva não gera coisa julgada.

A coisa julgada cria para as partes e principalmente para o beneficiário da decisão, a expectativa legítima de que o caso foi definitivamente julgado e que poderá usufruir do seu direito sem que o mesmo venha ser contestado futuramente. Como consectário da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança protege o particular destinatário da decisão judicial estabilizada.⁵⁰⁷ As pessoas buscam a solução adjudicada do conflito pretendendo que o Estado lhe conceda uma decisão justa, efetiva e estável.

A previsibilidade e a calculabilidade, como elementos do princípio da segurança jurídica⁵⁰⁸, exigem que sejam identificadas de forma analítica as limitações e os cortes cognitivos (Capítulo 3, *supra*), a proporção da extensão da cognição com a estabilidade e os meios impugnativos adequados (Seção 4.5., *infra*), para que os litigantes tenham conhecimento e consciência de que o processo pelo qual optaram é um processo de conhecimento limitado que produzirá coisa julgada proporcional, passível de revisão em processo futuro.

Mas se mesmo após a propositura e o julgamento da ação impugnativa persistir o erro de julgamento, a sentença de mérito, justa ou injusta, com ou sem limitação cognitiva, alcançará, de um modo ou de outro, a imutabilidade. Se persistir a injustiça, depois de tentados todos os meios impugnativos disponíveis, essa injustiça se estabilizará em algum momento, em razão da operatividade dos institutos da segurança jurídica, como a coisa julgada, sua eficácia preclusiva, a prescrição da pretensão e a decadência do direito.

4.2.1 A eficácia preclusiva da coisa julgada, os limites e os cortes cognitivos

⁵⁰⁷ ARAUJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

⁵⁰⁸ "De um lado, pode-se sustentar que a segurança jurídica prescreve a total capacidade de antecipar as consequências jurídicas da conduta (própria ou alheia). O termo 'previsibilidade' e a expressão 'certeza absoluta' denotam esse sentido. Nessa significação, a segurança jurídica garante o direito de o particular, com exatidão, conhecer, hoje, o direito de amanhã, antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado." ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 131.

Importante aspecto da coisa julgada, a sua eficácia preclusiva também deve ser analisada, pois sua função de proteger⁵⁰⁹ a limitação objetiva da *res judicata* poderia ser interpretada como entrave à complementação posterior da cognição suprimida. Necessitamos, para tanto, através de Barbosa Moreira⁵¹⁰, deixar clara a diferença entre os limites objetivos da coisa julgada e sua eficácia preclusiva através da resposta a duas perguntas que expõem a autonomia entre ambos os institutos: o que do conteúdo da sentença imutabilizada vincula juízes de processos futuros? Essa imutabilidade será abalada ante a apresentação posterior de outras questões não suscitadas no processo anterior? O mestre vai distinguir que os futuros juízes ficam vinculados à parte dispositiva da sentença por força dos limites objetivos, e não poderão afastar a decisão sobre a *lide* mesmo que a parte apresente outras questões ou argumentos, em razão da eficácia preclusiva.

As questões que, dentro da mesma ação⁵¹¹, não foram aventadas pelas partes e pelo juiz não vão autorizar a discussão da mesma lide em outro processo com esses novos fundamentos, pois, segundo Barbosa Moreira, "admitir semelhante possibilidade seria pôr em xeque a estabilidade da prestação jurisdicional dispensada".

A eficácia preclusiva da coisa julgada exerce a função moral de proibir a rediscussão da mesma causa e a ruptura da coisa julgada por argumentos que deveriam ter sido tempestivamente apresentados pelas partes e que são veiculados agora pelo recalcitrante com o objetivo desleal de eternizar o conflito. As partes sabem que o processo é o momento para deduzirem todas as alegações e defesas possíveis e, se não cumprirem com esses ônus agora, não terão outra oportunidade, pois a outra parte também tem seu direito à solução estável do conflito, ao acesso à ordem jurídica justa, à inafastabilidade da jurisdição e à coisa julgada.

Aplicando objetivamente essa posição hermenêutica linear – não é possível rediscutir qualquer causa após a coisa julgada mesmo que sobre a base de outros argumentos – observamos que as limitações cognitivas probatórias em geral, abstratas e em concreto, do mandado de segurança e da ação rescisória por prova nova em particular, o corte de objeto

⁵⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 330-332, vol. III.

⁵¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada, limites objetivos. **Direito Aplicado II** – Pareceres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005, p. 451-453.

⁵¹¹ Não é possível a evidência superar neste sítio a difícil diferenciação entre "questões", "lide" e "elementos da ação" que atravessa a história do processo na identificação dos limites objetivos da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva, sob pena de nos desviarmos do objetivo a que nos propusemos na presente tese, nos permitindo, portanto, subtrair da análise de tal tema. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo brasileiro. **Temas de Direito Processual** – Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1977. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Limites Objetivos da Coisa Julgada no Atual Direito Brasileiro. In: **Sentença e Coisa Julgada** (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 103-137.

litigioso dos processos materialmente sumários, e todas as demais limitações cognitivas elencadas no Capítulo 3, *supra* – com exceção dos cortes cognitivos de elementos da ação como na possessória e na condenação por obrigações pretéritas no mandado de segurança – seriam todos abarcados pela eficácia preclusiva da coisa julgada, impossibilitando a rediscussão da questão. A presente tese não se sustentaria.

Sucedem, no entanto, que as posições interpretativas peremptórias sobre a coisa julgada são sempre vulneráveis diante da relação orgânica que este instituto possui com quase todos os institutos do processo. Assim, é sensível que não seja permitida a rediscussão da causa após a coisa julgada quando foi dada às partes a oportunidade de influir eficazmente na convicção e na cognição judicial para a formação do julgamento. Trata-se de medida de moralidade e lealdade processual.

Essa conclusão interpretativa, por outro lado, não leva em consideração outras garantias fundamentais e outros institutos do processo e do Direito, como o contraditório, a proibição à surpresa e a cognição. Devemos acrescentar outras perguntas a esse processo hermenêutico: também vai incidir a eficácia preclusiva na hipótese de não ter sido dada à parte a oportunidade de influir eficazmente no processo? Qual a justificativa para a ação rescisória por prova nova se representa fundamento novo sobre elementos da mesma ação anterior? Como equilibrar o contraditório e o direito a uma decisão justa com a supressão de direitos processuais, a prova e a cognição? A surpresa contra a parte também é abarcada pela eficácia preclusiva da coisa julgada? Por que a eficácia não atinge os cortes cognitivos de processos materialmente sumários?

A afirmação, portanto, de que a eficácia preclusiva é obstáculo absoluto à rediscussão da mesma ação sob novos argumentos não é real, pois há hipóteses legislativas, como o caso de surgimento de prova nova para a ação rescisória, quando será possível a desconstituição da coisa julgada; deduzida da inferência moral de que nesse caso a parte não merece *sofrer* os efeitos da limitação da eficácia preclusiva, pois não sabia da existência daquela prova, não tendo tido a oportunidade de utilizar aquele elemento probatório, não por sua desídia ou má-fé, mas por desconhecimento.

A parte também poderá propor ação rescisória se tiver descoberto posteriormente que a prova utilizada no processo foi falsa, pois também neste caso não lhe pode ser imputada a desídia ou a deslealdade e sim ao outro litigante. As limitações de exceções de processos materialmente sumários, como os embargos de terceiro ou o histórico debate sobre a ação de consignação em pagamento (Seção 4.4.1, *infra*), também autorizam processos de complementação de cognição posterior, sem considerar os efeitos da eficácia preclusiva. São

exemplos prosaicos de nossa legislação sobre os quais incidiria a eficácia preclusiva, mas que nunca foram confrontados com essa limitação, pelo contrário, sempre se admitiu a propositura de ação posterior para novo julgamento com base em novo fundamento.

Encontramos esteio, novamente, em Barbosa Moreira⁵¹² para quem a coisa julgada imutabiliza *para frente* independente da situação de justiça ou de injustiça anterior, em razão do legislador ter criado, anteriormente, "todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie". Cumprida essa promessa a parte não poderá requerer infinitamente outro julgamento, com base em novas questões relativas à mesma causa de pedir, pois, se a coisa julgada não é sempre absoluta, a busca da verdade também não é eterna, possuindo limites na segurança jurídica e na lealdade processual.

Mas se o direito de provar foi obstaculizado não pelo litigante, mas por razões alheias à sua vontade, como por limites probatórios impostos por norma inconstitucional, ou por incapacidade do Estado de custear para o hipossuficiente um exame de paternidade por DNA, por exemplo, o direito à verdade e à cognição retorna como prevalente e afasta a eficácia preclusiva, permitindo a renovação do processo, com o acréscimo do elemento cognitivo injustamente suprimido.

Em regra, uma limitação cognitiva imposta pela voluntariedade da parte não vai afastar a imutabilidade da coisa julgada, mas nem sempre a eficácia preclusiva vai obstaculizar a reprodução da ação anteriormente julgada sobre novo fundamento. É o equilíbrio e a ponderação entre as garantias do contraditório, da cognição adequada e da coisa julgada que impõem a imutabilidade na proporção da cognição.

Concluindo a presente Seção, é necessário observar o cenário no Direito continental europeu de inflação da eficácia preclusiva e dos efeitos objetivos da coisa julgada para além dos elementos da ação, com o fim de reduzir litigiosidade; se aproximando do sistema da *res judicata* da *common law* (*finality*) e suas duas vertentes da *claim preclusion* e da *issue preclusion*. Angelo Dondi⁵¹³ qualifica este movimento como expressão da tendência de valorização das tutelas executivas e sumárias alternativas ao processo cognitivo, cuja consequência primordial é a desvalorização da coisa julgada.

⁵¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. In: **Temas de Direito Processual** – Nona Série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 242-243.

⁵¹³ DONDI, Angelo. *Stabilità delle decisioni in tema di tort litigation: minime considerazioni comparate*. **International Journal of Procedural Law**. Portland: Intersentia Cambridge, 2014, p. 31, v. 4.

Segundo Linda Silberman⁵¹⁴, a abordagem mais liberal dos Estados Unidos tende a restringir a repropositura de ações já julgadas, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no sistema alemão, no qual, segundo a autora, a possibilidade de uma segunda ação relacionada ao mesmo fundamento é maior.

Enquanto a *claim preclusion*⁵¹⁵ previne novos processos (*litigations*) sobre ações e questões já julgadas (*claims*) ou que deveriam ter sido julgadas entre as mesmas partes ou seus sucessores, a *issue preclusion* ou *collateral estoppel*⁵¹⁶, tradicionalmente inexistente nos sistemas processuais da *civil law*, estende a impossibilidade de propositura de novo processo acerca das ações anteriormente decididas mesmo que sobre outros fundamentos sobre outras questões não decididas, podendo inclusive ser afirmada contra uma parte numa ação proposta

⁵¹⁴ SILBERMAN, Linda. Chapter 9: Finality and Preclusion. In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil litigation in comparative context**. St. Paul: Thomson/West, 2007, p. 435-462.

⁵¹⁵ De acordo com o conceito da norma norte-americana do **Restatement (Second) of Judgments** §§17, 24 (1982) reproduzidos no **Black's Law Dictionary**: "*Res iudicata* tem sido usado nesta seção como um termo geral referente a todos os meios pelos quais um julgamento tem efeito impositivo sobre outro. Esse uso, indubitavelmente, continuará a ser comum, mas agrega sobre o mesmo termo dois tipos diferentes de efeitos dos julgamentos. O primeiro é o efeito de impossibilitar qualquer litígio sobre questões que nunca foram controvertidas, sob a determinação de que deveriam ter sido apresentadas em um processo anteriormente julgado. O segundo é o efeito de impossibilitar novo litígio sobre as questões que já foram objeto de um litígio e decididas. O primeiro destes efeitos, preclusão das questões que nunca foram controvertidas, leva o nome de 'verdadeira *res iudicata*', ou 'merger' ou 'bar'. O segundo efeito, preclusão das questões que foram decididas, é usualmente nomeado de '*collateral estoppel*'. [...] Tradução do original: "*Res iudicata has been used in this section as a general term referring to all of the ways in which on judgment will have binding effect on another. That usage is and doubtless will continue to be common, but it lumps under a single name two quite different effects of judgments. The first is the effect of foreclosing any litigation of matters that never have been litigated, because of the determination that they should have been advanced in an earlier suit. The second is the effect of foreclosing relitigation of matters that have once be litigated and decided. The first of these, preclusion of matters that were never litigated, has gone under the name, 'true res iudicata', or the names 'merger' or 'bar'. The second doctrine, preclusion of matters that have once be decided, has usually been called 'collateral estoppel'. [...] GARNER, Brian A. **Black's Law Dictionary**. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 1425. Segundo Neil Andrews: "'Cause of action estoppel' arises where the cause of action in the later proceedings is the same as that adjudicated in the earlier action and the two pieces os litigation were identical both with regard to the parties". ANDREWS, Neil. **The Three Paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England**. Londres: Springer, 2012, p. 116.*

⁵¹⁶ "**collateral stoppel**. (e-stop-el). (1941) 1. O efeito impositivo de um julgamento de questões efetivamente controvertidas e decididas em um julgamento anterior sobre controvérsias entre as partes envolvendo uma ação diferente da onde o julgamento original foi baseado. 2. A doutrina que proíbe uma parte a ação seguinte, mesmo que a segunda ação seja significativamente diferente da primeira. [...] Tradução do original: "**collateral stoppel**. (e-stop-el). (1941) 1. *The binding effect of a judgment as to matters actually litigated and determined in one action on later controversies between the parties involving a different claim from that on wich the original judgment was based. 2. A doctrine barring a party in an ealier action, even if the second action differs significantly from the first one.* [...] GARNER, Brian A. **Black's Law Dictionary**. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 299. Hazard e Taruffo dão como exemplos de *issue preclusion* no Direito norte-americano a impossibilidade do passageiro demandar o proprietário do veículo por danos após a improcedência de sua demanda contra motorista ou quando a responsabilidade da empresa de transporte é determinada em ação promovida por uma vítima, a empresa não poderá discutir novamente essa responsabilidade em outras ações de outras vítimas do mesmo fato danoso. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure, an introduction**. Nova Iorque: Yale University Press, 1993, p. 192.

por quem não foi parte no processo primitivo.⁵¹⁷ A *issue preclusion* atinge as *questões interconexas* assim reconhecidas como a extensão aos pressupostos implícitos da decisão e explícitos jamais discutidos anteriormente, em caso dependente ou conexo ao núcleo da decisão anterior.⁵¹⁸

Como reforço argumentativo do todo dito aqui nesta Seção, o Direito processual inglês afasta o efeito obstativo da *issue stoppel* quando uma "nova prova surge capaz de alterar totalmente o aspecto do caso, provado que a parte interessada não descobriria tal prova no processo anterior mesmo que dispendesse diligências razoáveis para obtê-la".⁵¹⁹

A referida abordagem restritiva à repositura de ações decorre, principalmente nos Estados Unidos, da posição da norma norte-americana do *Restatement (Second) of Judgments*, que adverte que as partes devem cumular todas as suas ações e argumentos em um único processo, sob o risco de perder a oportunidade de fazê-lo posteriormente.⁵²⁰

Maria Francesca Ghirga⁵²¹, em recente ensaio sobre o tema, observa que a tendência da Corte de Cassação italiana é a adoção do princípio do abuso processual como cânone hermenêutico, inclusive da coisa julgada, notadamente nas causas de responsabilidade civil e creditícias, em razão de sua natureza *pluriofensiva*.⁵²² Segundo a autora, na Sentença nº 12.914, de 9 de junho de 2014, a Corte de Cassação compreendeu que a coisa julgada deve ser interpretada sob o princípio do *não fracionamento* da demanda e do crédito, evitando a injustificada multiplicidade de processos para cobrança de vários créditos oriundos de uma única relação obrigacional, o que traduz, segundo a interpretação da Corte, em abuso do direito processual e da boa-fé, notadamente quando o autor disponha, quando da propositura da

⁵¹⁷ CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil litigation in comparative context**. St. Paul: Thomson/West, 2007, p. 437.

⁵¹⁸ DONDI, Angelo. Stabilità delle decisioni in tema di *tort litigation*: minime considerazioni comparate. **International Journal of Procedural Law**. Portland: Intersentia Cambridge, 2014, p. 35, vol.4.

⁵¹⁹ Tradução do original: "[...] (i) *new evidence has emerge wich 'entirely changes the aspect of the case', provided that, even if he had displayed 'reasonable diligence', the relevant party could not have discovered this evidence at the time of the earlier litigation*". ANDREWS, Neil. **The Three Paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England**. Londres: Springer, 2012, p. 118.

⁵²⁰ SILBERMAN, Linda. Chapter 9: Finality and Preclusion. In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil litigation in comparative context**. St. Paul: Thomson/West, 2007, p. 439.

⁵²¹ GHIRGA, Maria Francesca. Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXX, n.2, 2015, p. 445-467.

⁵²² DONDI, Angelo. Stabilità delle decisioni in tema di *tort litigation*: minime considerazioni comparate. **International Journal of Procedural Law**. Portland: Intersentia Cambridge, 2014, p. 36, vol.4.

demanda, de todos os elementos de fato e de direito necessários à judicialização de todos os créditos *conexos*.

Outra aplicação desta nova hermenêutica, apontada por Maria Francesca Ghirga, é observada na Sentença nº 17.420, de 30 de julho de 2014, da Corte de Cassação que veda o fracionamento das pretensões de responsabilidade civil decorrente de um mesmo fato em vários processos.⁵²³ Trata-se da aplicação da regra inglesa, segundo Neil Andrews, pela qual o "[...] autor não pode obter indenização em ações sucessivas que digam respeito à mesma causa: danos resultantes de uma ou da mesma causa devem ser reclamados de uma vez por todas".⁵²⁴

Como destaca Dondi⁵²⁵, o mesmo vem ocorrendo na França através da extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada não só ao que foi decidido, mas também às demandas implícitas e conexas à demanda originária, aproximando os tradicionais elementos objetivos da demanda do conceito mais abrangente de *claim* norte-americano. Dondi demonstra que a Corte de Cassação francesa, na sentença *Césaréo*, de 7 de julho de 2006, reconheceu, em ação de responsabilidade civil para indenização por danos (*tort litigation*), a absoluta imposição da decisão anterior de modo a obrigar o autor a utilizar de uma só vez todos os *meios* (*moyens*) que possui, fazendo estender a eficácia preclusiva da coisa julgada aos seus fundamentos.

Creemos que esta solução extensiva da eficácia preclusiva da coisa julgada não é compatível com o sistema processual brasileiro, pois, além de inexistir previsão legislativa, uma regra nesse sentido seria de constitucionalidade duvidosa, por violação do direito de acesso à justiça e em razão da ausência de contraditório.

4.3 A coisa julgada como imutabilidade da parte dispositiva da sentença de mérito na proporção da cognição observada na motivação e ao longo do processo

Na presente Seção pretendemos demonstrar que, apesar de a coisa julgada ser reconhecida como a qualidade de estável do comando da sentença de mérito transitada em

⁵²³ GHIRGA, Maria Francesca. Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXX, n.2, 2015, p. 454.

⁵²⁴ ANDREWS, Neil. **The Three Paths of Justice** – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England. Londres: Springer, 2012, p. 119-120.

⁵²⁵ DONDI, Angelo. Stabilità delle decisioni in tema di *tort litigation*: minime considerazioni comparate. **International Journal of Procedural Law**. Portland: Intersentia Cambridge, 2014, p. 37, vol.4.

julgado, não prescinde da avaliação da motivação da sentença para a identificação de déficits cognitivos ou cortes cognitivos passíveis de complementação no futuro. Ou seja, a coisa julgada imutabiliza a parte dispositiva na proporção da cognição observada na motivação da sentença e nos demais atos do processo.

Como expressão do mais rígido publicísmo, foi Chiovenda⁵²⁶ que extirpou do conceito de coisa julgada qualquer elemento intelectual do juiz utilizado para a formulação do raciocínio jurídico que fundamenta a sentença. Para Chiovenda, o que importa é a vontade da lei formada no processo. É para a declaração da vontade da lei que serve o processo de conhecimento e, uma vez reconhecida esta vontade, ela é que se imutabiliza independente da verdade dos fatos existente fora do processo⁵²⁷:

O juiz, porém, não é somente um lógico, é um magistrado. Atingido o objetivo de dar formulação à vontade concreta da lei, o elemento lógico perde, no processo, toda a importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz considera base de sua decisão; antes, nem se preocupa em saber como se passaram as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade concreta da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei. O juiz, portanto, *enquanto razôa*, não representa o Estado; representa-o enquanto afirma a vontade.

Chiovenda⁵²⁸ vai buscar no Direito romano o fundamento teórico para afirmar que a função da *iurisdictio* era a formulação da *vontade concreta da lei* e que, portanto, a *res iudicata* não representava uma presunção de verdade, mas substituía a própria verdade (*res iudicata pro veritate accipitur*). Assim, afirma o autor que havia no Direito romano a preponderância e a supervalorização do ato de vontade sobre o ato lógico, o que depois, no direito comum, foi desprezado, entendendo-se a coisa julgada como presunção de verdade.⁵²⁹

Trata-se de uma visão que limita a função jurisdicional ao ato de poder do Estado, preponderante na doutrina⁵³⁰, mas contrária a aproximação cognitiva da presente tese, sendo-lhe completamente irrelevante a fundamentação da decisão como ato lógico, sua justificação e

⁵²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva, 1943, p. 511, v. I. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução de textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 6.

⁵²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva, 1943, p. 515.

⁵²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva, 1943, p. 192, 198 e 199.

⁵²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva, 1943, p. 192.

⁵³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito Aplicado II**: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 448-451.

sua verdade. Ou seja, nasce uma verdade do processo desvinculada da verdade fora do processo como se isso fosse possível.

O Estado Social Democrático de Direito não admite mais esta visão da verdade meramente processual. A verdade dos fatos e a correta aplicação do direito devem ser buscadas como política jurisdicional, mas eventuais erros de julgamento e a impossibilidade de serem rediscutidas após a eficácia preclusiva da coisa julgada não criam uma *verdade do processo*.⁵³¹ Não se trata da busca simplesmente do justo possível, mas do justo exigido e prometido pelo Estado Democrático de Direito aos seus cidadãos. A relevância constitucional da fundamentação (artigo 93, IX, CR) determina que os erros do juiz devam ser corrigidos o quanto possível, ou que as limitações cognitivas devam ser supridas até os limites da razoabilidade e da imposição da segurança jurídica. Assim, Taruffo⁵³² recorda que todos os ordenamentos, em maior ou menor medida, sempre permitiram a correção da injustiça fática das decisões:

Portanto, a formação da coisa julgada não impede que os mesmos fatos sejam discutidos em outra sede, e que os mesmos fatos recebam uma decisão diversa. Não faltam em todos os ordenamentos, regras que admitam a desconstituição da coisa julgada quando surja a necessidade de adequar-se a decisão à verdade dos fatos, como na hipótese da *revocazione straordinaria* dos artigos 395, ns. 2 e 3 do Código de Processo Civil italiano.

Como dissemos no Capítulo 1, o processo deve produzir decisões materialmente justas, de conteúdo correto e verdadeiro quanto aos fatos e ao direito. Todo o sistema processual deve ser dotado de um processo de conhecimento de primeira instância qualificado, capaz de produzir conhecimento acurado; de meios de impugnação capazes de controlar e corrigir erros de julgamento de primeiro grau até a formação da coisa julgada; de ações impugnativas que possam, em situações definidas, corrigir, uma última vez, a injustiça da decisão; e de ações de complementação de cognição quando houver corte cognitivo. A eficiência do sistema processual deve estar dirigida à produção de decisões justas e à correção de eventuais injustiças e erros.

⁵³¹ Neste sentido e se contrapondo a Kelsen, que afirmava a existência de uma verdade processual a partir da sentença do juiz, FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valutazione razionale della prova**. Trad. De Cosimo Marco Mazzoni. In *Giuristi stranieri di oggi*. Milão: Giuffrè, 2012, p. 27.

⁵³² No original: "*Dunque la formazione del giudicato non impedisce che dei medesimi fatti si torni a discutere in altra sede, e che sugli stessi fatti vi sia una diversa decisione. Non mancano inoltre, in tutti gli ordinamenti, regole che consentono di porre nel nulla il vincolo del giudicato quando sorga la necessità di adeguare l'accertamento dei fatti alla verità, come nelle ipotesi di revocazione straordinaria dall'art. 395 nn. 2 e 3 cod. proc. civ.*" TARUFFO, Michele. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 84-85.

Alguns processos possuem limitações cognitivas que poderão ser complementadas em momento posterior, como no caso de superveniência de prova nova e outros cortes cognitivos probatórios, pois se o processo em razão destes cortes cognitivos não permitiu a produção da cognição plena e exaustiva, a coisa julgada oriunda da sentença de mérito será proporcional à medida do conhecimento, permitindo novo julgamento acerca do mesmo conflito de interesses, se o elemento cognitivo suprimido, cognição suplementar, for capaz de produzir a alteração do julgamento.

Quando passamos a admitir a análise em concreto e em abstrato da cognição (Seção 2.3, *supra*), a relevância da forma processual (comum, ordinário, sumário, sumaríssimo, especial) perde seu caráter único como medida de avaliação da qualidade da cognição, passando a se constituir um dos parâmetros para esta avaliação, a ser aplicado ao lado da avaliação concreta da fundamentação e dos outros atos processuais. Neste sentido, podemos dizer que da mesma forma que um processo de rito comum, talhado legalmente para produzir cognição plena e exaustiva, pode, em determinadas circunstâncias, gerar cognição não exaustiva ou sumária, um processo sumário, formal ou materialmente sumário poderá, de acordo com o seu desenvolvimento, gerar cognição plena e exaustiva e, portanto, coisa julgada. Bom exemplo disto é a limitação cognitiva probatória do mandado de segurança. Como se afirma ordinariamente, o *mandamus* é um processo de cognição sumária por não admitir dilação probatória e, portanto, se o juiz tiver condições de julgar com base nos documentos juntados aos autos, a sentença fará coisa julgada. Se não tiver condições de julgar com base nas provas documentais, vai extinguir o processo sem julgamento do mérito por falta de "direito líquido e certo", permitindo que qualquer das partes proponha processo de cognição plena e exaustiva para produzir novo julgamento. Teremos, então, no caso de julgamento do mérito, um processo que a princípio é abstratamente de cognição sumária, direito líquido e certo, que produz coisa julgada, pois, como veremos na Seção 4.4.4, *infra*, em verdade há coisa julgada proporcional nos limites da cognição sumária documental.

Há, portanto, uma relação de proporcionalidade, ou de gradação, entre o tamanho da cognição e o grau de imutabilidade da coisa julgada oriunda da sentença de mérito. E esta proporção somente pode ser atestada mediante a análise da fundamentação da sentença, da sua motivação e de atos do curso processual. Não se está pretendendo reconectar, séculos e séculos depois, a coisa julgada com a verdade, *pro veritate accipitur*, pois a coisa julgada é a imutabilidade do comando constante da sentença de mérito transitada em julgado.⁵³³ A extensão

⁵³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. **Temas de Direito Processual**. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 175-184. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e**

da sua imutabilidade, no entanto, somente é aferível mediante a leitura da fundamentação e do processo, onde poderá ser constatada a plenitude ou a limitação da cognição. Quando da execução de título judicial, é o comando imutabilizado da sentença da fase cognitiva que vai ditar os atos executórios de alteração do mundo real para entregar ao autor seu direito (artigo 489 do CPC/1973, e artigos 969 e 784, § 1º, do CPC/2015), e deverá prevalecer até que sobrevenha a desconstituição da coisa julgada ou de produção de cognição suplementar em processo posterior no qual serão considerados a fundamentação da sentença e os atos processuais correspondentes. Assim, ao contrário de Chiovenda⁵³⁴, o processo lógico expresso na fundamentação anterior ao ato de vontade tem evidente relevância para identificar a extensão da cognição e, portanto, da extensão da imutabilidade da coisa julgada, tanto no seu alcance objetivo como no subjetivo. Trata-se de uma visão cognitiva da coisa julgada.

Jordi Nieva Fenoll chega ao ponto de afirmar que a imutabilidade da coisa julgada se estende à fundamentação da sentença. Partindo de sua convicção de que todo e qualquer pronunciamento judicial (“*resolución judicial*”) pode ter efeitos de coisa julgada, independente de julgar ou não o mérito do conflito de interesses, como nas sentenças de processos cautelares e nas de extinção sem mérito. Nieva Fenoll⁵³⁵ afirma que a imutabilidade não vai recair somente sobre a parte dispositiva da sentença, mas também sobre alguns elementos da motivação. Para o autor, a fim de manter a imutabilidade da coisa julgada, para além da discussão acerca da extensão da causa de pedir e da diferença entre questões de fato e de direito, é necessário que a estabilidade alcance os julgamentos explícitos, aqueles que constam expressamente da resolução, e dentre estes os fatos provados e as questões de direito resolvidas. Ou seja, a coisa julgada estende sua estabilidade aos fatos provados e às resoluções de direito quando estas resoluções forem importantes para a manutenção da estabilidade do que foi julgado: “*Es decir, cuando requieran estabilidad*”.⁵³⁶ Nós não chegamos a tanto, mas concordamos com o autor

autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 38-70.

⁵³⁴ “O processo lógico, precedente do ato final, tem um caráter minimamente instrumental, subordinado e secundário: é fadado a destituir-se de qualquer importância, logo que o processo haja atingido seu escopo, com a emanção do ato de vontade.” CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva, 1943, p. 182-183, v. I. Segundo o autor, a *res iudicata* como presunção de verdade vai surgir no processo *comum* romano-canônico, a partir do século XII, como no procardo, *sententia quae transit in rem iudicatum habetur ex praesumptione iuris et de iure pro veritate*. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva, 1942, p. 192, vol. I.

⁵³⁵ NIEVA FENOLL, Jordi. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 176.

⁵³⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 183.

catalão quando afirma que somente o que foi conhecido e julgado (*res iudicanda*), o que foi objeto de debate no processo entre as partes e o juiz, é que terá aptidão para estabilizar-se (*res iudicata*), em respeito ao contraditório. Assim, para além do debate acerca da tese do autor de que todos os pronunciamentos judiciais produzem coisa julgada em alguma medida, o que nos importa no momento na doutrina de Nieva Fenoll é o reconhecimento da importância da motivação da sentença, das questões fáticas e de direito explicitamente conhecidas, debatidas e julgadas, para a identificação da extensão da estabilidade do julgado.

Eduardo Talamini⁵³⁷, após reiterar o entendimento clássico de que a coisa julgada abarca somente o *decisum* (artigo 469, I, do CPC/1973, e artigo 504, I, do CPC/2015), não deixa de ressaltar a importância da motivação para a definição da extensão da *res iudicata*, para “determinar o exato sentido e alcance do *decisum*”. Em outra passagem de seu livro⁵³⁸, quando trata das sentenças *citra petita* e *extra petita*, Talamini adverte que, apesar de tais sentenças se caracterizarem pela “inexistência de provimento relativamente à pretensão não examinada”, coerente com sua adesão à teoria acerca das nulidades dos atos processuais, é possível reconhecer a ocorrência de coisa julgada se, da leitura da fundamentação da sentença e dos demais atos processuais, for possível identificar contraditório e julgamento quanto àquele pedido suprimido do *decisum*.

Concluimos, portanto, que, apesar de a coisa julgada recair somente sobre a parte dispositiva da sentença, há operatividade indispensável da fundamentação e demais atos do processo para a verificação da ocorrência da cognição plena e exaustiva e, portanto, da extensão e do alcance da própria coisa julgada na proporção desta cognição.

4.4 O confronto do paradigma coisa julgada/cognição plena em algumas espécies processuais

Após afirmarmos a necessária relação entre a cognição plena e exaustiva e a coisa julgada, passamos a aplicar este paradigma em diversas espécies processuais com o fim de observar a proporcionalidade entre estas garantias do processo nos casos concretos, procurando indicar a solução para cada caso. Vamos observar que a coisa julgada através da perspectiva

⁵³⁷ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 82.

⁵³⁸ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 312-313.

cognitiva do processo não pode mais ser vista de uma única forma absoluta e plena, mas que, em muitas oportunidades, em razão da sua proporcionalidade com a cognição, poderá ter contornos menos definitivos ou mesmo inexistir.

De acordo com as espécies processuais escolhidas e a seguir analisadas, podemos identificar, primeiramente, uma coisa julgada plena, desprovida de limitações cognitivas, como a doutrina tradicionalmente identifica a coisa julgada, resultado de processo de cognição plena e exaustiva, contra a qual não poderá ser oposta ação rescisória ou ação de complementação de cognição ou outro meio impugnativo de revisão do julgado.

Há coisa julgada *vulnerável ex post* que inicialmente aparenta ter decorrido de cognição plena e exaustiva, reconhecida como imutável, mas que após constata-se a sua vulnerabilidade, a sua incompletude diante da ocorrência de corte cognitivo diagnosticado *a posteriori*, como a *res judicata* de processo no qual se verifica a existência de prova nova ou de processo julgado, à revelia, quando após a sua formação o réu comprova justa razão para não ter apresentado sua resposta e a capacidade dos elementos cognitivos subtraídos alterar o julgado.

É possível observar, também, coisa julgada parcial ou *proporcional* identificada *ex ante*, em sentido estrito, à cognição decorrente de processos com cortes cognitivos parciais definidos *ex ante*, como a supressão de parte de objeto litigioso como nos embargos de terceiro, a limitação probatória no mandado de segurança e nos cortes probatórios em geral.

Por fim, vemos a ocorrência de um quarto fenômeno, normalmente reconhecido como capaz de produzir coisa julgada. São os cortes cognitivos *totais* de processos nos quais não haverá coisa julgada, decorrentes da supressão do julgamento ou de contraditório limitadíssimo, em que a cognição quanto ao mérito é de tal forma tênue, ou meramente processual, que não possui qualquer conteúdo de julgamento de mérito, elemento da coisa julgada⁵³⁹, como nas sentenças homologatórias, nas ações monitórias não embargadas, na improcedência liminar do pedido, na decisão de antecipação de tutela antecedente estabilizada, na impugnação ao cumprimento de equivalentes jurisdicionais autocompositivos⁵⁴⁰ e na ação possessória que impõe o corte absoluto da questão petítória.

⁵³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução de textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 6.

⁵⁴⁰ Carnelutti chama de equivalentes jurisdicionais autocompositivos as sentenças homologatórias de transação, renúncia ao direito material e de reconhecimento do pedido, e de equivalentes jurisdicionais heterocompositivos ou *quase processos* as decisões produzidas em processo estrangeiro, eclesiástico e arbitral. CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Nuevo Proceso Civil italiano**. Trad. de Jaime Guasp. Barcelona: Bosch Casa editorial, nº 58-60, 1947, p. 77-79. Vide também a Seção 4.4.6, *infra*.

Nesses casos a inexistência de coisa julgada é resultado do corte total, da inexistência de sentença de julgamento de mérito pelo Poder Judiciário, transitado em julgado; parte do conceito de coisa julgada.⁵⁴¹ É o mesmo fundamento utilizado tradicionalmente pela doutrina para afirmar a inexistência de coisa julgada no processo cautelar. Ovídio Araujo Baptista da Silva, citando Carnelutti e sua afirmativa de que a sentença é a "lei no caso concreto" para regular uma relação jurídica, vai negar a existência da coisa julgada no processo cautelar exatamente porque esse processo não gera declaração sobre a relação jurídica conflituosa.⁵⁴²

Ora, no caso da sentença cautelar o que lhe falta, para que possa produzir coisa julgada, é a declaração que o juiz teria para tanto, de fazer, sobre a existência ou a não existência de uma dada relação jurídica litigiosa, que o processo cautelar protege como simples possibilidade de existência, sem que o juiz possa declará-la existente.

O corte cognitivo na cautelar é de tal monta que suprime o próprio julgamento quanto ao mérito da controvérsia. Da mesma forma que não há julgamento acerca da relação jurídica material no processo cautelar, também não sucede na sentença do processo injuncional não embargado, nos equivalentes jurisdicionais ou nas sentenças homologatórias.

Não desconhecemos a doutrina⁵⁴³ que afirma a existência de coisa julgada no processo cautelar afirmando que o mérito do processo cautelar é o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Trata-se, no entanto, de um jogo de palavras ou de imagens. Não há mérito da cautelar diverso do mérito do processo principal.⁵⁴⁴ O que há é o mérito do processo principal, do

⁵⁴¹ "Por último, o que é o mérito da causa? É o conjunto das questões de direito material que o juiz aprecia no exercício da jurisdição, que se compõe do objeto litigioso, dos seus fundamentos e dos fundamentos da defesa." GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 210, v. II.

⁵⁴² SILVA, Ovídio Araujo Baptista. **Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 186, vol. 3. Nesse mesmo sentido, THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 1163-1164, vol. II.

⁵⁴³ Para Calamandrei, a instrumentalidade própria do provimento cautelar não impede que "passe em julgado" como decisão sobre a ação cautelar, tornando-se irrevogável, *rebus sic stantibus*, sobre as condições necessárias à concessão da medida. CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. In: **Opere Giuridiche**, Morano, Nápoli, vol. IX, 1983, p. 204. Para Jordi Nieva Fenoll todas as sentenças fazem coisa julgada na medida do que julgou. NIEVA FENOLL, Jordi. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 135. Flávio Luiz Yarshell, por seu turno, compreende que se a extensão da cognição no processo cautelar tiver sido suficiente para produzir o julgamento quanto ao mérito *principal*, a sentença poderá ter a capacidade de produzir coisa julgada. YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória – juízos rescindente e rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 226. Entendemos que essa hipótese somente será possível se estiver acobertada por um negócio processual pois, no caso contrário, não há previsibilidade para as partes do processo cautelar acerca da solução de mérito e menos ainda, da possibilidade de solução definitiva do conflito imutabilizada pela coisa julgada.

⁵⁴⁴ José Carlos Barbosa Moreira, apesar de entender que o mérito da cautelar é composto dos pressupostos para o regular exercício da ação cautelar, afirma que este "mérito", assim entre aspas, difere do mérito da principal e que tal ação em razão deste "mérito" meramente processual não possui aptidão para produzir coisa julgada.

conflito de interesses a ser julgado pelo Judiciário, para o qual servirá a tutela cautelar como meio de garantir a frutuosidade do provimento final. Reduzir o tamanho do mérito aos requisitos da cautelar para afirmar que haverá nesta espécie de provimento julgamento de mérito e coisa julgada é um ilusionismo entre objetos de tamanhos diversos expostos em diferentes distâncias, tal qual o ilusionismo de uma xilogravura de M. C. Escher.

Outra prova argumentativa da vinculação do mérito somente à *questão de fundo* sucede quando a sentença no processo cautelar reconhece a prescrição e a decadência. Nesse caso temos julgamento de mérito capaz de produzir coisa julgada (artigo 810 do CPC/1973, correspondente ao 310 do CPC/2015)⁵⁴⁵, mesmo estando em sede de processo cautelar.

Por essas razões é que se reforça a qualificação de inconstitucional da norma do parágrafo único do artigo 808 do CPC/1973, reproduzida com alterações de estilo no dispositivo do parágrafo único do artigo 309 do CPC/2015, o qual veda a renovação da medida cautelar que tenha caducado, nas hipóteses previstas no *caput* do artigo. Se não houve qualquer julgamento de mérito e se a função da cautelar é a tutela provisória do direito material a ser objeto do processo principal, negar a repropositura da medida de urgência é disposição inconstitucional em razão da violação do direito à inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, CR).⁵⁴⁶

A ausência de julgamento de mérito incapaz de produzir a imutabilidade da coisa julgada também é observada na regra do § 1º do artigo 486 do CPC/2015. Norma inovadora do sistema processual brasileiro veda a repropositura da mesma ação sem a correção do vício que gerou a extinção do processo sem resolução do mérito em algumas hipóteses, mas em especial na ausência de pressupostos processuais e de condições da ação (artigo 486, § 1º, do CPC/2015). Como não houve julgamento de mérito e, portanto, coisa julgada material, o autor poderá renovar a mesma ação corrigindo o vício ou demonstrando por outras alegações ou provas que o primeiro juiz teria se equivocado na extinção do processo.⁵⁴⁷ A nova propositura da mesma

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V.; arts. 476 a 565, p. 113.

⁵⁴⁵ "Entretanto, há casos em que a lei dá a essa regulação uma eficácia definitiva, como ocorre por exemplo, no Brasil, com o reconhecimento da prescrição ou da decadência (CPC, art. 810), o que, a meu ver, retira desse tipo de provimento o caráter cautelar." GRECO, Leonardo. A Função da Tutela Cautelar. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Direito Civil e Processo** – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 839.

⁵⁴⁶ GRECO, Leonardo. A Função da Tutela Cautelar. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Direito Civil e Processo** – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 840.

⁵⁴⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 212, v. I.

ação vai merecer novo pronunciamento acerca do controle das condições da ação e dos pressupostos processuais, não podendo o juiz simplesmente negar o seguir adiante do processo através da subsunção objetiva da norma do artigo 486, § 1º, do CPC/2015. Por certo, ao autor recalcitrante de má-fé, deverão ser aplicadas as penalidades pela conduta desleal, mas não deve ser suprimido de plano o acesso à justiça.

Esta interpretação vai ao encontro da nova norma do artigo 966, § 2º, do CPC/2015 que permite a propositura de ação rescisória mesmo contra sentenças terminativas, quando não se mostrar possível a renovação da mesma demanda. A nova norma insere no CPC/2015 o entendimento de Flávio Luiz Yarshell⁵⁴⁸ acerca de sentenças terminativas, como as que reconhecem perempção, litispendência ou coisa julgada, pois, segundo o autor, nessas hipóteses a “eficácia se projeta para fora do processo”, mesmo “sendo indubitoso que não houve julgamento de mérito”. Portanto, nas hipóteses do artigo 486, § 1º, CPC/2015, como é possível a repositura da mesma demanda, não há coisa julgada, como também não há interesse da propositura de ação rescisória.

O mesmo ocorre na jurisdição voluntária, atividade jurisdicional incapaz de produzir sentença de mérito hábil a formar coisa julgada, que propicia julgamento posterior acerca do conflito de interesses, mediante ação autônoma (artigo 486 do CPC/1973, e artigo 966, § 4º, do CPC/2015)⁵⁴⁹ ou impugnação ao cumprimento de sentença sem as tradicionais limitações cognitivas (artigo 475-L, CPC/1973, e artigo 525, § 1º, do CPC/2015) caso se trate de procedimento de jurisdição voluntária executório.

A atividade jurisdicional cognitiva na jurisdição voluntária é insatisfatória para o objetivo de imutabilizar-se até mesmo nos procedimentos chamados cognitivos declaratórios⁵⁵⁰, nos quais o juiz reconhece, concordando com a vontade dos interessados, a existência de uma relação ou situação jurídica, como a extinção do usufruto e do fideicomisso (artigo 1.112, inciso VI, do CPC/1973, e artigo 725, VI, do CPC/2015) ou na posse em nome do nascituro (artigos 877 e 878 do CPC/1973); ou nos procedimentos cognitivos constitutivos, através dos quais se cria, se modifica ou se extingue uma relação jurídica, como a emancipação (artigo 1.112, I, do CPC/1973, e artigo 725, I, do CPC/2015), a sub-rogação de gravames ou de

⁵⁴⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória** – juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 163-165.

⁵⁴⁹ GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 38-39, 58, 140 e 144.

⁵⁵⁰ Utilizamos a classificação de Leonardo Greco acerca dos procedimentos de Jurisdição Voluntária. GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 27-29.

bens inalienáveis (artigo 1.112, III, do CPC/1973, e artigo 725, III, do CPC/2015), a locação da coisa comum (artigo 1.120, IV, do CPC/1973, e artigo 725, IV, do CPC/2015). Mesmo havendo cognição nesses procedimentos, o conhecimento é meramente formal, acerca da presença dos requisitos necessários para admitir a eficácia da manifestação de vontade do requerente ou dos interessados das situações ou das relações jurídicas. Não há interpretação para aplicação de norma jurídica concreta a um conflito de interesses que necessite ser imutabilizada ou cognição plena e exaustiva que autorizem a formação de coisa julgada material.

O grau cognitivo, no entanto, reduz-se ainda mais nas demais espécies procedimentais. Se nos procedimentos receptícios o juiz se limita a documentar, registrar ou comunicar manifestações de vontade, como nos protestos, notificações ou interpelações (artigos 867 a 873 do CPC/1973 e artigos 726 a 872 do CPC/2015), sua atividade é praticamente administrativa, sem valorar ou interpretar norma jurídica e fatos controvertidos, simplesmente porque não é esse o seu escopo.

Nos procedimentos probatórios, como na justificação (artigos 861 a 866 do CPC/1973 e artigos 381, § 5º, a 382 do CPC/2015) ou na produção antecipada de provas e na exibição de documento ou coisa preparatórios de jurisdição voluntária (artigos 846 a 851 e 844 a 845 do CPC/1973 e artigos 381 a 383 do CPC/2015), o juiz exerce cognição acerca dos requisitos formais para a aquisição probatória, zelando pela regularidade procedural, mas não avalia as provas como justificações para os enunciados descritivos desenvolvidos pelas partes, como o faz em processo cognitivo para prolatar julgamento justo.

Nos procedimentos executórios, como a própria classificação anuncia, o juiz exerce atividade preponderantemente executiva, de alteração do mundo fático material, como nas alienações judiciais (artigos 1.112, III, IV e V, do CPC/1973, e artigo 725, III, IV e V, do CPC/2015) e administração da coisa comum (artigo 1.112, IV, do CPC/1973, e artigo 725, IV, do CPC/2015), por exemplo, não gerando qualquer julgamento.

Por fim, os procedimentos exclusivamente tutelares, dos quais podemos indicar como exemplos a nomeação, a remoção de tutores ou curadores (artigos 1.187 a 1.198 do CPC/1973 e artigos 759 a 763, IV, do CPC/2015) ou a exibição de testamentos (artigo 1.129 do CPC/1973), também não possuem carga cognitiva suficiente para a formação de coisa julgada.

Analisando as hipóteses selecionadas, vamos concluir, portanto, que, além da coisa julgada plena, há casos de coisa julgada vulnerável *ex post*, de coisa julgada proporcional e de inexistência de coisa julgada material quando o corte for total.

4.4.1 Os processos materialmente sumários: subtração parcial de objeto litigioso e coisa julgada proporcional

O processo de conhecimento é materialmente sumário quando a lei veda determinada pretensão ou defesa, produzindo limitação de objeto litigioso, conforme visto na Seção 3.2, *supra*. Essa limitação importa em mitigação de coisa julgada material, pois aquele elemento do objeto litigioso suprimido da cognição do juiz e das partes poderá ser rediscutido em processo posterior.

Kazuo Watanabe, através de sua perspectiva bidimensional da cognição, vê que a cognição limitada no seu objeto litigioso pode e em geral é exauriente, pois há “ilimitação quanto à profundidade da cognição voltada ao objeto cognoscível”, o que permitiria que a sentença de tais processos tenha “aptidão suficiente para produzir coisa julgada material”. Conclui o autor que, se o legislador opta pela "proibição de controvérsia sobre alguma questão do processo" por razões de especificidade do direito material ou por celeridade, esta parte suprimida poderá ser objeto de ação autônoma.⁵⁵¹ Evidencia-se, então, a partir dos ensinamentos de Watanabe, que a limitação cognitiva de objeto litigioso parcial produz coisa julgada material, mas coisa julgada proporcional aos limites da cognição que se permitiu desenvolver no processo, autorizando a propositura posterior de ação autônoma.

Admitimos, para estes casos, a aplicação da técnica da condenação com reserva de exceções (Seção 3.2, *supra*), através da qual os processos de limitações cognitivas de objeto litigioso que geraram coisa julgada proporcional e execução, em razão de especificidades do direito material, facultam, em respeito ao contraditório, a propositura posterior de processo de *cognitio plena*, a "ação autônoma" a que se refere Watanabe.

No Processo Civil brasileiro, essas limitações de objeto litigioso são encontradas dentre os chamados procedimentos especiais e na impugnação ao cumprimento de sentença do artigo 475-L, do CPC/1973⁵⁵², ressaltando que a maioria dos procedimentos especiais elencados no nosso Código é de cognição plena e exaustiva, sendo, tão somente, adaptados às especificidades

⁵⁵¹ "Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta a natureza do direito ou da pretensão material, a sua disciplina no plano substancial (às vezes contida em dispositivos legais localizados em estatuto processual), ou opta pela proibição de controvérsia sobre alguma questão no processo, com o objetivo de simplificá-lo ou torná-lo mais célere, mas com ressalva do direito de questioná-la em ação autônoma." WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123-124.

⁵⁵² GRECO, Leonardo. Ações na Execução Reformada. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Execução Civil** – Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 850-867.

do direito material.⁵⁵³ As ações de consignação em pagamento, de usucapião e a monitória embargada são processos de cognição plenária exaustiva, em procedimentos diferenciados do ordinário apenas pelo acréscimo de um ato inicial ou pela distribuição dos atos ao longo do processo, plenamente capazes, portanto, de produzir coisa julgada.

A ação de alimentos é outro exemplo de processo de conhecimento de rito plenário rápido previsto na Lei nº 5.478/68, em razão da celeridade que o direito tutelado exige. O procedimento é concentrado e não impõe limitações cognitivas, permitindo, apesar da redação do artigo 15, a formação de coisa julgada plena.

Os embargos de terceiro limitam as defesas do embargado contra os embargos do devedor com garantia real (artigo 1.054 do CPC/1973 e artigo 680 do CPC/2015) às alegações de insolvência do devedor comum, à nulidade do título, que este não obriga a terceiro ou que outra é a coisa dada em garantia. Há evidente subtração de alegações e, portanto, limitação de objeto litigioso, permitindo ação plenária posterior, em razão da proporcionalidade da coisa julgada.

O mandado de segurança, como veremos na Seção 4.4.4, *infra*, possui como limitação cognitiva mais relevante a probatória. Mas também determina subtração de causa de pedir na sua horizontalidade, correspondente ao objeto litigioso, ao não poder regular as obrigações pecuniárias pretéritas, mas somente aquelas a partir da propositura do *mandamus*, entendimento sumulado no Enunciado nº 271 do Supremo Tribunal Federal.⁵⁵⁴

O processo da ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, com a alteração do § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911, de 1969, que limitava a contestação do réu às alegações de “pagamento do débito vencido ou ao cumprimento das obrigações contratuais”, de acordo com a Lei nº 10.931/04, passou a admitir todas as respostas do réu e não somente de contestação, transmudando-se de processo de cognição limitada para exaustiva, pois não mais suprime espécies de defesas que podem ser apresentadas pelo réu.

Kazuo Watanabe⁵⁵⁵ classifica de inconstitucionais as limitações cognitivas de objeto litigioso quando vedam absolutamente o acesso à justiça (“impossibilitam a efetiva tutela

⁵⁵³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 4-5, vol. VIII, tomo III, arts. 890 a 945.

⁵⁵⁴ Súmula nº 271: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”. Neste sentido, TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 128.

⁵⁵⁵ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123-124.

jurisdicional”), como ocorre, no exemplo trazido pelo autor, no artigo 9º combinado com o artigo 35, ambos do Decreto-Lei nº 3.365/41, que regula o processo de desapropriação. Nesta combinação de normas, é vedada a discussão pelo particular da presença ou ausência dos requisitos constitucionais para a desapropriação, quais sejam, utilidade pública e interesse social.⁵⁵⁶ A norma veda a reivindicação da coisa permitindo-se, tão somente, a pretensão a perdas e danos. Ovídio de Araujo Baptista da Silva reconhece que tais limitações importam em verdadeira sumariedade material.⁵⁵⁷ A solução dada pelo Supremo Tribunal Federal e posteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁵⁸ é de reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário ingressar na análise dos requisitos constitucionais, subtraíndo o corte cognitivo da hipótese. A celeridade que a "utilidade pública" tem na imissão na posse do bem poderia justificar uma solução *de lege ferenda* nos moldes da técnica da condenação ressalvada: o processo de desapropriação permitiria a imissão na posse, limitando-se a cognição ao valor da indenização, remetendo-se a discussão acerca da adequação constitucional da desapropriação a outro processo de cognição plena e exaustiva. Parece-nos, no entanto, que a necessidade de prévio depósito para a imissão na posse nos casos de urgência já é medida assaz eficiente para atender às necessidades da Administração Pública, permitindo o prosseguimento do processo em cognição plena e exaustiva, sem limitação de objeto litigioso, mediante o debate acerca das razões da desapropriação.

Questão tormentosa na doutrina é a sumariedade ou plenariedade da ação de consignação em pagamento diante da norma do artigo 896 do CPC/1973, correspondente ao artigo 544 do CPC/2015, que faculta ao réu alegar na contestação que: I – não houve mora do credor ou recusa; II – a recusa funda-se em justo motivo; III – o depósito não respeitou a data e o lugar determinados; e IV – o depósito não foi integral. Em sentido completamente contrário à Adroaldo Furtado Fabrício⁵⁵⁹ que afirma a plenariedade da consignação em pagamento,

⁵⁵⁶ “Art. 9º Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.” Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 ago. 2015.

⁵⁵⁷ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Procedimentos Especiais, exegese do Código de Processo Civil (arts. 890 a 981)**. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 47.

⁵⁵⁸ RE 78229 / GB – GUANABARA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN. Julgamento: 12/06/1974, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, de acordo com o sítio www.stf.jus.br. REsp 868120 / SP RECURSO ESPECIAL 2006/0165438-4 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 – PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 27/11/2007. Data da Publicação/Fonte DJ 21/02/2008, p. 37, disponível em <www.stj.jus.br>.

⁵⁵⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 38-39, vol. VIII, tomo III, arts. 890 a 945.

Ovídio Araujo Baptista da Silva⁵⁶⁰ entende que o objetivo do legislador com a norma do artigo 896 do CPC/1973, foi aplicar técnica de sumarização assemelhada à condenação com reserva de exceções no "sentido moderno" (Seção 3.2, *supra*), ao limitar as exceções do demandado às enumeradas em seus incisos. O objeto da consignação seria somente a questão da liberação do devedor de sua obrigação, com a declaração de extinção da obrigação na sentença de procedência (artigo 897 do CPC/1973), sem permitir que a cognição adentre às outras questões relativas à relação obrigacional, como a ação de inexistência do contrato de compra e venda ou de rescisão da promessa de compra e venda; matéria que é remetida a ação posterior autônoma. Prevalecendo este entendimento, podemos dizer que a ação de consignação em pagamento impõe corte cognitivo parcial quanto às exceções oponíveis pelo réu, produzindo coisa julgada proporcional à cognição permitida pelo legislador. Em sentido contrário ao de Ovídio, sob a égide do CPC/1939, Alfredo Buzaid⁵⁶¹, em extenso estudo no qual indica as origens romanas dessa ação e os institutos correspondentes no Direito italiano e francês, classifica a ação de consignação não como mera *ação executiva invertida* destinada, simplesmente, à desoneração do devedor face à recalcitrância do credor, mas em verdadeira ação de cognição plena e exhaustiva, em razão do livre debate que seu procedimento ordinário permite às partes sobre a existência e a regularidade da obrigação avençada.

Outra hipótese de corte cognitivo parcial de objeto litigioso, que subtrai o elemento recursal da cognição plena e exhaustiva, encontra-se na injusta vedação à cognição dos tribunais superiores para o controle da uniformização e para a interpretação de lei federal e da Constituição (Seção 3.7, *supra*).⁵⁶² Essa patologia pode ser exemplificada na série de obstáculos ilegítimos impostos ao acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça através da chamada jurisprudência defensiva, e da impossibilidade de interposição de recurso especial em sede de juizados especiais cíveis, limitando o acesso dos litigantes à uniformização de jurisprudência e à função nomofilática do Superior Tribunal, importando em evidente violação da isonomia.⁵⁶³ A superveniência da Resolução nº 12 do Superior Tribunal de Justiça,

⁵⁶⁰ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Procedimentos Especiais, exegese do Código de Processo Civil (arts. 890 a 981)**. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 37-54.

⁵⁶¹ BUZOID, Alfredo. Ação de consignação em pagamento (1968). **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**. Notas de adaptação ao Direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 176-181.

⁵⁶² GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 257-261. FARIA, Márcio Carvalho. A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 167, jan. 2009, p. 250-270.

de 14/12/2009⁵⁶⁴, que admite a reclamação contra decisão de turma recursal que estiver em desacordo com jurisprudência, súmula ou paradigma de recurso especial repetitivo daquele Tribunal, minimiza mas não soluciona a redução, pois o meio impugnativo só é admitido para questões de mérito, porém inadmitido para questões processuais da competência constitucional daquele Tribunal Superior.⁵⁶⁵ Observe-se que o óbice se funda tão somente em interpretação literal do artigo 105, III, da Constituição que adequa o cabimento do recurso somente contra decisões de "tribunais", conceito no qual não se compreendem as turmas recursais. Sobrevindo o trânsito em julgado de sentença de mérito, a questão poderá ser levada a novo julgamento para controle da legalidade mediante ação rescisória por violação literal de disposição de lei (artigos 485, V, do CPC/1973 e 966, V, do CPC/2015), como meio para viabilizar o julgamento da questão de direito infraconstitucional suprimida nos juizados; não sendo mais possível a

⁵⁶³ Neste sentido são os enunciados de Súmula de Jurisprudência nº 203 do Superior Tribunal de Justiça ("Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais", cuja redação original autorizava o recurso especial para dirimir controvérsia em matéria de competência), Enunciado nº 63 do FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais, atualizado até o XXXVII encontro ("Contra decisões das Turmas Recursais são cabíveis somente os embargos declaratórios e o Recurso Extraordinário"). Disponível em: <www.stj.jus.br>; <www.amb.com.br/fonaje/>. Acesso em: 28 ago. 2015.

⁵⁶⁴ Disponível em: <www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir.asp?seq_edicao=1977>. Acesso em: 3 set. 2015.

⁵⁶⁵ AgRg na Rcl 14652 / DF AGRADO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 2013/0335775-0 Relator(a) Ministra ASSUSETE MAGALHÃES (1151) Órgão Julgador S1 – PRIMEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento 10/06/2015 Data da Publicação/Fonte DJe 01/07/2015 Ementa ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ART. 6º DA RESOLUÇÃO STJ 12/2009. RECURSO INCABÍVEL. TELEFONIA. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTIMAÇÃO PESSOAL. MATÉRIA PROCESSUAL. VALOR DE ALÇADA DO JUIZADO ESPECIAL. DESPROPORCIONALIDADE DO MONTANTE EXECUTADO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CONTRARIEDADE A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ. NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. AGRADO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. I. De acordo com o art. 6º da Resolução STJ 12/2009, que regulamenta o processamento de Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência do STJ, "as decisões proferidas pelo relator são irrecuráveis". Precedentes: AgRg na Rcl 15.689/AP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 05/06/2014; AgRg na Rcl 19.562/MA, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 19/09/2014; AgRg na Rcl 6.489/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 21/06/2012. II. Mesmo que o Agravo Regimental pudesse ser conhecido, não merece ser provido. Com efeito, firmou-se a jurisprudência da STJ no sentido de que (a) "não cabe a Reclamação disciplinada pela Resolução STJ 12/2009 para uniformizar a interpretação das normas processuais" (STJ, AgRg na Rcl 7.765/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 22/05/2012); e (b) a Reclamação, prevista na Resolução 12/2009, somente é cabível quando a parte demonstrar contrariedade "a jurisprudência consolidada desta Corte Jurisprudência/STJ - Acórdãos Página 1 de 2 quanto a matéria, entendendo-se por jurisprudência consolidada: (i) precedentes exarados no julgamento de Recursos Especiais em Controvérsias Repetitivas (art. 543-C do CPC); ou (ii) enunciados de Súmula da jurisprudência desta Corte" (STJ, Rcl 6.721/MT, Rel. p/ acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 09/11/2012). III. No caso, a controvérsia acerca da necessidade prévia de intimação do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Súmula 410/STJ) envolve matéria eminentemente processual, descabendo a Reclamação. Ademais, ao alegar a impossibilidade de execução de valor que exceda a alçada dos Juizados Especiais Cíveis e a desproporcionalidade do montante das astreintes, a agravante indica apenas a contrariedade a precedente de Turma do STJ e ofensa aos arts. 461, §§ 4º e 6º, do CPC e 944 do Código Civil, deixando de demonstrar divergência com jurisprudência desta Corte, consolidada em Súmula ou julgamento sob a égide do art. 543-C do CPC. IV. Agravo Regimental não conhecido. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 3 set. 2015.

reclamação agora prevista no artigo 988, do CPC/2015, em especial no inciso IV, que prevê o cabimento quando a decisão impugnada violar "garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade", considerando a sua inadmissibilidade para impugnar decisões transitadas em julgado (artigo 988, § 5º, CPC/2015).

4.4.1.1 A ação possessória e o corte total da *exceptio dominii*

A ação possessória por força nova está instrumentalizada em nosso direito através de processo de conhecimento, rito especial adaptado ao direito material, no Capítulo V do Livro IV do CPC/1973, sem limitação cognitiva quanto à questão possessória, capaz, portanto, de produzir *res iudicata*. Para além da questão possessória, este processo dos artigos 920 e seguintes do CPC/1973, correspondentes aos artigos 554 e seguintes do CPC/2015, é de cognição limitada, com corte de defesa, pois, de acordo com a norma do artigo 923 do CPC/1973, não é possível ser deduzida demanda petítória durante o trâmite de processo possessório: *nec possessio et proprietas misceri debent*.⁵⁶⁶

A norma corresponde àquela do parágrafo 2º do artigo 1.210 do Código Civil, que substituiu o antigo artigo 505, conflituava com a regra presente no diploma processual, em razão da segunda parte do dispositivo que dispunha que “Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”. Entendimento posteriormente consolidado no Enunciado nº 487 da súmula de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.⁵⁶⁷

No Direito romano, o *ius possessionis*, em razão da instabilidade social que produzia, principalmente para a estabilidade do Estado romano, era tutelado pelos *interdicta*, de estrutura eminentemente sumária e provisória, sucedidos, quando descumpridos, pela *actio possessionis* ou pela ação petítória.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 372, vol. VIII, tomo III, arts. 890 a 945.

⁵⁶⁷ Súmula nº 487: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”.

⁵⁶⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 51, v. IV. LUGO, Andrea; BERRI, Mario. **Codice di Procedura Civile**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1942, p. 584.

Foi no direito canônico, no entanto, que sobreveio a separação entre as questões possessória e de propriedade presente, conforme ensinamento de Victor Fairén Guillén⁵⁶⁹, na Lei XXVII, Título II, da *Partida III*, e para os juristas daquele tempo:

A doutrina quase que uníssona - Baldo, Bartolo, Alejandro de Imola, Juan Andrea, reconhecidos por Gregorio Lopes em glosa a esta Lei (Partidas) - chega a conclusão de que, em primeiro lugar, deve-se promover as ações sobre a posse - reintegração da mesma - e depois, sobre o domínio.

Segundo Fairén Guillén, justifica-se a separação em razão de a controvérsia petítória necessitar do processo de cognição plenária, enquanto para a prova da posse bastar o sumário, o que determina a anterioridade deste processo.⁵⁷⁰

Mas foi a influência da norma existente na ordenação francesa de 1667, também transposta para o Código de Processo Civil italiano, que acabou alcançando o nosso Código de 1973, tendo estado presente antes em vários Códigos regionais brasileiros.⁵⁷¹

A doutrina de direito civil constitucionalmente justificado fundamenta o *non-cumul* da posse e da propriedade através da teoria social da posse, como expressão da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR) e do direito à moradia (art. 6º, CR).⁵⁷² Para essa doutrina, a norma é interpretada como meio de evitar a supressão da proteção possessória perante a simples e documental comprovação da propriedade, permitindo que o proprietário sem posse possa praticar atos de violência contra o legítimo possuidor, para após, na ação possessória, opor a *exceptio dominii*, quebrando a paz social através do exercício arbitrário das próprias razões (artigo 345, Código Penal).⁵⁷³

⁵⁶⁹ Tradução do original: "*La doctrina casi de consuno – Baldo, Bartolo, Alejandro de Imola, Juan Andrea, recogidos por Gregorio Lopes em glosa a esta Ley (Partida) – llega a la consecuencia de que, em primer lugar, se han de promover las acciones sobre la posesion – despojo de la misma – y después las demás, sobre el dominio.*" FAIRÉN GUILLÉN, Victor. **Lo “Sumario” y lo “Plenario” en los procesos civiles y mercantiles espanòles: Pasado y Presente.** Madri: Centro de Estudios, 2006, p. 799.

⁵⁷⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Victor. **Lo “Sumario” y lo “Plenario” en los procesos civiles y mercantiles espanòles: Pasado y Presente.** Madri: Centro de Estudios, 2006, p. 795-797.

⁵⁷¹ LUGO, Andrea; BERRI, Mario. **Codice di Procedura Civile.** Milão: Dott. A. Giuffrè, 1942, p. 584. Adroaldo Furtado Fabrício enumera o Assento de 16 de fevereiro de 1786, o Alvará de 9 de novembro de 1754, os artigos 25 e 27 do Código de Processo Civil francês de 1806 e os códigos regionais brasileiros do Distrito Federal, artigo 523, do Espírito Santo, artigo 433, de Minas Gerais, art. 661, de Pernambuco, art. 539, do Rio Grande do Sul, artigo 525, e de São Paulo, artigos 614 e 628. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 374-378, vol. VIII, tomo III, arts. 890 a 945.

⁵⁷² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 24.

⁵⁷³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.** 9. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 992.

Deve-se, então, aguardar o fim do processo possessório para só depois iniciar o debate acerca da propriedade, elemento cognitivo suprimido do objeto litigioso na inicial, gerando corte de cognição absoluto quanto à questão petítória e à possibilidade de propositura de nova ação posteriormente acerca do mesmo bem, em cognição plena e exaustiva. O autor será, então, o senhor da opção de limitar ou não a extensão da *res in iudicio deducta*, promovendo a ação possessória quando sua posse for desvinculada da propriedade, ou a ação petítória, quando sua posse decorrer da propriedade.

A defesa do réu restará, por seu turno, limitada pela supressão da exceção de domínio, restando-lhe a eventual e futura propositura de ação com base na propriedade.⁵⁷⁴ De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a norma não viola o direito de reivindicar como consecutório da propriedade⁵⁷⁵, tratando-se, segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery⁵⁷⁶, de condição suspensiva para o exercício do direito de ação da petítória.

A interpretação pelo *non-cumul*, como em Caio Mario da Silva Pereira⁵⁷⁷, importa no reconhecimento da limitação ao direito de defesa do réu e conseqüentemente à cognição limitada no processo possessório e, portanto, à formação de coisa julgada proporcional, permitindo-se processo posterior que veicule a pretensão petítória quanto ao mesmo bem. Neste sentido é a doutrina de Eduardo Talamini⁵⁷⁸ e de Jordi Nieva Fenoll⁵⁷⁹, para quem os processos possessórios são aptos a produzir *res iudicata*, apesar de só decidirem sobre a posse, excluindo

⁵⁷⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 372, vol. VIII, tomo III, arts. 890 a 945. CIOFFI, Alfredo. **Commento Teorico-pratico del Codice di Procedura Civile, vol. 3° del Processo di Esecuzione, dei Procedimenti Speciali, artigos 474-831**. Roma: Jandi Sapi, 1956, p. 331-332.

⁵⁷⁵ Recurso Extraordinário n° 87.344-MG, Tribunal Pleno. Rel. Min Moreira Alves. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Supremo Tribunal Federal, vol. 91, fevereiro de 1980, p. 594-601.

⁵⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 992-994.

⁵⁷⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 51, v. IV.

⁵⁷⁸ "Tome como exemplo a ação possessória. A cognição é parcial, uma vez que adstrita, em regra, à disputa possessória, de modo a excluir as questões dominiais. A liminar possessória é fundada em cognição não apenas *parcial*, por força dessa mesma circunstância, como também *superficial*, pois o juiz a concede mediante juízo de mera verossimilhança. Todavia, a sentença final do processo possessório deriva de cognição *exauriente*: a questão possessória é objeto de investigação aprofundada. Tal sentença faz coisa julgada material nos limites do objeto do processo. Entre as mesmas partes, e enquanto permanecer inalterada a causa de pedir, não se poderá examinar novo pleito de tutela possessória. Será possível, porém, o ajuizamento de outra ação, entre as mesmas partes, para discutir a propriedade do objeto da disputa – e isso, não por ausência ou atenuação da coisa julgada na sentença possessória, mas porque a questão dominial está fora dos limites objetivos do julgado." TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 58.

⁵⁷⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 157.

as questões dominiais não julgadas. A coisa julgada quanto à questão possessória não alcançará, reafirma-se, a questão petitória.⁵⁸⁰

Em sentido oposto, entendendo ser possível a oposição petitória na ação possessória, em interpretação diversa da norma do artigo 923 do CPC/1973, Adroaldo Furtado Fabrício⁵⁸¹ vai apontar que, além de se coadunar com a tradição histórica francesa e luso-brasileira, a admissão da *exceptio dominii* no mesmo processo possessório evita o julgamento a favor daquele que detém a posse mas não é proprietário, o que subtrairia deste o poder de reivindicar. O autor chega a qualificar essa subtração de “amputação inaceitável” ao direito de propriedade, capaz de permitir o exercício fraudulento da ação possessória, postergando no tempo “uma situação de fato talvez francamente contrária a direito”.⁵⁸² A adoção dessa teoria nos levaria à plenitude da cognição e, portanto, da coisa julgada. Como dito acima, no entanto, essa doutrina não subsistiu a derrogação da segunda parte do revogado artigo 505 do Código Civil, na nova redação do parágrafo segundo do artigo 1.210 do novo Código Civil brasileiro, retirando a *exceptio dominii* do julgamento do conflito possessório.

Retornando ao entendimento prevalente, teremos a cognição parcial, por limitação do objeto litigioso e inexistência de coisa julgada quanto à propriedade, caso não se admita a *exceptio dominii*, permitindo novo julgamento quanto ao mesmo objeto mas por causa de pedir diversa.

4.4.2 Os processos formalmente sumários e a exacerbação da celeridade

Os processos formalmente sumários, em regra, produzem coisa julgada considerando que são de cognição plena e exaustiva, pois respeitam o direito de defesa, porquanto nomeados de plenários rápidos, de acordo com Victor Fairén Guillén⁵⁸³ e Jordi Nieva Fenoll.⁵⁸⁴ São

⁵⁸⁰ CIOFFI, Alfredo. **Commento Teorico-pratico del Codice di Procedura Civile, vol. 3°, del Processo di Esecuzione, dei Procedimenti Speciali, artigos 474-831**. Roma: Jandi Sapi, 1956, p. 332.

⁵⁸¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo III, arts. 890 a 945**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 374-378.

⁵⁸² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo III, arts. 890 a 945**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 379.

⁵⁸³ FAIRÉN GUILLÉN, Victor. **Lo “Sumario” y lo “Plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: Pasado y Presente**. Madri: Centro de Estudios, 2006, p. 785-849.

processos que se desenvolvem dentro do arcabouço garantístico, mas são processos de atos e ritos de menor solenidade adaptados legal e proporcionalmente a sua menor complexidade instrínseca. Nieva Fenoll ressalta que, havendo nestes processos julgamento da controvérsia, devem ser estabilizados, pois seria inútil permitir novo julgamento de mérito já decidido⁵⁸⁵, violando a segurança jurídica.

De acordo com a norma do artigo 447.2 da LEC⁵⁸⁶ e o entendimento de prestigiosa doutrina capitaneada por Montero Aroca⁵⁸⁷, os processos sumários não são capazes de produzir coisa julgada em decorrência da limitação cognitiva que a brevidade e a rapidez imprimem a estes processos. Victor Fairén Guillén⁵⁸⁸ se contrapõe a essa doutrina que afirma, acerca do artigo 447 da LEC, a insuscetibilidade de o sumário formal produzir coisa julgada. Para Fairén Guillén, os autores que admitem tal tese confundem a eliminação de elementos instrutórios e probatórios, naturais da sumariedade substantiva, com a concisão dos atos e prazos, proporcionais à complexidade intrínseca do objeto litigioso.

Os procedimentos sumários e sumaríssimos do nosso ordenamento processual são, a princípio, plenários rápidos de cognição plenária em procedimento concentrado, sem limitação de contraditório. Os processos sumários e sumaríssimos, do artigo 275 do CPC/1973, e dos juizados especiais cíveis da Lei nº 9.099/95, são classificados como de plano, plenários rápidos, de cognição plenária em procedimento concentrado, sem limitação de contraditório, como a própria doutrina brasileira reconhece.⁵⁸⁹ O legislador criou inclusive desvios procedimentais

⁵⁸⁴ “Actualmente se trata de procesos más breves, ciertamente, porque se celebran a través de un procedimiento más conciso de que podría ser normal. Pero en los mismos suele existir una amplia posibilidad de defensa, habiendo tiempo de observar las actuaciones, contratar a un abogado, preparar debidamente la prueba y, finalmente, ejercer una defensa absolutamente aceptable.” NIEVA FENOLL, Jordi. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 429-440.

⁵⁸⁵ NIEVA FENOLL, Jordi. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 163.

⁵⁸⁶ “**Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales.** [...] 2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias.” Disponível em: <www.boe.es>. Acesso em: 8 nov. 2015.

⁵⁸⁷ MONTERO AROCA, Juan; FLORES MATÍES, José. **Tratado de Juicio Verbal**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 1622. NIEVA FENOLL, Jordi. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, nota 612, p. 153.

⁵⁸⁸ FAIRÉN GUILLÉN, Victor. **Lo “Sumario” y lo “Plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: Pasado y Presente**. Madri: Centro de Estudios, 2006, p. 786.

⁵⁸⁹ Neste sentido, Ovídio de Araujo Baptista Silva: “A primeira coisa a dizer-se a respeito do procedimento sumário, denominação dada ao sumaríssimo dos arts. 275-281 do vigente Código de Processo Civil, é que ele, ao contrário dos demais até agora examinados, não é um procedimento *materialmente sumário*. As demandas contidas no *procedimento sumário* previsto no artigo 275 são *plenárias* e não *sumárias*. Sumário apenas sob o

para o caso de o juiz observar que aquela demanda proposta como adequada a tais processos plenários rápidos, em verdade, é desproporcional e necessita da estrutura do processo de cognição plena e exaustiva. O artigo 277, § 5º, do CPC/1973 prevê a possibilidade de convalidação do procedimento sumário em ordinário “quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade”⁵⁹⁰. Nos juizados especiais cíveis, se o juiz observar que a causa é de *maior complexidade*, extingue o processo sem julgamento de mérito. Apesar de tratar-se de técnica de adaptabilidade judicial, a extinção do processo no juizado é medida extremamente grave e contraproducente, o que poderia ser facilmente solucionado através da *translatio iudicii*, como já apontou Leonardo Greco.⁵⁹¹ Tais normas, não extinguindo o processo, viabilizam a readequação da demanda proposta à maior ou menor concentração ritual do processo.

O reconhecimento desses processos formalmente sumários como plenários rápidos, aptos a produzir coisa julgada, se estende até que a celeridade se exarcebe de tal forma que passe a se sobrepor ao contraditório, descaracterizando o devido processo legal. A concentração de prazos, a subtração de meios probatórios e a vedação à impugnação das decisões judiciais, para a satisfação da celeridade máxima, sob a política judiciária da prestação jurisdicional eficiente quantitativamente, podem gerar a subtração de elementos cognitivos, transmutando um processo pensado para ser da espécie plenário rápido em um processo substancialmente sumário.

Os juizados especiais cíveis, criados como alternativa para a ineficiência do processo comum, e sob a batuta da política de redução da pletora de processos, sofrem da patologia de transmutação de plenários rápidos para substancialmente sumários por redução de elementos

ponto de vista *formal* é o procedimento, o que equivale dizer que o litígio veiculado através dele não sofre absolutamente qualquer restrição em seu campo, não obstante haja um encurtamento dos prazos procedimentais e a dispensa de certas formalidades inerentes ao rito ordinário”. SILVA, Ovídio de araujo Baptista. **Curso de Processo Civil**. 1. ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 147, vol. I. Kazuo Watanabe também entende que os juizados especiais são processos de cognição exauriente. WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

⁵⁹⁰ É o que Fernando da Fonseca Gajardoni classifica de flexibilidade procedimental legal alternativa. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 158-159.

⁵⁹¹ “Não é ocioso dizer que, nos nossos juizados especiais, em que há dispositivo expresso de lei impedindo a continuidade do processo e determinando a sua extinção (Lei 9.099/95, artigo 51, inciso II), será forçoso reconhecer a inconstitucionalidade desse preceito por violar a garantia da tutela jurisdicional efetiva inscrita no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, ou, de modo menos traumático, a sua revogação pelo subseqüente advento da garantia do inciso LXXVIII do mesmo artigo, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45.” GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo. RT**. São Paulo, n. 166, p. 9, 26, dez. 2008.

cognitivos. Foram formados no que se convencionou chamar de microsistema dos juizados, com sua própria principiologia (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e busca pela autocomposição do conflito) e estrutura hierárquica, sem tribunais de segunda instância, como órgãos de segundo grau, mas turmas recursais formadas por juízes de primeiro grau. Esta especialidade vem tornando os juizados especiais cíveis um sistema de jurisdição apartado da justiça em geral, com sua própria forma de ser e de julgar distanciando-o do sistema processual e constitucional de respeito ao devido processo legal.⁵⁹²

A patologia é de desproporcionalidade do processo à complexidade do objeto cognoscível (Seção 2.2, *supra*). Como a complexidade é identificada por adaptabilidade legal, ou seja, o legislador afirma o que é de menor complexidade e, portanto, da competência dos juizados, muitas das vezes, na realidade em concreto observa-se que o objeto cognoscível é *maior* que o processo. O critério de identificação do valor da causa neste aspecto é deveras enganoso. Se o objeto litigioso é de valor maior ou menor, isso pouco repercute na maior ou menor complexidade do processo, na necessidade da prática de mais ou menos atos ou provas, ou na participação de mais sujeitos processuais. O legislador autoriza para os objetos de menor valor um processo com menos garantias como se não houvesse relevância ou importância a ocorrência de erro de julgamento, pois nesses casos o prejuízo não seria tão importante. Assim, por equívoco de proporção da adaptabilidade legal com a complexidade do processo dos juizados, pode mostrar-se incapaz de produzir conhecimento necessário ao julgamento.

Outra limitação de acesso aos juizados cíveis é a complexidade de natureza probatória⁵⁹³, pois a jurisprudência interpreta maior complexidade da causa como limitação probatória, vedando, por exemplo, a produção de prova pericial nos termos do Código de Processo Civil, permitida, tão somente, a "perícia informal" do artigo 35, da Lei nº 9.099/95.⁵⁹⁴ Outra limitação cognitiva probatória normativa reside na impossibilidade de oitiva de mais de três testemunhas (artigo 34 da Lei nº 9.099/95). Estas limitações importam em cortes de

⁵⁹² GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 417-423, vol. II.

⁵⁹³ Enunciado 54: "A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material"; e Enunciado 11: "As causas de maior complexidade probatória, por imporem dificuldades para assegurar o contraditório e a ampla defesa, afastam a competência do Juizado da Fazenda Pública", ambos do FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais, atualizado até o XXXVII encontro. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

⁵⁹⁴ Enunciado 12: "A perícia informal é admissível na hipótese do art. 35 da Lei 9.099/1995", do FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais, atualizado até o XXXVII encontro. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

cognição e, portanto, redundam em coisa julgada proporcional, permitindo-se ação posterior para novo julgamento da controvérsia com base nas provas suprimidas.

Há, ainda, situações que podem importar em limitação de contraditório participativo como a desnecessidade de debates orais após a instrução⁵⁹⁵, da citação pessoal do réu, bastando a entrega do mandado no endereço indicado pelo autor⁵⁹⁶, e da presença do juiz durante a instrução processual⁵⁹⁷, reduzindo a cognição judicial por ausência de imediatidade, apesar de ser a oralidade um dos princípios deste processo. Grave limitador cognitivo de contraditório, no entanto, é a opção pela propositura da demanda sem o patrocínio por advogado nas causas abaixo de 20 (vinte) salários-mínimos, de acordo com o artigo 9º da Lei 9.099/95, pois a parte propõe sua pretensão ou se defende da pretensão do autor sem ter conhecimento do intrincado sistema de direitos previsto no ordenamento jurídico e muito menos da interpretação jurisprudencial que lhe é dada.

Creemos que, se a supressão dos debates orais for voluntária, declarada pelas partes expressamente em colaboração através de negócio processual, se o réu comparecer aos autos após essa citação evidentemente ficta e se o juiz demonstrar que não incorreu em erro de fato na sentença, não haverá limitação cognitiva; mas a ausência de patrocínio por advogado poderá permitir a repositura da mesma ação posteriormente, com o devido patrocínio, pois nesse caso há corte cognitivo e coisa julgada parcial acerca da cognição quanto às normas, à hipossuficiência jurídica das partes e até mesmo quanto à descrição da causa de pedir ou dos pedidos.

As limitações que ora foram indicadas pontualmente não restringem o reconhecimento em geral da inexistência de coisa julgada no âmbito dos juizados; produto de um sistema que em seu conjunto é de grave subtração de contraditório, de direito de influir na decisão judicial, de ter acesso à função nomofilática do Superior Tribunal de Justiça, de produzir provas e se manifestar nos autos, que se apresenta nesta espécie de *justiça*. A adaptabilidade legal é deveras desproporcional ao objeto litigioso, tornando o processo incapaz de produzir conhecimento

⁵⁹⁵ Enunciado 35: "Finda a instrução, não são obrigatórios os debates orais", do FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais, atualizado até o XXXVII encontro. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

⁵⁹⁶ Enunciado 5: "A correspondência ou contra-fé recebida no endereço da parte é eficaz para efeito de citação, desde que identificado o seu recebedor", do FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais, atualizado até o XXXVII encontro. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

⁵⁹⁷ Enunciado 6: "Não é necessária a presença do juiz togado ou leigo na Sessão de Conciliação, nem a do juiz togado na audiência de instrução conduzida por juiz leigo", do FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais, atualizado até o XXXVII encontro. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

imprescindível ao julgamento. Agrava-se o déficit garantístico quando observamos que, enquanto é dado ao autor optar por este processo dos juizados ou pelo processo comum plenário, o mesmo não se dá com o réu, que fica submetido a um *processo civil do autor*⁵⁹⁸, com cortes cognitivos relevantes.

A política da administração da justiça que ora vemos aplicada, defende para os juizados, por um lado, a celeridade exacerbada e, por outro, a necessidade de estes processos produzirem sempre e sempre coisa julgada material, para que os conflitos a eles submetidos tenham solução rápida e definitiva. Mas esta política conflita frontalmente com a função jurisdicional de acesso à ordem jurídica justa, função essencial do Judiciário.

Não estamos a propor o reconhecimento da inconstitucionalidade do processo sumaríssimo, mas sua adequação à espécie de sumariedade substativa à qual pertence. Os juizados podem servir eficazmente para a solução de conflitos de interesses de baixa complexidade, como técnica de sumarização do processo.⁵⁹⁹ A falta de definição da maior ou menor complexidade em cooperação com as partes⁶⁰⁰ e as diversas limitações cognitivas abstratas e em concreto encontradas em sua sede bastam para que se reconheça o sumaríssimo como um processo de cognição substancialmente sumária, permitindo como regra geral a utilização da ação de complementação da cognição posterior, deixada à parte prejudicada pelo corte de cognição (Seção 4.5, *infra*).

4.4.3 Limitações cognitivas probatórias: corte parcial de cognição e coisa julgada proporcional

As limitações probatórias normativas geram cortes cognitivos parciais e, portanto, coisa julgada proporcional. Se a parte não pode produzir prova testemunhal em decorrência da limitação de alçada prevista no artigo 401 do CPC/1973, ou por regra de suspeição, deverá

⁵⁹⁸ MIRANDA NETO, Fernando Gama de. Juizados Especiais Cíveis entre autoritarismo e garantismo. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 165, nov. 2008, p. 190.

⁵⁹⁹ PISANI, Andrea Proto. **Verso la residualità del processo a cognizione piena?** In Studi in onore di Carmine Punzi. Torino: Giappichelli, 2008, p. 699-707.

⁶⁰⁰ O déficit cognitivo poderia ser deveras reduzido se fosse adotada a interpretação que Fernando da Fonseca Gajardoni faz do artigo 6º, da Lei 9.099/95, em especial da locução "decisão [...] equânime", para compreender a possibilidade de afastamento da legalidade procedimental estrita mediante equidade, permitindo a adaptabilidade em cooperação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 151-155.

alegar a limitação quando do pedido de provas e impugnar eventual decisão judicial em contrário. Não superada a falta, deverá propor, após o trânsito em julgado, ação rescisória pela conjugação dos incisos V e VII do artigo 485 do CPC/1973 (correspondentes aos incisos V e VII do artigo 966 do CPC/2015), com fundamento na prova nova e na violação à norma constitucional do contraditório. Nesta hipótese o autor da rescisória deverá provar que a produção da prova subtraída será suficiente para alterar o julgamento originário no processo futuro.

As limitações probatórias como a proibição às provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI, CR), a proteção da intimidade e da privacidade, sendo limitações legítimas, pois fruto da ponderação entre a busca da verdade, e o contraditório com outros direitos fundamentais não geram cortes cognitivos e, portanto, são abarcadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, não autorizando processo posterior de complementação da cognição.

Limites probatórios naturais como o perecimento da coisa que deveria ser periciada, a morte da testemunha *de visu*, a inexistência de tecnologia hábil à identificação do fato ou o alto custo da prova, em decorrência de sua inevitabilidade, são limites que deverão ser tratados ao longo do processo pelas partes e pelo juiz através do incremento do conjunto probatório na obtenção de outros meios probatórios; mas importam em cortes cognitivos e coisa julgada proporcional que poderão ser eventualmente suprimidos pelo advento de nova prova, ou de tecnologia superveniente ou menos custosa que possa, em razão de sua relevância para o deslinde da questão, ser produzida *pro futuro*, mediante a propositura da ação rescisória pela conjugação dos incisos V e VII do artigo 485 do CPC/1973 (correspondentes aos incisos V e VII do artigo 966 do CPC/2015), com fundamento na prova nova e na violação à norma constitucional do contraditório.

4.4.4 O mandado de segurança: corte parcial de elemento probatório e coisa julgada proporcional

O mandado de segurança é um processo classificado por Kazuo Watanabe como de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*⁶⁰¹, em razão da limitação probatória legal (Seção 3.3.1) imposta pela condição especial da ação do *mandamus*, o "direito líquido e

⁶⁰¹ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125.

certo" (artigo 5º, LXIX, CR) e de acordo com a regra dos artigos 15 e 16 da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951⁶⁰², hoje, em termos, localizada nos artigos 6º, § 6º, e 19 da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.⁶⁰³

A cognição do mandado de segurança será plena e exaustiva se a instrução documental for suficiente para o julgamento de mérito que conceda ou denegue a ordem, sendo ao final abarcado pela coisa julgada. Se houver a necessidade de produção de outras provas, o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito, por ausência de "direito líquido e certo", permitindo a propositura de processo de cognição plena e exaustiva.⁶⁰⁴ Na verdade a coisa julgada é que se qualifica como *secundum eventum probationis*.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou nesse sentido afirmando que, caso tenha sido julgado o mérito, não se aplica o enunciado da Súmula nº 304 daquele Tribunal, sendo inadmissível o uso da "ação própria".⁶⁰⁵ O surgimento posterior de outras provas que não a documental, permitirá a propositura de ação rescisória por prova nova (artigo 966, VII, do CPC/2015), para desconstituição da coisa julgada anterior e novo julgamento. Ou seja, transitada em julgado, a sentença do mandado de segurança que tenha apreciado o mérito somente poderá ser atacada através de ação rescisória, nas suas hipóteses de cabimento.

A doutrina nacional⁶⁰⁶ se alinha à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na mesma interpretação até aqui exposta: o mandado de segurança faz coisa julgada, salvo na

⁶⁰² "Art. 15. A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais." "Art. 16. O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito." Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 4 dez. 2015.

⁶⁰³ "Art. 6º [...] § 6º. O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito." "Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais." Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 4 dez. 2015.

⁶⁰⁴ Neste sentido, o enunciado da Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: "Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria". Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 ago. 2015.

⁶⁰⁵ Destaca-se do voto do Min. Relator Cunha Peixoto no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 72918/RJ, de 8/8/1978, a seguinte passagem: "No caso *sub examine*, como ficou explícito no relatório, o mandado de segurança – impetrado pelo próprio agravante contra a mesma decisão sobre o valor da causa – julgou o mérito do pedido, fazendo, assim, coisa julgada sobre a questão novamente suscitada no recurso julgado prejudicado pelo Tribunal recorrido. Em consequência, o Acórdão recorrido não pode ter violado o art. 153, §§ 2º 3º, da Constituição Federal ou o art. 15 da Lei nº 1.533/51, e, muito menos, entrando em dissídio com a Súmula, verbete 304, justamente porque o seu enunciado somente admite o uso da ação própria quando o mandado de segurança não fizer coisa julgada contra o impetrante." Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 ago. 2015.

⁶⁰⁶ "Daí não se pode concluir, *data venia* dos que entendem em contrário, que sendo a segurança denegada por qualquer motivo, ficará aberta a via ordinária para a apreciação da mesma questão. Não nos parece assim, porque tal exegese conduz à negação da *coisa julgada*, pelo só fato de a decisão ser contrária à pretensão do

hipótese de o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito por falta de direito líquido e certo, ou seja, caso o magistrado se convença de que não é possível o julgamento daquela pretensão sem a concorrência de outras provas não documentais, declarando o *non liquet*.

Caso o juiz venha a julgar o mérito, denegando a ordem, afastando a alegação da parte de necessidade de produção de outras provas, sobrevindo o trânsito, poderá o impetrante prejudicado propor a competente ação rescisória com fundamento na norma do inciso VII do artigo 966 do CPC/2015, como também ao inciso V do mesmo artigo, por violação da norma do artigo 19 da Lei nº 12.016/2009, bem como, do contraditório participativo (artigo 5º, LV, CR). Nessa segunda ação deverão ser verificados se concorrem os requisitos para a ação posterior de *plena cognitio causae*, como veremos na Seção 4.5.2, *infra*.

O que há no mandado de segurança é corte de elemento probatório em razão da necessidade de provimento célere para a proteção de direitos individuais, na consecução de sua finalidade de garantia constitucional, contra o arbítrio de autoridade do Estado. A celeridade ou a urgência e o conseqüente corte cognitivo se impõem para a defesa do devido processo legal substantivo (artigo 5º, LV, CR) em face de ato estatal autoritário.

Alfredo Buzaid, em fundamental artigo sobre o tema⁶⁰⁷, recorda que o *mandamus*, apesar de sua natureza de ação⁶⁰⁸, não foi criado para ser um "sucedâneo do processo ordinário", mas um "remédio heroico" para a defesa de situações jurídicas que demandem "solução urgente e eficaz". É preciso compreender como o faz Leonardo Greco⁶⁰⁹, quando afirma, alicerçado nos ensinamentos de Pontes de Miranda sobre o instituto e sua origem comum ao *habeas corpus*, que deve ser restituída a importância ao *mandamus* como garantia constitucional de "conteúdo próprio, que excede dos limites da garantia da tutela jurisdicional". O mandado de segurança, ao lado do *habeas corpus*, é forma de jurisdição extraordinária para a proteção de liberdades

impetrante." MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"**. Atualizado por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 97. BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 251-257. BUZOID, Alfredo. Do Mandado de Segurança. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957, p. 46-47, vol. 258. FADEL, Sergio Sahione. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1966, p. 178.

⁶⁰⁷ BUZOID, Alfredo. Do Mandado de Segurança. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957, p. 46-47, vol. 258.

⁶⁰⁸ GRECO, Leonardo. Natureza Jurídica do Mandado de Segurança. **Revista Arquivos do Ministério da Justiça**, nº 129, março, 1974, *passim*.

⁶⁰⁹ GRECO, Leonardo. Por um novo mandado de segurança: retorno à origem? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XI, p. 269-277, 2013.

individuais cuja utilização não deve estar submetida às exigências formais que o autonomismo da doutrina processual vem impondo ao processo comum ordinário.

Trata-se de retomar a perspectiva ontológica do instituto, como o fazia Seabra Fagundes⁶¹⁰, e reconhecer que sua natureza de instrumento a serviço das garantias constitucionais impõe a flexibilização da ortodoxia das formas processuais para permitir, o quanto possível, o acesso dos indivíduos a essa forma de tutela extraordinária de jurisdição para a proteção de seus direitos. A coisa julgada no mandado de segurança, então, não pode ser vista na sua plenitude se o próprio processo especial do *mandamus*, em razão da urgência e da celeridade, não permite a plenitude cognitiva.

Assim, sobrevivendo outros fundamentos, o mandado de segurança poderá ser reiterado⁶¹¹, flexibilizando-se a sua eficácia preclusiva a favor da proteção ao direito individual líquido e certo; mas, se o conflito de interesses necessitar de novo julgamento com base em novas provas, teremos de nos socorrer da ação rescisória em razão da existência de coisa julgada proporcional e da necessidade de um processo sem limitações cognitivas, que possibilite a produção de outras provas que não a documental. E esse caminho poderá ser trilhado também pela pessoa jurídica da qual participe a autoridade coatora.

Creemos, por fim, que *de lege ferenda* a melhor forma de se reitegrar o mandado de segurança a sua superioridade constitucional seria afastá-lo da rigidez imposta pela coisa julgada, permitindo sua reiteração em caso de novas provas e novos fundamentos, sem a perquirição da imutabilidade ou não da sentença denegatória.⁶¹²

4.4.5 A ação monitória não embargada e seu corte cognitivo total

⁶¹⁰ "Apenas no caso de denegação é que a sentença carece de autoridade de coisa julgada. A ela pode sobrevir ação ordinária com objetivo idêntico ao do mandado de segurança (Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 15). Mas aí se explica que assim seja, porque a denegação da segurança importa negar que o direito seja líquido e certo, porém não a existência de um direito sem essa qualidade de liquidez e certeza. Logo, se um direito sem tais requisitos pode existir, não obstante a denegação, deve-se supor cabível, a ação ordinária." FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 336-337.

⁶¹¹ Leonardo Greco permite a reiteração do *mandamus* nas hipóteses de novas provas ou novos fundamentos: "Entretanto, sempre que novos fundamentos ou novas provas possam produzir um juízo diverso, a reiteração do *mandamus* deve ser facultada e o legislador deve prever essa possibilidade e os requisitos da sua ocorrência." GRECO, Leonardo. Por um novo mandado de segurança: retorno à origem? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XI, p. 269-277, 2013.

⁶¹² "Consequência necessária dessa natureza é que a coisa julgada material somente se forma na sentença concessiva e nunca na denegação. Na reiteração, deve ser mantida a decisão, se persistem os fundamentos, salvo se houver melhor prova ou esclarecimento." GRECO, Leonardo. Por um novo mandado de segurança: retorno à origem? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XI, p. 269-277, 2013.

A ação monitória do Processo Civil brasileiro é um processo injuncional documental, espécie de técnica de sumarização que agrega em sua estrutura provimento provisório e definitivo, coisa julgada e execução, cognição sumária e exaustiva. Convivem, então, cognição sumária, meramente formal e inexistência de coisa julgada com cognição plena e exaustiva e coisa julgada material.

A doutrina aponta como origem do processo injuncional o *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, ou simplesmente *praeceptum cum clausula*, que tinha por objetivo o início da execução o quanto mais rápido possível, para o credor desprovido de título executivo, antes do contraditório. Diante do *mandatum initio litis* com *clausula iustificativa*, o devedor poderia apresentar suas exceções, instaurando a cognição plena (*plena inquisitio*), transformando o mandado de pagamento em citação (*transit vim simplicis citationis*). Se o devedor ficasse inerte, deixando de pagar ou não instaurando a cognição plena e exaustiva, a “ordem judicial transformava-se em definitiva”.⁶¹³

Esta estrutura restou mantida na nossa ação monitória, instituída pela Lei nº 9.079, de 14.7.1995: “o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias” diante da “petição inicial devidamente instruída” (artigo 1.102, *b*, do CPC) por “prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel” (artigo 1.102, *a*, do CPC) e, nesse prazo de 15 (quinze) dias, “poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial”, mas, “Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo” (artigo 1.102, *c*, do CPC); devendo-se ressaltar que, segundo a norma do artigo 701, § 2º, CPC/2015, essa conversão se dá “independente de qualquer formalidade”.

O CPC/2015, por sua vez, a partir dos seus artigos 700 e seguintes, estendeu as hipóteses de cabimento para abarcar também as obrigações de entrega de bem imóvel, de fazer e não fazer, permitindo ainda a utilização de prova oral documentada, resultante de processo de produção antecipada de provas dos artigos 381 e seguintes, como documento escrito. A outra alteração relevante, especialmente para a presente tese, diz respeito ao cabimento de ação rescisória para impugnar a decisão que determinou a expedição do mandado de pagamento não

⁶¹³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 29-31.

impugnada pelos embargos à monitória (artigo 701, § 2º, CPC/2015), cuja admissibilidade será analisada abaixo.

Qualificada por Calamandrei como *sentença contumacial suspensivamente condicionada*⁶¹⁴, a decisão interlocutória de expedição do mandado de pagamento tem por objeto cognitivo a presença do documento escrito com seus requisitos como *condição específica de admissibilidade* da ação monitória.⁶¹⁵ O juiz não adentra ao mérito sobre a existência ou não do crédito ou da validade da relação jurídica subjacente ao título, sendo absoluto o corte cognitivo em relação a este mérito, não adquirindo qualquer estabilidade além da mera preclusão. Cruz e Tucci chama esta cognição de *formal*.⁶¹⁶

Calamandrei, em sentido contrário, afirma que o juiz deverá “estar convencido” da existência de prova suficiente da obrigação e mesmo da verdade dos fatos constitutivos da ação⁶¹⁷, aproximando-se praticamente da cognição plena acerca do mérito. O entendimento de Calamandrei fica claro quando confronta o processo injuncional documental e o processo injuncional puro, no qual o mestre florentino destaca que o juiz analisa somente as condições formais para a expedição do mandado, ao contrário do documental, onde a avaliação quanto à relação creditícia é mais aprofundada.

Kazuo Watanabe⁶¹⁸ qualifica o processo monitório como de cognição eventual em razão da superveniência ou não de a cognição plena, objetivo da monitória, de alcançar a execução independente de cognição plena e exaustiva.

Entendemos, por outra perspectiva, que a cognição exercida pelo juiz para a expedição do mandado de pagamento limita-se a identificar a presença de prova escrita, sem eficácia de título executivo assinado pelo devedor ou por terceiro, na qual conste obrigação de pagar soma em dinheiro, de entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. A cognição possui carga semelhante à cognição que o juiz exerce para autorizar o início dos atos executivos diante do título. Intuitiva a nova disposição do artigo 701, § 5º, CPC/2015, que determina ao juiz a

⁶¹⁴ CALAMANDREI, Piero. **El Procedimiento Monitorio**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editora Bibliográfica Argentina, 1946, p. 72.

⁶¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A nova definição de sentença. **Temas de Direito Processual** – Nona Série. 1 ed.. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 167. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 40.

⁶¹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39.

⁶¹⁷ CALAMANDREI, Piero. **El Procedimiento Monitorio**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editora Bibliográfica Argentina, 1946, p. 61.

⁶¹⁸ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126-127.

transposição para o procedimento comum caso lhe ocorra dúvida acerca da idoneidade da prova escrita. É cognição meramente formal, atestando a presença dos requisitos prescritos em lei para a expedição do mandado, cognição acerca de requisitos processuais, que sequer tangencia o mérito.

Havendo corte cognitivo total, a sentença posterior, resultado da transformação da decisão de expedição do mandado de pagamento em título executivo judicial, em razão da não apresentação dos embargos, não terá conteúdo meritório para adquirir a qualidade de coisa julgada quanto à existência ou inexistência da relação creditícia de direito material, pois a sua proporção com o mérito tende a zero.

Formado o título executivo da monitória não embargada, inicia-se a execução; mas posteriormente deverá ser permitida a instauração da cognição plena e exaustiva em sede da impugnação ao cumprimento de sentença sem as limitações cognitivas do artigo 475-L, do CPC/1973, sítio ideal para a ação de complementação de cognição. O processo monitório terá atingido seu objetivo de formar, no menor prazo possível, o título executivo, mas a cognição plena e exaustiva será diferida para momento posterior na impugnação ao cumprimento de sentença ou em processo autônomo posterior.

Esta é a mesma conclusão de Cruz e Tucci a partir exatamente da ausência de cognição exaustiva na expedição do mandado injuncional. Para o autor, esta decisão é incapaz de importar em coisa julgada, tratando-se o fenômeno de preclusão endoprocessual, permitindo a instauração *a posteriori* de processo de cognição ampla em impugnação à execução do título judicial monitório ou em ação autônoma impugnativa.⁶¹⁹

Ainda na doutrina brasileira, Eduardo Talamini também vai classificar o fenômeno como preclusão para o julgamento do mérito creditício naquele processo, admitindo a propositura posterior de ação impugnativa.⁶²⁰ Também Leonardo Greco⁶²¹ afirma a inidoneidade de esta técnica de sumarização do processo, no caso de ausência dos embargos, produzir coisa julgada. Quando o autor sugere o aprimoramento do processo monitório nacional, notadamente quanto a sua eficácia e celeridade, postula a solução antecipada da controvérsia nos juizados mediante a análise somente das provas documentais e do interrogatório das partes, ressaltando, no entato, "a reabertura da discussão com provas mais amplas em outro feito".

⁶¹⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 43-45.

⁶²⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 132-136.

⁶²¹ GRECO, Leonardo. A Crise do Processo de Execução. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 35-36.

A questão também é controversa em direito comparado, tendo sido objeto de debates quando da criação do processo injuntivo transnacional europeu, instituído pelo Regulamento CE 1.896, de 12 de dezembro de 2006, para permitir a sua exequibilidade em todos os países-membros, independente de *exequatur*.⁶²² O estudo de direito comparado formulado por juristas de diversos países para instruir o Regulamento, *livro verde*, trouxe na pergunta de nº 27 exatamente esta questão: “Considera que a injunção de pagamento europeia deva fazer coisa julgada depois do transcurso do prazo dos embargos?”.⁶²³

Restou observado que, na maioria dos países europeus, o processo injuncional não embargado adquire a qualidade de coisa julgada quando não impugnado, salvo Bélgica e Portugal⁶²⁴, o que passou a ser a tendência de conclusão da Comissão da União Europeia, notadamente porque seu objetivo primordial era dar força executiva transnacional a essas decisões.⁶²⁵ A redação final, no entanto, limitou-se a normatizar que, no caso de falta de impugnação, o juiz *declara* executiva a injunção. Antonio Carratta lamenta a lacuna, o que permitirá um “*caleidoscopio*” de soluções em cada Estado-membro, dificultando a aplicação do processo injuncional.⁶²⁶

Em sede de direito italiano, Carratta, aplicando à espécie europeia, a solução do artigo 656 do Código de Processo Civil italiano, que estende ao processo injuntivo a norma que permite a rescisão de qualquer sentença, nas hipóteses especiais das alíneas 1, 2, 5 e 6 do artigo 395 daquele mesmo diploma⁶²⁷, correspondente ao artigo 20 do Regulamento, finda por

⁶²² Segundo Antonio Carratta, com exceção da Dinamarca. CARRATTA, Antonio (coord.). Il nuovo procedimento ingiuntivo europeo fra luci ed ombre. **Verso il procedimento ingiuntivo europeo**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 27/29. COSTA, Salvador da. **A Injunção e as Conexas Ação e Execução**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 166.

⁶²³ Tradução do original: “*ritenente che l’ingiunzione di pagamento europea debba passare in giudicato dopo la scadenza del termine di opposizione e/o ingiunzione?*”. CARRATTA, Antonio (coord.). Il nuovo procedimento ingiuntivo europeo fra luci ed ombre. **Verso il procedimento ingiuntivo europeo**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 27.

⁶²⁴ CARRATTA, Antonio (coord.). Il nuovo procedimento ingiuntivo europeo fra luci ed ombre. *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 286. Acerca do procedimento português, CARVALHO, Filipe Gonçalves. **O Procedimento de Injunção**. 2. Lisboa: Dislivro, 2005, p. 34.

⁶²⁵ COLA, Livia. L’Efficacia Dell’ingiunzione di pagamento europea. In: CARRATTA, Antonio (coord.). **Verso il procedimento ingiuntivo europeo**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 286.

⁶²⁶ CARRATTA, Antonio (coord.). **Verso il procedimento ingiuntivo europeo**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 29.

⁶²⁷ Assemelhadas a alguns dos pressupostos específicos da nossa rescisória, as hipóteses dizem respeito às sentenças: 1) produto de dolo de uma parte causador de dano a outra; 2) baseada em prova declarada falsa; 3) violadora da coisa julgada; e 4) produto de dolo do juiz reconhecido através de sentença transitada em julgado. Tradução do autor do original **Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza**, à coordenação de Francesco Bartolini e Pietro Savarro. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008, p. 1355.

reconhecer a idoneidade de o provimento não oposto produzir coisa julgada. Para Paolo Biavati⁶²⁸, em razão do reconhecimento na lógica europeia, de ampla aplicação do princípio da autorresponsabilidade das partes, a decisão na monitória não embargada produz coisa julgada material.

Sergio Menchini⁶²⁹, quando compara o processo injuncional às novas formas de tutela do direito italiano, afirma que, quando naquele não houver oposição, por ser um processo *declarativo*, há a produção da coisa julgada, em sentido contrário do que ocorre nos provimentos antecipatórios não impugnados como a *ordinanza di condanna non impugnata*.

Andrea Proto Pisani, apesar de ser um dos autores que afirmam que somente a cognição plena é capaz de produzir a final imutabilidade⁶³⁰ e que a cognição para a expedição do mandado injuntivo é meramente parcial e superficial⁶³¹, conclui que, na hipótese, há coisa julgada, baseado na expressão legislativa “*dichiara esecutivo il decreto*”.⁶³² Ousamos discordar do autor, pois nesta conclusão há relação imprecisa entre execução e coisa julgada: o mandado torna-se executivo mesmo produzido em cognição sumária, mas não é capaz de produzir coisa julgada. Da mesma maneira que é necessária a relação entre a cognição plena e exaustiva e a coisa julgada, não há vinculação necessária entre coisa julgada e execução, podendo o legislador inverter tal relação de causa e efeito.

Corrado Ferri⁶³³, partindo da análise da relação entre a coisa julgada e a cognição e fazendo referência a um julgado da Corte de Cassação italiana (Cass. 6.085/2004)⁶³⁴, conclui

⁶²⁸ BIAVATI, Paolo. Il regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento. In: TARUFFO, Michele; VARANO, Vincenzo (coords.). **Manuale di Diritto Processuale Civile Europeo**. Torino: G.Giappichelli, 2011, p. 322-323.

⁶²⁹ "No que diz respeito a esta questão se observa a diferença entre decreto injuntivo não impugnado e decisão de condenação não impugnata. O primeiro tem natureza de tutela declarativa, tem funções e conteúdos decisórios; portanto, o ônus de oposição resguarda o reconhecimento do crédito, que, seguindo a não propositura do processo de cognição plena, sobrevém incontestável em futuros processos." Tradução do original: “*Proprio in ordine a questo punto si coglie la differenza tra decreto ingiuntivo non opposto e ordinanza di condanna non impugnata. Il primo è riconducibile alla tutela dichiarativa, ha funzioni e contenuti decisori; pertanto, l'onere di opposizione riguarda il riconoscimento del credito, che, a seguito della mancata proposizione del giudizio a cognizione piena, diviene incontestabile in futuri processi.*” MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXI, n.3, 2006, p. 879-880.

⁶³⁰ PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Jovene, p. 547.

⁶³¹ PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Jovene, p. 556.

⁶³² PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Jovene, p. 561.

⁶³³ FERRI, Corrado. In: COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. Capítulo 6: Il procedimento di ingiunzione. **Lezioni Sul Processo Civile, vol. I, Il processo ordinário di cognizione**. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 167-168.

que o processo injuntivo não impugnado não é capaz de produzir coisa julgada, produzindo apenas um efeito preclusivo correspondente à coisa julgada formal. Para o autor, não se pode estender a imutabilidade da coisa julgada devido às sentenças de julgamento dos conflitos de interesse (artigo 324 do Código de Processo Civil italiano, combinado com o artigo 2.909 do Código Civil do mesmo), aos decretos injuntivos (*l'ordinanza*) não impugnados, produzidos a partir de cognição sumária, permitindo o posterior julgamento acerca da relação creditícia.

No Direito português, a injunção, como espécie de "procedimentos destinados a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior à alçada do tribunal de 1ª instância", é procedimento extraprocessual: a expedição da notificação injuncional é feita pelo secretário judicial da serventia correspondente (artigo 12 do Decreto-Lei nº 269/98), sem a intervenção do juiz. Caso não ocorra a impugnação do devedor, este mesmo servidor oporá no requerimento de injunção a fórmula “este documento tem força executiva” (número 1 do artigo 14 do Decreto-Lei nº 269/98, alterado pelo artigo 2º do Decreto-Lei nº 107/2005), entregando-se ao credor o *novo* título executivo. Tratando-se de via extrajudicial, sem a intervenção do juiz, não se pode falar em cognição ou coisa julgada material.⁶³⁵ Germano Marques da Silva também entende que, como o título executivo, produto da injunção não embargada, não se origina de qualquer ato judicial, mas de mero “execute-se”, poderá o devedor embargar a execução com amplo espectro cognitivo.⁶³⁶

Por fim, é necessário questionarmos a solução adotada pelo artigo 701, § 2º, CPC/2015, que prevê expressamente o cabimento de ação rescisória para impugnar essa decisão do mandado de pagamento não embargado. É de se lamentar a solução pois não se adequa à sistemática do Código: quer para as hipóteses de cabimento de ação rescisória quer para o que o Código define como decisão de mérito.

Afasta-se de pronto a conclusão fácil de que ao prever o cabimento da ação rescisória o legislador estaria afirmando que a decisão se acoberta pela coisa julgada, sobrevindo o trânsito. Como vimos acima, não é possível identificar o conteúdo da decisão para a expedição do mandado de pagamento com uma decisão de mérito: além da ausência de cognição acerca do

⁶³⁴ No mesmo sentido, indicamos outras sentenças da Corte de Cassação daquele país: Seção Civil I, de 24 de novembro de 2000, Sentença nº 15178, Seção Trabalhista, de 19 de julho de 2006, Sentença nº 16540, e Seção Civil II, de 12 de maio de 2003, n. 7272. BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. **Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza**. 26. ed. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008, p. 1882-1883.

⁶³⁵ COSTA, Salvador da. **A Injunção e as Conexas Ação e Execução**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 225, 228-229. A redação do artigo 12 do Decreto-Lei nº 269/98, de acordo com o acesso ao sítio <http://www.dgpj.mj.pt>, em 29 ago. 2015.

⁶³⁶ SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Civil Executivo**. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1995, p. 40.

mérito, não há sequer a presença dos requisitos formais de uma decisão de mérito: o relatório, os fundamentos e a parte dispositiva. Portanto, não se pode reconhecer coerência na afirmação de que tal decisão faz coisa julgada porque o legislador afirma que o meio impugnativo é a ação rescisória. A indicação equivocada do meio impugnativo não altera a natureza da decisão impugnada. O próprio legislador, claudicante, aparenta pouca convicção sobre a sua própria decisão pois poderia ter simplesmente afirmado que a mesma faz coisa julgada, como disse o inverso acerca da decisão da antecipação de tutela antecedente estabilizada.

Também agride à coerência sistemática admitir que a decisão passa a formar coisa julgada com base na afirmação de que somente cabe esta ação para desconstituir decisão de mérito. Como vimos na Seção 4.4, *supra*, a nova norma do artigo 966, § 2º, do CPC/2015, permite a propositura de ação rescisória contra sentenças terminativas quando não se mostrar possível a renovação da mesma demanda. Assim, como as decisões terminativas que reconhecem preempção, litispendência ou coisa julgada, não permitem a propositura da mesma ação posteriormente essas decisões, como citamos Flávio Luiz Yarshell⁶³⁷, geram “eficácia (que) se projeta para fora do processo”, ou seja, estabilidade, mesmo “sendo indubitoso que não houve julgamento de mérito”. Mas esta não é a hipótese pois a execução da decisão de expedição do mandado poderá ser atacada pela impugnação ao cumprimento de sentença de conteúdo de cognição plena, sem as limitações do artigo 525, CPC/2015, por força do não julgamento de mérito e do direito à cognição plena e exaustiva posterior.

Não podemos, por outro lado, produzir interpretação fácil que desconsidere totalmente o texto legal, que aponta claramente o cabimento da ação rescisória. Entendemos que o legislador pretendeu dar a essa decisão *estabilidade forte*, menor que da coisa julgada, dificultando sua impugnação em razão das maiores exigências impostas para a propositura da ação rescisória rescisória. De uma forma ou de outra a opção legislativa é lamentável pois o grau de estabilidade deve responder ao grau de cognição, o que nesta circunstância se mostra evidentemente desproporcional.

Concluimos que a sentença que transmuda o mandado de pagamento em título executivo judicial, quando não impugnada a monitória pelo réu, não produz coisa julgada, em razão do corte total de cognição quanto ao mérito quando da expedição do mandado de pagamento, que abarca, tão simplesmente, a avaliação processual da presença do documento escrito sem eficácia de título executivo.

⁶³⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória** – juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 163-165.

4.4.6 O corte total de cognição nas sentenças homologatórias de resolução de mérito

As sentenças de extinção do processo com resolução de mérito sem julgamento (artigo 269, II, III e V, do CPC/1973, correspondente ao artigo 487, III, *a, b e c*, do CPC/2015) são provimentos jurisdicionais cuja extensão da cognição não ultrapassa a avaliação da capacidade das partes e da validade do objeto da transação, do reconhecimento do pedido ou da renúncia ao direito material. O corte cognitivo quanto ao mérito nessas sentenças homologatórias é, portanto, total, impossibilitando a formação de coisa julgada; senão vejamos.

Os tipos ora analisados encontram-se no artigo 269, em seus incisos II, III e V, do CPC como espécies das sentenças de resolução do mérito, após a alteração introduzida pela Lei nº 11.232, de 2005, que afastou o substantivo “julgamento” do texto da norma. A inovação consistiu, em verdade, de correção para atendimento aos reclamos da doutrina⁶³⁸, pois nem todas as hipóteses do artigo 269 são de julgamento, mas apenas aquelas dos incisos I e IV (“quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor” e “quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição”). Julgamento é a atividade jurisdicional de aplicação da norma aos fatos reconhecidos como verdadeiros.⁶³⁹

Nas demais situações por ora analisadas, o que ocorre não é julgamento, mas simples pacificação do conflito através da manifestação de vontade de ambas ou de uma das partes. Aplicando as premissas expostas na Seção 3.6, *supra*, podemos dizer que nas hipóteses dos incisos I e IV temos a resolução adjudicada, enquanto nos demais incisos temos a resolução do processo através da pacificação do conflito sem julgamento. De acordo com Egas Dirceu Moniz de Aragão: “Mas nem todas as hipóteses nele figuradas são de ‘julgamento’, pois algumas há em que isso não acontece, uma vez que a lide, em vez de composta pelo Estado, através da sentença, é composta pelos interessados por ato próprio”.⁶⁴⁰

⁶³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) vol. V. (arts. 476 a 565)**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 109-110; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. II. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 420.

⁶³⁹ “no sentido clássico do termo (*julgamento*), que é o da aplicação, pelo órgão julgante, da norma jurídica substantiva adequada aos fatos configuradores da situação litigiosa.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) vol. V. (arts. 476 a 565)**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 109-110.

⁶⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 54.

José Alberto dos Reis⁶⁴¹ afirma a ausência de cognição de julgamento de mérito nestas decisões: “É uma sentença de pura *homologação* de acto da parte ou das partes. O juiz não conhece do mérito da causa, não se pronuncia sobre a relação substancial em litígio; limita-se a verificar a validade do ato praticado pelo autor, pelo réu ou por ambos os litigantes”. Também para Lebre de Freitas⁶⁴² estas sentenças são homologatórias e subtraem do tribunal "o poder de decidir a causa", em razão da subtração do litígio. Para ambos os autores, no entanto, essas sentenças homologatórias produzem *caso julgado*.⁶⁴³

Os atos unilaterais e bilaterais das partes são atos diversos da sentença que os homologa. Conforme nos ensina Barbosa Moreira⁶⁴⁴, os atos autocompositivos não extinguem o processo, mas sim a sentença homologatória. São dois atos que possuem uma relação de causalidade, de conteúdos diversos, praticados por sujeitos diversos.

Os atos de disposição ou de autocomposição cumprem a função de pacificação do conflito, e a sentença homologatória, avaliando a regularidade formal dos atos, extingue o processo e cria título executivo judicial. A sentença homologatória já foi considerada ato de natureza administrativa ou de jurisdição voluntária⁶⁴⁵, mas trata-se de ato de natureza jurisdicional dotado, no entanto, de cognição meramente formal. Há cognição na sentença homologatória, como há cognição em todo o pronunciamento judicial.

Mas essa cognição sequer se aproxima da cognição do julgamento de mérito dos incisos I e IV do artigo 269 do CPC/1973. No primeiro inciso há julgamento de mérito mediante a aplicação da norma aos fatos verdadeiros, assim apurados no processo.

⁶⁴¹ REIS, José Alberto dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Coimbra: Coimbra, 1946, p. 534, vol. 3.

⁶⁴² No mesmo sentido, Lebre de Freitas: “Nele se consagra de as partes porem cobro a um processo mediante negócios jurídicos de autocomposição do litígio, com os quais é subtraído ao tribunal o poder de decidir a causa mediante a aplicação do direito objectivo aos fatos provados”. FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. **Código de Processo Civil anotado, v. 1, artigos 1º a 380º**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 566.

⁶⁴³ REIS, José Alberto dos. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3º**. Coimbra: Coimbra, 1946, p. 558. Para Lebre de Freitas, nos seus comentários ao artigo 300º do Código anterior, correspondente ao artigo 290º do Código de 2013, os negócios autocompositivos do litígio, homologados judicialmente, fazem *caso julgado* nas hipóteses de transação e de confissão, quando geram condenação e formam título executivo, mas não quando sucede a desistência do autor que só produz a extinção da instância. FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. **Código de Processo Civil anotado, volume 1º, artigos 1º e 380º**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 577; FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil, conceito e princípios gerais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, dezembro 2006, p. 38.

⁶⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) vol. V. (arts. 476 a 565)**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 109-110; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 110, vol. II.

⁶⁴⁵ LACERDA, Galeno. Ação Rescisória e homologação de transação. **Ajuris**, vol. 14. Rio de Janeiro: 1978, p. 36-37.

No inciso IV há cognição acerca da presença dos requisitos para se reconhecerem a prescrição e a decadência capazes de produzir coisa julgada, apesar de o juiz não desenvolver raciocínio jurídico sobre a verdade dos fatos e a correta aplicação da norma, limitando-se a observar o transcurso do lapso temporal e a ocorrência ou não de causas suspensivas e interruptivas. Trata-se de mérito capaz de produzir coisa julgada, não há dúvida, pois a interrupção da cognição até essa altura se dá por imposição do direito material. Não se pode obrigar o Judiciário a julgar a existência ou não dos elementos de um direito que já não existe mais em decorrência do transcurso de prazo que o extinguiu ou que obstaculizou o exercício de sua ação. O direito material produz o corte cognitivo, pois subtrai o mérito do julgamento pelo Judiciário, havendo proporcionalidade entre o mérito (prescrição e decadência) e a cognição judicial (lapso temporal, condições interruptivas, etc.). A continuidade de julgamento de relação jurídica na qual foram reconhecidas a prescrição e a decadência, além de absolutamente despicienda, protraí no tempo os malefícios da incerteza que estas expressões do princípio da segurança jurídica pretendem eliminar.

São três níveis distintos de cognição: a cognição formal da validade dos atos de disposição ou de autocomposição (artigos 840 e ss. do Código Civil) que cria título executivo judicial, a cognição de mérito somente quanto aos requisitos temporais e ausência ou presença de causas interruptivas da prescrição ou da decadência, e a cognição de mérito plena e exaustiva quanto à verdade dos fatos e à aplicação da norma. Julgamento, no entanto, só ocorre nas duas últimas hipóteses, nas quais o Estado através do juiz no processo aplica a norma aos fatos.⁶⁴⁶

O que produzirá ou não *estabilidade fraca* não é a manifestação de vontade em si mesma, a renúncia, o reconhecimento ou a transação, mas a decisão homologatória. Como o conteúdo dos negócios de autocomposição é a manifestação de vontade das partes e não o raciocínio jurídico, é a extensão da cognição que terá ou não força de julgado. Nos incisos II, III e V do artigo 269 do CPC/1973, há corte cognitivo total em decorrência da vontade das partes, da sua liberdade de dispor, afastando a atividade jurisdicional meritória inicialmente requerida.⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ Para Galeno Lacerda, só o julgamento da lide é atividade propriamente jurisdicional, e que somente essas decisões são capazes de produzir coisa julgada. Para o autor a transação possui natureza contratual. LACERDA, Galeno. Ação Rescisória e homologação de transação. **Ajuris**, vol. 14. Rio de Janeiro: 1978, p. 30.

⁶⁴⁷ “Nestas condições, é evidente que, quando as partes transigem no processo, se tornam *‘inter volentes’* perante o juiz; fazem desaparecer o litígio por ato autônomo da vontade e, com isto, fazem cessar também a jurisdição, porque eliminam a causa, que é a lide, transformando a atividade ulterior do magistrado em ato meramente formal, sem nenhum conteúdo decisório do litígio, já desaparecido. Ao invés de sentença, haverá, então, simples *homologação* do acordo.” LACERDA, Galeno. Ação Rescisória e homologação de transação. **Ajuris**, vol. 14. Rio de Janeiro: 1978, p. 31-32.

Isso somente é possível na disponibilidade do direito. Se o objeto litigioso for composto de direito indisponível, a atividade judicante não poderá restar ao largo, mantendo-se a questão sob o alcance da cognição judicial, seguindo a atividade instrutória e valendo a manifestação de vontade como elemento de prova.

A coisa julgada é efeito ou qualidade da sentença de mérito que exterioriza a vontade estatal coercitiva quando *determina* o fim do conflito de interesses através da solução adjudicada no exercício do monopólio jurisdicional, o que só pode ocorrer, em respeito às garantias ao justo processo, quando a decisão for oriunda de cognição plena e exaustiva na aplicação das normas aos fatos. Leonardo Greco compreende que, em razão da inexistência de cognição, as sentenças homologatórias, em especial a de transação, não produzem coisa julgada.⁶⁴⁸ Para Egas Dirceu Moniz de Aragão⁶⁴⁹, a sentença nestes casos sendo apenas homologatória não produz julgamento quanto ao conflito de interesses, limitando-se o juiz a analisar a presença dos pressupostos de validade dos atos de manifestação de vontade, incapaz, portanto, de gerar coisa julgada material. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶⁵⁰ também adotam o mesmo entendimento:

Por fim, é importante lembrar que, como fixação da lei do caso concreto, a coisa julgada somente se manifesta em relação às sentenças definitivas, ou seja, em relação às sentenças que efetivamente examinam o pedido do autor, acolhendo-o ou rejeitando-o (art. 269, I e IV, do CPC). Somente essa sentença certifica e estabelece a vontade concreta do direito em face do caso concreto. *Não se produz, portanto, coisa julgada material sobre as sentenças meramente terminativas, nem sobre as sentenças homologatórias (art. 269, II, III e V) (grifo nosso).*

É contraditório admitir que a coisa julgada só advém de cognição plena e exaustiva e compreender que as sentenças homologatórias fazem coisa julgada, como Eduardo Talamini entende acerca das hipóteses do artigo 269 do CPC/1973.⁶⁵¹

⁶⁴⁸ "Revedo minha posição, estou hoje convencido de que, nem mesmo nos casos de transação ou renúncia (CPC, art. 794), pode falar-se em coisa julgada da sentença que extingue a execução. Embora sujeita à ação rescisória, e não a ação anulatória (art. 485, inc. III), em decorrência do ato voluntário de disposição do direito material que supre a ausência de cognição exaustiva (*confessus pro iudicato habetur*), essa especial estabilidade decorre da vontade das partes, na medida em que ela é livre e consciente, e não da vontade do Estado, do julgamento propriamente dito. É a mesma eficácia da sentença arbitral e de qualquer outro acordo extrajudicial homologado pelo juiz (atual art. 475-N, inc. V, introduzido pela Lei n. 11.232/2005)." GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 326, vol. II.

⁶⁴⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 424, vol. II.

⁶⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 636-637.

⁶⁵¹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 140.

Ademais, como admitir que enunciados meramente declaratórios do reconhecimento do pedido ou da renúncia, ou enunciados obrigacionais da transação, que na maioria das vezes sequer são descritivos dos fatos envolvido no conflito de interesses, possam ser cobertos pela coisa julgada?

Mesmo que o magistrado participe ativamente da formação do acordo, ele não estará justificando epistemicamente os enunciados descritivos das partes mediante provas; estará dialogando com as partes a melhor solução do conflito, sem atestar a veracidade ou não das ponderações ali expressas. Portanto, o grau cognitivo acerca do conflito de interesses será epistemologicamente o mesmo de qualquer homologação: tendente a zero, pois não vai haver prova das alegações, justificação epistêmica. É claro que o contato ativo com as partes em diálogo franco, propiciado pelo desejo de pôr fim ao litígio, pode exercer influência sobre o juiz, permitindo que este retire algumas conclusões que talvez seriam úteis para ele julgar o mérito, mas o julgamento de mérito não poderia ser baseado, tão somente, em tais impressões, úteis talvez para dirigir uma investigação dos fatos, mas insuficientes para fundamentar uma sentença de mérito. Há uma evidente diferença epistêmica entre as declarações firmadas no acordo e a prova dos fatos controvertidos. Para Egas, a sentença, nesta hipótese, mais uma vez, sendo homologatória, não possui aptidão para produzir coisa julgada.⁶⁵²

Grande parte da doutrina, após o advento do CPC/1973, faz correspondência entre as sentenças homologatórias e a *rescindibilidade* das “sentenças de mérito” do artigo 485, para justificar que aquelas produzem coisa julgada. Para Barbosa Moreira, a expressão “sentença de mérito”, encontrada tanto no artigo 269 quanto no artigo 485, deve ser interpretada como sentença capaz de produzir coisa julgada.⁶⁵³ Esta indicação topológica, no entanto, não é capaz de transformar a natureza de uma sentença homologatória para uma sentença acerca do mérito: não há julgamento de mérito na transação, e a mera indicação legislativa não é o bastante para alterar a natureza e o conteúdo do instituto. O que há é a equiparação da sentença homologatória de autocomposição à sentença de mérito como "equivalente jurisdicional", concedendo-lhe o

⁶⁵² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 424-427, vol. II.

⁶⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) vol. V. (arts. 476 a 565)**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 110. Neste mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 140. Araken de Assis possui entendimento contraditório quanto às normas dos incisos III e V do artigo 475, *n*. Para o inciso III, que dá força executiva às sentenças homologatórias de transação e conciliação, Araken considera tratar-se de sentença semelhante à sentença condenatória do inciso I do mesmo artigo, produzindo, portanto, coisa julgada. Quando, no entanto, trata do inciso V, Araken aponta que a maioria da doutrina afirma tratar-se de sentença de jurisdição voluntária inapta, portanto, a produzir coisa julgada permitindo ampla cognição em sede de impugnação ao cumprimento de sentença sem as limitações do artigo 475-L. ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163-164, 168.

efeito executivo, como historicamente sempre sucedeu com a *confessus pro judicato habetur* e, atualmente, com os títulos executivos extrajudiciais (artigo 585 do CPC/1973), a sentença arbitral (artigo 475, *n*, IV, do CPC/1973) e o acordo extrajudicial homologado judicialmente (artigo 475, *n*, V, do CPC/1973).⁶⁵⁴

A razão de existir do equivalente jurisdicional é a economia de custos e de tempo que a solução permite, mas esta é uma razão colateral que não a transforma em *substitutiva* da decisão jurisdicional, mas em mero *equivalente*, pois é inferior à resolução mediante julgamento.⁶⁵⁵ Definitiva a comparação de Galeno Lacerda, de que, apesar de o legislador dar executividade ao cheque ou à nota promissória, nem por isso se pode dizer que estes títulos confundem-se com uma sentença.⁶⁵⁶ O CPC/2015 eliminou esta dubiedade e a própria controvérsia ao determinar que a impugnação dessas sentenças se dê através de ação anulatória “nos termos da lei”⁶⁵⁷, superando o CPC/1973 e retornando ao sistema do CPC/1939.⁶⁵⁸ Como se pode admitir que uma sentença sem relatório, fundamentação ou *decisum* possa fazer coisa julgada?

A questão que se impõe é a possibilidade ou não de renovação da mesma ação posteriormente, após a homologação da renúncia, do reconhecimento do pedido e da transação.

⁶⁵⁴ Carnelutti enumerava como equivalentes jurisdicionais além das sentenças de resoluções autocompositivas ora analisadas, as decisões oriundas do que ele chamava *quase procesos* produzidas por processo estrangeiro, eclesiástico e arbitral. Trata-se de formas de heterocomposição da lide. CARNELUTTI, Francesco.

Instituciones del Nuevo Proceso Civil italiano. Trad. de Jaime Guasp. Barcelona: Bosch Casa Editorial, nº 58-60, 1947, p. 77-79. Da mesma forma Gimeno Sendra qualifica tais sentenças como “resoluciones equivalentes”. GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho Procesal Civil**, 1. 3. ed. El proceso de declaración. Parte General. Madrid: Constitución y Leys, 2010, p. 542-543.

⁶⁵⁵ “Naturalmente, a eficácia e mesmo a existência do equivalente podem levantar questões entre as partes e abrir-se assim de novo a lide; este é outro dos motivos porque a composição extraprocessual é de menor valor que a processual; é mais frequente, por exemplo, que se litigue sobre a eficácia de uma transação ou de um laudo arbitral do que sobre a decisão de um juiz ordinário. Quando isso ocorre, ao juiz toca, naturalmente, decidir a lide levando em consideração todo o que diz respeito ao ato que a tenha composto.” Tradução do original: “Naturalmente, la eficacia o la misma existencia del equivalente pueden plantear cuestiones entre las partes y abrirse así de nuevo la litis; este es otro de los motivos por el que la composición extraprocesal es de menor valor que la procesal; es más frecuente, por ejemplo, que se litigue sobre la eficacia de una transacción o de un laudo arbitral que sobre una decisión del juez ordinario. Cuando ello ocurre, al juez toca, naturalmente, decidir la litis ante todo en lo que respecta a la eficacia del acto que la ha compuesto.” CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Nuevo Proceso Civil italiano.** Trad. de Jaime Guasp. Barcelona: Bosch Casa Editorial, nº 58-60, 1947, p. 78.

⁶⁵⁶ LACERDA, Galeno. Ação Rescisória e homologação de transação. **Ajuris**, Rio de Janeiro: 1978, p. 40, vol. 14.

⁶⁵⁷ “Art. 966. [...] § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.”

⁶⁵⁸ LACERDA, Galeno. Ação Rescisória e homologação de transação. **Ajuris**. Rio de Janeiro: 1978, p. 32, vol. 14.

Para Marinoni e Arenhart⁶⁵⁹, a hipótese é de “ato jurídico perfeito”, o que, se por um lado não se confunde com a coisa julgada, por outro possui a mesma imutabilidade constitucional.

Este entendimento é importante para notarmos que a renúncia ao direito material pelo autor e o reconhecimento do pedido pelo réu são formas de disposição do direito material controvertido, manifestação de vontade que deve ser livre, proveniente de sujeito capaz e acerca de direito disponível que importe em abandono desse direito material. Egas Dirceu Moniz de Aragão, comparando e distinguindo a confissão e o reconhecimento do pedido, vai concluir que ambos importam em “disponibilidade do direito”, apesar de produzirem efeitos distintos: enquanto o reconhecimento produz a extinção do processo com resolução do mérito, a confissão, como concordância com os fatos narrados pelo autor, não redundaria obrigatoriamente nesta extinção.⁶⁶⁰ A transação também existe como negócio jurídico que vincula as partes, independente de sua homologação.

Então, como o corte de cognição foi total ou absoluto, a parte que renunciou, reconheceu ou transacionou poderá, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, apresentar toda e qualquer exceção, sem as limitações cognitivas do artigo 475-L, do CPC/1973 ou do artigo 525, do CPC/2015, ou ação anulatória do artigo 966, § 4º, do CPC/2015, mas o juiz vai julgar aquela relação jurídica levando em consideração a manifestação unilateral ou bilateral das partes como ato jurídico parte daquela relação jurídica posta *sub examine*. Vai avaliar se a declaração constante da renúncia ou do reconhecimento do pedido homologada é capaz de ser contestada por enunciados descritivos e por provas trazidas pelas partes, ou se é caso de improcedência em razão de legítima manifestação de vontade de renúncia ao próprio direito ou reconhecimento do direito de outrem. Esta segunda ação, em sede de impugnação ou por via autônoma, fará, então, coisa julgada material, normatizando a aplicação da norma acerca dos fatos enunciados, incluída a manifestação unilateral ou bilateral das partes.⁶⁶¹

4.4.7 A coisa julgada vulnerável *ex post* na revelia

⁶⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 656.

⁶⁶⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 434-435, vol. II.

⁶⁶¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 420-430, vol. II.

No Capítulo 1, na Seção 1.8, *supra*, reconhecemos o valor epistêmico do contraditório, do modelo dialético no qual a participação das partes, como produtoras de enunciados e provas, dirige o processo à aquisição eficiente de conhecimento. Concluimos que a participação de ambas as partes favorece a função epistêmica do processo, porque: 1) é fonte de enunciados descritivos e de provas; 2) controla a atividade jurisdicional, evitando a subjetividade das decisões sem fundamento no conjunto probatório; 3) promove a antítese entre as proposições e as provas produzidas pela outra parte, valorizando a justificação final; 4) influencia todo processo de admissibilidade, aquisição e valoração das provas e sua adequação aos enunciados descritivos.

Assim, a ausência de uma das partes causa redução da capacidade do processo de produzir conhecimento justificado e epistemicamente eficaz: a revelia, portanto, limita a capacidade do processo de produzir cognição plena e exaustiva, pois não teremos os enunciados, as provas e a influência fiscalizatória e dialética do réu.

Mas essa eficaz participação não é obrigatória, podendo o réu simplesmente renunciar ao exercício do contraditório, minorando a eficiência do processo como produtor de conhecimento.⁶⁶² A controvérsia doutrinária sobre a natureza de dever ou de ônus da revelia⁶⁶³ é irrelevante para a presente tese, pois de uma forma ou de outra a contumácia do réu importa em ausência e redução cognitiva, ao contrário da questão sobre o efeito material de presunção de veracidade, que pode influenciar na caracterização da sumariedade cognitiva; senão vejamos.

O Direito Processual Civil brasileiro, seguindo o sistema adotado na maioria dos países europeus, utiliza norma *in procedendo* probatória (artigo 302 do CPC/1973, correspondente ao

⁶⁶² CARRATTA, Antonio. **Il Principio della non Contestazione nel Processo Civile**. Milão: Giuffrè, 1995, p. 118. Assim, Daniela Adamo: "Em princípio, nenhuma das partes é obrigada a comparecer às audiências; assim o processo prossegue também se uma parte decidir não participar do julgamento, do que decorre que a falta de participação no processo não pode por certo impedir a decisão sobre o direito controverso." Tradução do original: "*In linea di principio, nessuna delle parti è obbligata a comparire alle udienze; cosicchè il processo prosegue anche se una parte decida di non partecipare al giudizio, dal momento che la mancata partecipazione al processo non può certo impedire la decisione sul diritto controverso.*" ADAMO, Daniela D'. **Contributo allo studio della contumacia nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 2012, p. 311.

⁶⁶³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 342-346, vol. III. Para Luiz Fux, a revelia é ônus processual que caso descumprimento gera posição jurídica desfavorável ao titular. FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**, V. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 539. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que, após o Estado ter tomado para si o monopólio da jurisdição, a solução do conflito passou a ser matéria de interesse público, sendo exigível, para a justiça da decisão, a participação das partes. Assim, caso o réu se recuse a tal desiderato, deve-se aplicar a revelia como pena. Esta doutrina trata a revelia como *rebelião ao poder do juiz*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 130.

341 do CPC/2015), de inspiração liberal⁶⁶⁴ e consectário do princípio dispositivo, como técnica para viabilizar o julgamento do mérito e a prestação de jurisdição ao autor, através de um desvio do *iter* natural do processo e de distribuição do ônus probatório (artigo 333 do CPC) no caso de contumácia do réu. Trata-se do julgamento antecipado de mérito através do efeito material da revelia de considerar presumidamente verdadeiros os enunciados fáticos do autor e não contestados pelo réu, conhecido sob a nomenclatura criticada pela doutrina de *ficta confessio* (*Geständnisfiktion*), também identificada como princípio da não contestação e da autorresponsabilidade das partes no direito italiano. A incidência da norma, como cediço, depende da natureza disponível do direito e da não concorrência das exceções previstas no artigo 302 e 351 do CPC/1973.

A técnica, dada sua inspiração liberal, é uma presunção de que o réu deixou de agir (fato conhecido), porque os fatos narrados pelo ator são verdadeiros (fato desconhecido). Da configuração da inação do demandado decorre a inferência indutiva de que os enunciados descritivos do autor são verdadeiros. Trata-se de uma presunção, à evidência, relativa, *iuris tantum*, pois como vimos (Seção 3.3.1.1., *supra*) a presunção é meio de prova que deve ser agregado ao conjunto probatório produzido, não podendo se constituir em método de subtração da instrução.

A doutrina, no entanto, diverge quanto à forma de aplicar a presunção: para alguns ela importa em imediato julgamento antecipado de mérito, sem instrução⁶⁶⁵, enquanto para outros não afasta a função probatória do juiz e o ônus da prova para o autor. Trata-se da histórica contraposição do reconhecimento da contumácia como *ficta litiscontestatio* ou como *ficta confessio*. Naquela o autor continua com o ônus de provar seu direito, enquanto, nessa, adotada pelo ordenamento processual alemão, o autor é exonerado de tal ônus.⁶⁶⁶

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery afirmam que, sob o sistema do CPC/1973, a revelia importa inexoravelmente no julgamento antecipado de mérito sem dilação probatória, pois a conjugação dos artigos 319, 331 e 334, III e IV⁶⁶⁷, proíbe a produção de prova

⁶⁶⁴ Carratta refere-se ao CPC italiano de 1865. CARRATTA, Antonio. **Il Principio della non Contestazione nel Processo Civile**. Milão: Giuffrè, 1995, p. 118. ADAMO, Daniela D'. **Contributo allo studio della contumacia nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 2012, p. 235-237.

⁶⁶⁵ CARRATTA, Antonio. **Il Principio della non Contestazione nel Processo Civile**. Milão: Giuffrè, 1995, p. 120.

⁶⁶⁶ ADAMO, Daniela D'. **Contributo allo studio della contumacia nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 2012, p. 236.

⁶⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 826.

quanto a fatos incontroversos. A adoção desse entendimento impõe corte cognitivo de alto grau, portanto não vai haver produção de prova nem pelo réu, nem pelo autor, nem pelo juiz, limitando-se este a utilizar no julgamento os argumentos do autor e a presunção como meio de prova.⁶⁶⁸

Em verdade, o legislador brasileiro do CPC/1973 e seu sucessor do CPC/2015, apesar de terem se inspirado no sistema da *ficta confessio* alemão, imputando graves consequências para a ausência do réu, o fizeram pela metade. Barbosa Moreira⁶⁶⁹, destacando essa dicotomia, recorda que nosso legislador suprimiu ao revel o direito de retomar a amplitude da cognição em ação posterior, como a *Einspruch*, desequilibrando a posição das partes. Conforme D'Adamo, a *Einspruch* é a oportunidade dada ao réu de contrabalancear o direito do autor de obter uma sentença contumacial imediatamente executiva.⁶⁷⁰ Retirar o direito à cognição plena e exaustiva posterior cria desarrazoado desequilíbrio entre os litigantes, violando a paridade de armas e a isonomia no contraditório.

Sob outra perspectiva, há entendimento doutrinário de que sendo a presunção restritiva, mesmo nos casos de seu cabimento quando disponível o direito, deve ser aplicada só excepcionalmente⁶⁷¹, quando não for possível a produção de prova pelo autor ou pelo juízo. Para esta doutrina, mantém-se ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito, na tentativa de se respeitar o quanto possível o contraditório substancial, conforme Barbosa Moreira⁶⁷² e Calmon de Passos.⁶⁷³

⁶⁶⁸ No conceito de Carrata: "Especificamente, mediante o juízo de autoresponsabilidade vem imputado ao sujeito as consequências negativas de um comportamento que não influi diretamente sobre os interesses de outrem, mas que se exaure na própria eficácia dentro da esfera de interesses do próprio sujeito". Tradução do original: "*In particolare, mediante il giudizio di autoresponsabilità vengono imputate al soggetto le conseguenze negative di un comportamento che non influisce direttamente su interessi altrui, ma che esaurisce la propria efficacia dentro la sfera di interessi del soggetto medesimo*". CARRATTA, Antonio. **Il Principio della non Contestazione nel Processo Civile**. Milão: Giuffrè, 1995, p. 121.

⁶⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revelia no direito alemão e a reforma do processo civil brasileiro. **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 144.

⁶⁷⁰ Nos termos da "A oposição se caracteriza pelo fato de constituir um remédio de amplo alcance, idôneo à contrabalancear a facilidade com a qual a outra parte obtém uma sentença contumacial". Tradução do original: "*L'opposizione si caratterizza per il fatto di costituire un remedio di ampia portata, idoneo a controbilanciare la facilità con cui la parte costituita ottiene una sentenza contumaciale*". ADAMO, Daniela D'. **Contributo allo studio della contumacia nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 2012, p. 326.

⁶⁷¹ CARRATTA, Antonio. **Il Principio della non Contestazione nel Processo Civile**. Milão: Giuffrè, 1995, p. 7-8.

⁶⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 98.

⁶⁷³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 346, vol. III.

Como ressalta Michele Taruffo quando o réu não contesta, a presunção legal de veracidade não vai transformar o enunciado do autor em verdadeiro ou falso. A não contestação pelo réu, a sua omissão, não pode ser interpretada imediatamente como uma afirmação da verdade⁶⁷⁴, mas mero indício de que o fato é verdadeiro.⁶⁷⁵ A proposição *p* será verdadeira ou falsa, não em decorrência imediata da falta ou da presença da contestação, mas sim de sua justificação probatória, incluída aí a presunção como meio de prova. A participação do réu qualifica o método epistêmico através da dialética, mas não é a simples proposição que determina a verdade.

A descrição fática da inicial e da contestação são enunciados descritivos que se degladiam como proposições das partes, mas somente serão epistemicamente justificadas mediante provas, no conjunto probatório e através da interpretação dos fatos e do direito. Como afirma Taruffo, a contestação ou a não contestação são absolutamente irrelevantes para se afirmar a verdade ou a falsidade de um enunciado⁶⁷⁶, o que leva o autor a concluir, então, que o demandado pode contestar a qualquer momento do processo, independente de preclusão, e que todos os fatos alegados devem ser provados e objeto de decisão, não ficando vinculado o juiz a qualquer presunção de verdade.⁶⁷⁷ Então, a revelia não deve subtrair o ônus probatório do autor ou a atividade instrutória do juiz na aquisição das provas, mas servir como um dos elementos de prova colhidos.⁶⁷⁸

⁶⁷⁴ "A contestação consiste na negação explícita da verdade de um enunciado que foi objeto de alegações." Tradução do original: "*La contestazione consiste nella negazione esplicita della verità di un enunciato che è stato oggetto di allegazione.*" TARUFFO, Michele. Verità negoziata? In: CIPRIANI, Franco (coord.). **Accordi di parte e processo**. Milano: Giuffrè. 2008, p. 87.

⁶⁷⁵ PATTI, Salvatore. La disponibilità delle prove. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Numero Speciale, La disponibilità della Tutela Giurisdizionale (cinquant'anni dopo)**, Supplemento al Fascicolo 1/2011, Giuffrè, mar. 2011, p. 85. Taruffo recusa a utilização da contumácia até mesmo como elemento de prova. TARUFFO, Michele. Verità negoziata? In: CIPRIANI, Franco (coord.). **Accordi di parte e processo**. Milano: Giuffrè. 2008, p. 93.

⁶⁷⁶ "Resulta, portanto, claro que no que pertine a verdade ou falsidade de um enunciado que foi objeto de alegações, a contestação ou a não contestação desses é *absolutamente irrelevante*." Tradução do original: "*Risulta dunque chiaro che per quanto attiene alla verità o alla falsità dell'enunciato che è stato oggetto di allegazione, sia la contestazione che la non contestazione di esso sono assolutamente irrilevanti.*" TARUFFO, Michele. Verità negoziata? In: CIPRIANI, Franco (coord.). **Accordi di parte e processo**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 90.

⁶⁷⁷ TARUFFO, Michele. Verità negoziata? In: CIPRIANI, Franco (coord.). **Accordi di parte e processo**. Milano: Giuffrè. 2008, p. 98.

⁶⁷⁸ A jurisprudência da Corte de Cassação francesa vem afastando a aplicação automática da presunção como verdade do fato mas a admitindo como elemento de prova. PATTI, Salvatore. La disponibilità delle prove. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Numero Speciale, La disponibilità della Tutela Giurisdizionale (cinquant'anni dopo)**, Supplemento al Fascicolo 1/2011, Giuffrè, mar. 2011, p. 85 e nota 25 na p. 85.

Sem enfrentar a questão da correlação da cognição plena e exaustiva com a coisa julgada, a doutrina brasileira entende que o processo julgado à revelia do réu produz *res judicata*. O exemplo que Barbosa Moreira⁶⁷⁹ dá para a rescindibilidade da sentença de mérito produzida sob o artil do autor de ter fraudulentamente induzido à revelia do réu, é prova disto. Eduardo Talamini, analisando diretamente a questão, vai concluir que a atividade instrutória do juiz transforma a cognição em plena e exaustiva capaz de produzir coisa julgada no julgamento à revelia do réu.⁶⁸⁰

Creemos, preliminarmente, que, para a verificação da existência ou não de corte cognitivo relevante na revelia, é necessário distinguir as hipóteses de improcedência ou procedência. Na hipótese de improcedência da demanda por incapacidade do autor de comprovar o seu direito ou pela atividade instrutória do réu que tenha comparecido tardiamente, hábil a trazer elementos para o juiz julgar improcedência à demanda, entendemos que a coisa julgada será plena, pois não haverá limitação de conhecimento que autorize novo julgamento. Pois ou o réu participou satisfatoriamente e gerou a improcedência ou o autor teve oportunidade de defender suas proposições mas não logrou fazê-lo.

Na hipótese de procedência, a solução é diversa. Mesmo que admitamos que a não participação do réu mantém a atividade instrutória do autor e do juiz, isto não complementa a limitação de cognição oriunda da revelia para fundamentar a procedência da demanda, pois ausentes as alegações e provas do réu contra a pretensão autoral. De qualquer forma, sem o réu, não há contraditório pleno e, portanto, cognição plena, pois a intervenção do juiz na produção probatória jamais será hábil a substituir o produto do contraditório participativo.⁶⁸¹

No caso de aplicação automática da presunção de veracidade, sem início de atividade instrutória, o juiz de qualquer forma, por força do dever de fundamentação, analisa as questões de direito e aplica a presunção aos fatos como único meio de prova, julgando o caso com o que

⁶⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 124, vol. V.

⁶⁸⁰ “A sentença de mérito proferida no processo comum de conhecimento em que houve revelia faz, sim, coisa julgada material. Mas não se tem na hipótese cognição sumária.” TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 55.

⁶⁸¹ Leonardo Greco demonstra que esta participação do juiz não substitui a das partes na formação deste contraditório substancial: “Os poderes investigatórios do juiz não excluem a participação dos interessados. Recupera-se, assim, o caráter lógico-formal e metodológico do contraditório como instrumento da ordem judiciária, daquela ritualidade mínima que legitima o processo como revelador da vontade coletiva, como meio justo para um fim justo, ou melhor, como meio justo sem o qual não haverá possibilidade de reconhecer que o resultado seja justo”. GRECO, Leonardo. **O Princípio do Contraditório**. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 552.

tem em mãos. Também exerce cognição nesta hipótese, é verdade, mas cognição sumaríssima, inferior àquela do processo no qual se iniciou a instrução.

Revedo nossa posição⁶⁸², no entanto, passamos a compreender que, em ambos os casos, com ou sem aplicação imediata da presunção, a cognição é sumária ou parcial e a coisa julgada proporcional mas vulnerável, eventualmente *a posteriori*, podendo ser alterada por ação de complementação de cognição posterior, na qual o réu deverá justificar por que não compareceu a tempo e as razões argumentativas e probatórias para o novo julgamento. O mesmo fenômeno se dá no direito inglês no qual o julgamento à revelia (*default judgment*) não é um julgamento tão forte quanto o julgamento mediante contraditório pleno.⁶⁸³

O reconhecimento da existência de uma coisa julgada plena, mas vulnerável *ex post*, reside na necessidade de exigirmos do réu a boa-fé e a cooperação na conduta processual⁶⁸⁴ e de resguardarmos para o autor a garantia à inafastabilidade da jurisdição e a segurança jurídica no gozo de seu direito. Não se pode permitir a repetição do processo somente porque o réu por mera liberalidade simplesmente não quis participar naquele momento ou colaborar com a atividade jurisdicional, enquanto é devido ao autor a prestação de jurisdição de mérito que reconheça de forma estável o seu direito, prometida pelo Estado de Direito. Neste caso, se o réu não contestou capaz e consciente de sua omissão, a sentença de mérito, baseada na cognição sumária, resultado de sua ausência, vai gerar coisa julgada na extensão dos enunciados e provas trazidos pelo autor e demais elementos cognitivos coletados pelo juiz no exercício do seu poder instrutório.

A busca da verdade e a necessidade de produção de conhecimento no processo são aqui ponderadas como o direito do autor à segurança jurídica no exercício do seu direito material reconhecido pelo Judiciário e a necessidade de se vedar a postergação desleal do conflito de interesses pelo réu. Assim, a coisa julgada é proporcional à cognição, vulnerável em razão da sumariedade abstrata, mas por força da prevalência argumentativa do direito de ação e de segurança jurídica do autor e da necessidade de se vedar a inação fraudulenta do réu; essa coisa

⁶⁸² ARAUJO, José Aurélio de. A cognição sumária e a coisa julgada no processo justo. In: FUX, Luiz (coord.). **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1073-1134.

⁶⁸³ "O julgamento à revelia é considerado um julgamento menos forte do que o julgamento após o contraditório pleno." Tradução do original: "*A judgment by default is regarded as not as strong as a judgment obtained after a full contest between the parties*". ANDREWS, Neil. **The Three Paths of Justice** – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England. Londres: Springer, 2012, p. 56.

⁶⁸⁴ A relevância do dever de colaboração nos sistemas processuais europeus vem elevando a lealdade e a boa-fé à condição de princípios interpretativos, como atualmente foi elevada a duração razoável do processo. GHIRGA, Maria Francesca. Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXX, n.2, 2015, p. 445-467.

julgada vai se prostrar no tempo executiva e plenamente eficaz até que o réu apresente em outra ação argumentos capazes de abalar esses fundamentos, quais sejam, que possui elementos argumentativos e provas capazes de alterar o julgamento e que não participou do processo por circunstâncias relevantes alheias a sua vontade.

Portanto, tratando-se de vontade e de liberdade dos litigantes, devemos levar em consideração não só a boa-fé como também a calculabilidade ou previsibilidade, consectários do princípio da segurança jurídica⁶⁸⁵, na função jurisdicional, notadamente para a avaliação da imutabilidade da sentença oriunda do julgamento à revelia, ou seja, haverá coisa julgada se o processo permitiu às partes, na expressão de Barbosa Moreira⁶⁸⁶, "todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie".

Se a previsibilidade ou a calculabilidade for violada e não for permitida às partes a plenitude de sua atividade cognitiva, o conflito de interesses poderá ter *a posteriori* novo julgamento pelo Judiciário em uma nova ação, com base nessa parte de conhecimento *subtraída*, nesse corte cognitivo, pois a coisa julgada também será proporcional à cognição.

Na avaliação da relação cognição plena e exaustiva e coisa julgada, quando se tratar de limitação cognitiva por autonomia da vontade e liberdade individual, devemos levar em consideração a boa-fé e a previsibilidade na inação da parte, de forma a caracterizar esta limitação como legítima ou ilegítima, caso a plenitude cognitiva tenha sido disponibilizada à parte: "todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva" seja eficaz.

Como vimos, omissão não é prova da verdade ou da falsidade, ela é simplesmente a subtração de um enunciado ou de uma prova pela parte. Ela não redundava automaticamente em verdade, mas, por vezes, como na revelia, se torna um elemento cognitivo a ser acrescentado ao conjunto probatório para julgamento, como presunção relativa que é.

Mas a inação só pode ter valor processual como presunção ou produzir efeitos se houve previsibilidade, se foi possível à parte ter consciência dos efeitos prejudiciais de sua inação, se estiver presente a calculabilidade. Na revelia há previsibilidade para o réu de que os fatos serão

⁶⁸⁵ De acordo com Humberto Ávila, calculabilidade significa, *verbis*: "De um lado, pode-se sustentar que a segurança jurídica prescreve a total capacidade de antecipar as consequências jurídicas da conduta (própria ou alheia). O termo 'previsibilidade' e a expressão 'certeza absoluta' denotam esse sentido. Nessa significação, a segurança jurídica garante o direito de o particular, com exatidão, conhecer, hoje, o direito de amanhã, antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado". ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 131.

⁶⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. **Temas de Direito Processual** – Nona Série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 243.

considerados verdadeiros se ele não contestar, quando expressa a advertência quanto à presunção de veracidade no mandado citatório de forma clara.

Concluimos, então, que, em regra, a sentença do processo contumacial produzirá coisa julgada proporcional, mas vulnerável, e o réu poderá instaurar a ação de complementação de cognição posterior se provar, quando da sua propositura, que não pode contestar ou produzir o elemento probatório faltante por circunstâncias alheias a sua vontade e que a prova ou alegação suprimida é determinante para o julgamento. Por violação da previsibilidade, a cognição poderá ser instaurada de forma plena em processo posterior, suprimindo o déficit de cognição decorrente da não participação do réu. Ausente a calculabilidade para a parte, há corte cognitivo autorizador da ação de revisão ou de correção da cognição.

A condição de calculabilidade se exacerba quando estiver em jogo direito de incapaz ou indisponível e a participação de hipossuficiente jurídico ou cognitivo. Nestas hipóteses a avaliação de calculabilidade da ação futura deverá levar em consideração tais déficits cognitivos da parte débil: o que é previsível para uma grande corporação financeira difere do que é previsível para um agricultor familiar, de subsistência e analfabeto.

Assim, mesmo nos casos de direitos disponíveis, o julgador poderá intervir no ato de disposição quando surgir um caso em que deva atuar assistencialmente⁶⁸⁷, ao identificar desequilíbrio na relação jurídica processual que comprometa a paridade de armas, como hipossuficiência econômica, jurídica ou cognitiva, que afete à liberdade de dispor do direito. Essa solução, além de equilibrar as garantias processuais e valorizar a justiça da decisão, protege, também, o autor que segue a atividade executória dotado de coisa julgada que somente pode merecer novo julgamento após a concorrência das condições de admissibilidade da ação de revisão, correção ou de complementação da cognição.

Entendemos que de *lege lata* a argumentação deduzida na presente Seção, pode ser aplicada através da veiculação da ação de complementação por meio da ação rescisória mediante interpretação extensiva dos incisos V e VII, da norma dos artigos 485 do CPC/1973 e 966 do CPC/2015, em razão da garantia constitucional do contraditório. Não restam dúvidas, no entanto, de que a aplicação *de lege ferenda* da condenação com reserva de exceções, permitindo-se a completude da cognição em momento posterior, em uma ação de complementação, como ocorre no sistema do processo contumacial alemão e no inglês (Seção 4.5, *infra*), permitiria a melhor explicitação e avaliação destes vários elementos contrapostos em jogo no processo julgado à revelia do réu.

⁶⁸⁷ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo:** o processo justo. Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 255.

Por fim, ainda quanto à revelia, devemos observar o caso de citação ficta por éditos do réu revel. O afastamento da presunção de veracidade gerada pela intervenção da curadoria especial (artigo 302, parágrafo único, do CPC/1973 e artigo 341, parágrafo único, do CPC/2015) pode minimizar eventuais prejuízos cognitivos e, principalmente, evitar desvios desmedidos em direção à extinção *ex abrupto* do processo através da procedência irregular do pedido.

A atividade instrutória supletiva do juiz, a defesa abstrata de direito exercida pelo curador e seu direito de requerer provas, apesar de zelarem pelo contraditório, não transformam a cognição sumária em plena e exaustiva, não sendo possível sequer interpretarmos a coisa julgada como sendo proporcional, em razão da inexistência de omissão voluntária do demandado.

A questão é que essa espécie de limitação cognitiva não decorre da vontade da parte ré, como ocorre na revelia mediante citação pessoal, pois o réu, na grande maioria das vezes, sequer terá conhecimento da existência da relação jurídica processual que contra ele se formou fictamente. A limitação da cognição não será fruto da inação do réu, mas da sua não localização.

Assim, aqui não incidem as advertências de previsibilidade e de calculabilidade, aplicáveis à revelia voluntária, pois a não participação do réu foi involuntária, importando que a cognição será irremediavelmente sumária e imprestável a atingir coisa julgada. Não há *in casu* presunção de veracidade que possa fazer pender a imutabilidade sobre a cognição no balanceamento entre os interesses envolvidos, prevalecendo o direito ao contraditório, caso o réu reivindique posteriormente seu direito.

A legitimação extraordinária do curador especial não vai fazer recair sobre o substituído a eficácia subjetiva da coisa julgada, pois sendo sumária a cognição, coisa julgada não haverá, permitindo o comparecimento posterior do réu e a instauração da *plena cognitio causae* através de impugnação ao cumprimento de sentença, sem as limitações cognitivas habituais, ou por processo autônomo.⁶⁸⁸

⁶⁸⁸ "A amplitude do acesso conferido a todo cidadão de defender em juízo os seus próprios interesses não permite que a *legitimatío ad causam* impeça, através de uma substituição processual exclusiva, o próprio titular da relação jurídica de direito material de assumir em juízo a defesa desses interesses. A *legitimatío ad causam* pode ser estendida a quem não é titular da relação de direito material, para facilitar o acesso à tutela jurisdicional, mas não pode impedir o titular dessa relação de vir a juízo em nome próprio defender o seu patrimônio jurídico." GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 229-230.

4.4.8 A improcedência liminar do pedido e seu corte cognitivo total

A norma do artigo 285-A, do CPC/1973, reproduzida com alterações no artigo 332 do CPC/2015, prevê o julgamento liminar do pedido, através do qual o juiz *simpliciter et plano* julga improcedente demanda, antes da citação do réu, quando o processo não necessitar de fase probatória e houver outros julgamentos de improcedência no mesmo juízo, no caso da norma do artigo 285-A, em vigor, e houver jurisprudência consolidada no sentido da improcedência em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula do tribunal local, no dispositivo do artigo 332 do CPC/2015.

A alteração da norma em vigor (artigo 285-A) para o novo julgamento de improcedência liminar do pedido (artigo 332) foi salutar, pois evita, ao menos, que o juiz utilize como paradigma para a improcedência outros julgados presentes no seu próprio juízo, o que evidentemente não se constitui jurisprudência e permite a inusitada hipótese de o autor ver seu pedido liminarmente julgado improcedente quando a orientação do magistrado *a quo* for contrária à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo.

Cessa aí, no entanto, o que há de satisfatório nesta forma de julgamento. Trata-se de desastrosa técnica fundada na eficiência meramente qualitativa da Jurisdição para reduzir a plethora de processos mediante julgamentos com base em cognição *emprestada* dos Tribunais Superiores (Seção 3.7, *supra*) e contraditório meramente formal, cuja inconstitucionalidade não se sustenta perante o que a perspectiva cognitiva do processo reconhece como contraditório participativo e cognição plena e exaustiva.⁶⁸⁹ Não há contraditório em um processo ao qual se aplicam os fundamentos debatidos e firmados em uma decisão abstrata formada em outros processos paradigmáticos. Não há julgamento se o juiz, em vez de conhecer, compreender, interpretar e julgar, simplesmente transpõe um enunciado abstrato de súmula, formado por um único período, para a solução de um conflito de interesses cujo conteúdo só conhece os enunciados propositivos de uma das partes apenas. Trata-se de expressão da tendência autoritária de prevalência dos julgamentos abstratos e em bloco pelos tribunais de muitos

⁶⁸⁹ Tramita no Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade ADIn 3.695/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contra o referido dispositivo, na qual a liminar encontra-se pendente de julgamento em razão da necessidade de designação de outro relator, face a aposentadoria do Ministro César Peluso, de acordo com o sítio www.stf.jus.br, acesso em 28 nov. 2015.

processos em substituição à cognição plena de primeiro grau, incentivando a prolação burocrática de decisões sumarizadas.⁶⁹⁰

A citação posterior do réu para apresentar contrarrazões à apelação interposta pelo autor contra a improcedência liminar (artigo 332, § 4º, do CPC/2015) não restabelece, segundo Leonardo Greco, a cognição plena e exaustiva, pois a cognição no tribunal é inferior a cognição na primeira instância, face à ausência de contato das partes com os julgadores: "Os tribunais julgam papéis".⁶⁹¹

A única forma de manter a intangibilidade constitucional da norma é reconhecer a sua inaptidão para produzir coisa julgada. A maioria da doutrina⁶⁹² e da jurisprudência nacionais, no entanto, avalia a norma como constitucional. O enunciado 1, aprovado pela plenária do 2º Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF, promovido pela AJUFE no Rio de Janeiro, em 21/10/2005⁶⁹³, expressamente admite a coisa julgada e a não violação do contraditório. Este entendimento fundamenta-se, além do argumento de eficiência na redução de processos, na afirmativa de que para o réu só há benefícios, pois não será importunado com citação em demanda manifestamente improcedente. Neste ponto é que observamos a maneira estreita com se interpreta a garantia fundamental e constitucional do contraditório participativo, fortemente consolidada no CPC/2015, em especial nos artigos 6º e 7º, que consagram seus consectários como o dever de cooperação e a paridade de armas.

É verdade que o réu não será importunado, como também é verdade que a norma suprime, em absoluto, seu direito de escolher livremente acerca da participação ou não na solução de um conflito de interesses do qual faz parte. Se o CPC/2015 erige a uma das finalidades da jurisdição, além da solução adjudicada dos conflitos, a solução autocompositiva, é assistemático subtrair do réu seu direito de liberdade de optar por participar na resolução da lide da qual é parte. Viola-se o seu direito à participação democrática sobre uma decisão que

⁶⁹⁰ TEDOLDI, Alberto. Il maleficio del filtro in appello. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXX, n. 3, 2015, p. 772.

⁶⁹¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 40, v. II.

⁶⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 114. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 448-449, vol. I. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Processo Civil** – artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 560-561. ALVIM, J. E. Carreira. **Alterações do Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 75.

⁶⁹³ "O julgamento de mérito de plano ou *prima facie* não viola o princípio do contraditório e deve ser empregado na hipótese de decisões reiteradas de improcedência pelo juízo sobre determinada matéria." Disponível em: <www.cjf.jus.br>. Acesso em: 12 out. 2015.

recairá sobre ele, mesmo que favorável, através da supressão absoluta de qualquer cognição, pois sequer tomará conhecimento do julgado. Como se pudéssemos dizer, na perspectiva de um processo *kafkaniano*, que qualquer um pode desconhecer a existência de um processo contra si se a decisão lhe for favorável. O direito à democracia, ao contraditório, não se limita ao conhecimento dos atos estatais que nos sejam desfavoráveis, mas confere ao seu titular a oportunidade de participar na formulação de qualquer ato estatal que possa recair sobre seu patrimônio, de conhecer e participar. Esta é a extensão mínima e óbvia da garantia do acesso à justiça e do devido processo legal.

Como é possível compatibilizar, ainda, a improcedência liminar, tal e qual concebida no artigo 332, e a norma que veda o julgamento de terceira via do artigo 10, do mesmo Diploma, expressão do contraditório participativo? O juiz deverá intimar o autor antes de proceder à improcedência liminar? Por que, então, não desenvolver tal debate com a participação do réu de uma vez? Mesmo que o juiz promova a intimação do autor para se manifestar sobre a improcedência liminar, não alterará, no entanto, o rarefeito nível da cognição.

Comparando com a revelia e nos reportando aos argumentos trazidos quando da sua análise (Seção 4.4.7, *supra*), o julgamento liminar de improcedência terá como base cognitiva os enunciados do autor e o enunciado abstrato da súmula de jurisprudência dominante, nível de cognição inferior, portanto, à cognição do processo contumacial. O momento processual da improcedência liminar é anterior e, portanto, epistemicamente inferior, até mesmo ao momento do processo contumacial no qual, após a citação do réu, é permitida a dilação probatória por parte do juiz e do autor. A circunstância de o julgamento liminar só ocorrer quando não for necessária a fase instrutória não afasta essa objeção, pois haverá no julgamento à revelia o debate sobre o cabimento ou não de provas, o que não será possível nesta hipótese. O momento processual para o julgamento de mérito com capacidade epistêmica mínima para evitar erros e *deficit* de jurisdição⁶⁹⁴ surge após a citação do réu, com o fim da fase preparatória do processo.

Tecnicamente, podemos observar que a norma eleva a contradição da demanda deduzida pelo autor *unicamente de direito* com o enunciado de súmula de jurisprudência dominante, em condição da ação ou pressuposto processual, fazendo descabida confusão entre o que seja mérito e requisito para a propositura de qualquer demanda ou processo. Sua solução, portanto, deverá ser a não formação da coisa julgada como qualquer julgamento sem resolução de mérito. Esse é o entendimento de Djanira Maria Radamés de Sá e Haroldo Pimenta, que mesmo

⁶⁹⁴ TARUFFO, Michele. Verità negoziata? In: CIPRIANI, Franco (coord.). **Accordi di parte e processo**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 94.

afirmando a constitucionalidade do artigo, entendem que tendo sido proferida em cognição sumária, tal sentença não deverá gerar coisa julgada material.⁶⁹⁵ A solução dos autores passa pela aproximação da improcedência liminar à impossibilidade jurídica da demanda, impondo a solução similar às sentenças sem resolução do mérito.

A utilização de contraditório *emprestado*, de enunciados abstratos de súmulas, para interpretar só os enunciados do autor impõe em reconhecer a inexistência de coisa julgada em razão da subtração de contraditório mínimo capaz de produzir imutabilidade.

4.4.9 A estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

O artigo 304 do CPC/2015 pretende introduzir no sistema processual brasileiro a técnica de sumarização da tutela de conhecimento estruturada a partir da mitigação da instrumentalidade dos provimentos de urgência⁶⁹⁶: a estabilização da tutela antecipada antecedente. Espécie da tutela provisória de urgência (artigo 297 do CPC/2015), a tutela antecipada, se concedida nos termos do artigo 303, *ante causam*, pois antes do processo principal, poderá tornar-se "estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso". Responde à distribuição equânime da duração razoável do processo entre as partes ao transferir para o demandado o ônus de propor o processo de cognição plena e exaustiva.

A técnica já rondou o processo legislativo brasileiro através do Projeto de Lei do Senado nº 186/2005, arquivado no final da legislatura de 2007, inspirado como o atual na mitigação da instrumentalidade dos provimentos antecipatórios do Direito italiano, se afastando da célebre e fundamental obra de Calamandrei sobre os provimentos cautelares, na qual o autor identificou como traço marcante da cautelaridade a sua instrumentalidade e não mais a provisoriedade⁶⁹⁷, entendida como a subserviência do provimento cautelar ao definitivo superveniente.

⁶⁹⁵ SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 133, mar. 2006, p. 142-143.

⁶⁹⁶ De acordo com a classificação de Andrea Proto Pisani, são as seguintes as técnicas de sumarização da tutela de conhecimento no âmbito do processo italiano: o título executivo extrajudicial, o processo monitorio, a contumácia, não contestação e reconhecimento do direito, a condenação com reserva de exceções, a mitigação da instrumentalidade nos provimentos cautelares antecipatórios, a prova pericial preventiva com fins conciliatórios e o processo sumário. PISANI, Andrea Proto. **Verso la residualità del processo a cognizione piena? In studi in onore di Carmine Punzi**. Torino: Giappichelli, 2008, p. 705-706.

⁶⁹⁷ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Opere Giuridiche. Vol IX. Nápoli: Morano, 1983, p. 175.

Em geral é a crise da Jurisdição, quando deixa de cumprir a duração razoável do processo, que leva à hipertrofia das formas cautelares como vias mais céleres e sumárias, alternativas à ordinarietade. O fenômeno é conhecido tanto no Brasil⁶⁹⁸, através da utilização dos processos cautelares inominados, como na Itália⁶⁹⁹, onde a tendência é a de prevalência de técnicas de sumarização da tutela de conhecimento.

Foi a Reforma de 1990 do Código de Processo Civil italiano (Lei de 26 de novembro de 1990), inspirada no colóquio internacional, realizado em Milão, organizado em 1983, por Giuseppe Tarzia, que introduziu, sob a inspiração do *référé provision* francês, a mitigação da instrumentalidade através da possibilidade de deferimento de medida antecipatória de execução imediata que pode se tornar definitiva.⁷⁰⁰ O sistema ainda mantém como regra geral a necessidade da posterior instrumentalidade para as cautelares *ante causam* dos artigos 669-*octies* e 669-*novies*⁷⁰¹, pois a norma prevê que o juiz determine prazo não excedente aos 60

⁶⁹⁸ GRECO, Leonardo. A Função da Tutela Cautelar. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Direito Civil e Processo** – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 834-837.

⁶⁹⁹ Em artigo sobre a relação entre a efetividade e a garantia no processo cautelar, Franco Cipriani observa que, apesar de o Código Processual Civil italiano de 1865 não prever tutelas atípicas, por não possuir previsão de um poder geral de cautela, esta realidade não era tanto sentida diante da celeridade dos processos de conhecimento da época, quando metade das sentenças definitivas de primeiro grau era pronunciada em apenas seis meses. CIPRIANI, Franco. Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. **Il processo civile nello stato democratico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 69-93.

⁷⁰⁰ CIPRIANI, Franco. Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. **Il processo civile nello stato democratico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 80. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 41. Rita Lynce ratifica a presença da mitigação da instrumentalidade nos Processos italiano, francês, e ressalta que no Processo alemão a instauração do processo de cognição plena e exaustiva depende de solicitação do requerido de acordo com o § 926 do ZPO. LYNCE, Rita. Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 1143, vol. I.

⁷⁰¹ Segundo Alberto José Lafuente Torralba, a norma referida "[...] libera del nexo de instrumentalidad a las medidas de urgencia emitidas conforme al art. 700 y las otras medidas cautelares idóneas para anticipar los efectos de la sentencia de fondo, previstas por el código civil o otras en leyes especiales, así como las medidas emitidas como consecuencia de denuncia de obra nueva o daño temido conforme al art. 688". LAFUENTE TORRALBA, Alberto José. La evolución de la tutela cautelar. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 156. p. 77-103, fev. 2008. p. 80. "Art. 669-*octies*. (Provvedimento di accoglimento) L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 669-*novies*. In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni. [...] Art. 669-*novies*. (Inefficacia del provvedimento cautelare) Se il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all'articolo 669-*octies*, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia. In entrambi i casi, il giudice che ha emesso il provvedimento, su ricorso della parte interessata, convocate le parti con decreto in calce al ricorso, dichiara, se non c'è contestazione, con ordinanza avente efficacia esecutiva, che il provvedimento è divenuto inefficace e dà le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente. In caso di contestazione l'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare decide con sentenza provvisoriamente esecutiva, salva la possibilità di emanare in corso di causa i provvedimenti di cui all'articolo 669-*decies*. [...]" Disponível em: <www.altalex.com>. Acesso em: 12 out. 2015.

(sessenta) dias para o início do processo de cognição plena e exaustiva, mas o provimento poderá conservar a sua eficácia independente do início da fase de cognição plena e exaustiva.

A supressão da instrumentalidade foi estendida também ao processo de conhecimento, diretamente, nos artigos 186-*bis*⁷⁰² e 186-*ter*, que regulam a *ordinanza per il pagamento di somme non contestate* e da *istanza di ingiunzione*, que se constituem em tutela sumária deferida no curso do processo⁷⁰³, podendo potencialmente se tornar definitivas, afastando a instrumentalidade e a provisoriedade, pois seus efeitos podem sobreviver à extinção do processo.

Sergio Menchini⁷⁰⁴, em estudo acerca das Reformas do Processo Civil italiano dos anos de 2003 e 2005, e sua tendência à sumarização, observa que o legislador ampliou as hipóteses de exclusão da instrumentalidade através da criação de novos procedimentos, como a ordem executiva sem julgado do âmbito societário (a *ordinanza esecutiva senza giudicato, in ambito societario* do artigo 19 do Decreto-Lei nº 5, de 2003), revogada pouco mais de um ano após a sua criação, os novos procedimentos possessórios (artigo 730 e seguintes do Código de Processo Civil italiano), a extinção da execução a seguir à sua suspensão, determinada no âmbito de sua oposição (artigo 185 do Código de Processo Civil italiano) e o incidente de concurso de credores (artigo 624 do Código de Processo Civil italiano).

São procedimentos simplificados, caracterizados por uma fase preliminar sumária que pode, mas não pretende, seguir ao processo ou à fase de cognição plena e exaustiva, destinados

⁷⁰² “Art. 186 bis. *Ordinanza per il pagamento di somme non contestate. Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite (165, 167, 271). Se l’istanza è proposta fuori dall’udienza il giudice dispone la comparazione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. L’ordinanza (134) costituisce titolo esecutivo (474) e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo (305, 306 ss.) [...] Art. 186-ter. (Istanza di ingiunzione) Fino al momento della precisazione delle conclusioni, quando ricorrano i presupposti di cui all’art. 633, primo comma, n. 1), e secondo comma, e di cui all’art. 634, la parte può chiedere al giudice istruttore, in ogni stato del processo, di pronunciare con ordinanza ingiunzione di pagamento o di consegna. Se l’istanza è proposta fuori dall’udienza il giudice dispone la comparazione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. [...] Se il processo si estingue l’ordinanza che non ne sia già munita acquista efficacia esecutiva ai sensi dell’art. 653, primo comma. Se la parte contro cui è pronunciata l’ingiunzione è contumace, l’ordinanza deve essere notificata ai sensi e per gli effetti dell’art. 644. In tal caso l’ordinanza deve altresì contenere l’espresso avvertimento che, ove la parte non si costituisca entro il termine di venti giorni dalla notifica, diverrà esecutiva ai sensi dell’art. 647. L’ordinanza dichiarata esecutiva costituisce titolo per l’iscrizione dell’ipoteca giudiziale.” Disponível em: <www.altalex.com>. Acesso em: 12 out. 2015.*

⁷⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

⁷⁰⁴ MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell’accertamento con autorità di giudicato. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXI, n. 3, 2006, p. 869-902.

a constituir rapidamente o título executivo, que não será necessariamente substituído por um julgamento com eficácia de coisa julgada. Tais tutelas são satisfativas, pois regulam a lide, mas instáveis enquanto realizam o direito deduzido, pois não impedem a rediscussão da lide em processo futuro. Produzem executividade, mas não coisa julgada⁷⁰⁵, como destaca Menchini quanto ao processo possessório do artigo 730 do Código italiano:

O interdito possessório é um provimento antecipatório executivo; no caso de extinção do processo principal, conserva a sua eficácia de título executivo judicial, mas não adquire a autoridade de coisa julgada sendo, portanto, inidôneo a regular de forma definitiva a questão possessória, e também não produz efeitos reconduzíveis ou assimiláveis às preclusões *pro iudicato*.⁷⁰⁶

Sergio Menchini⁷⁰⁷ vai concluir sua análise constatando a superação da coisa julgada substancial através da utilização das técnicas de: a) procedimentos de execução individual ou universal, voltados à solução de conflitos internos ao processo, com eficácia endoprocessual; ou de b) procedimentos sumários que solucionam temporariamente a controvérsia, dotando o credor de título executivo, tão satisfativo quanto instável, podendo ser removido diante de sentença posterior produzida em processo de cognição plena.

O Novo Código de Processo Civil português de 2013 também procurou esse caminho, com alguma variável, mas semelhante em substância, através da criação da norma do artigo 369, que institui a inversão do contencioso.⁷⁰⁸ Quando deferida a providência cautelar e cumpridos determinados requisitos, poderá ser dispensado o início da fase de cognição plena,

⁷⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 54.

⁷⁰⁶ Tradução do original: "*L'interdetto possessorio è un provvedimento anticipatorio esecutivo; in caso de estinzione del processo de merito, esso conserva la sua efficacia di titolo esecutivo giudiziale, ma non acquista autorità di cosa giudicata, è, quindi, inidoneo a dettare la disciplina definitiva circa la situazione di possesso, e non produce neppure effetti riconducibili o assimilabili alla preclusio pro iudicato.*" MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXI, n. 3, 2006, p. 888.

⁷⁰⁷ MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXI, n.3, 2006, p. 900.

⁷⁰⁸ "Artigo 369.º Inversão do contencioso 1 – Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio. 2 – A dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor -se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada. 3 – Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando -se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido." Disponível em: <www.dre.pt>. Acesso em: 14 out. 2015.

valendo a providência como composição definitiva do litígio⁷⁰⁹, mitigando a instrumentalidade do processo cautelar em razão da supressão do processo *principal* posterior. Como requisitos necessários para a inversão, a lei exige: 1) o requerimento do autor; 2) que a prova dos fatos constante do processo seja hábil à formação da "convicção segura" do juiz; e 3) que a providência cautelar tenha aptidão para regular o conflito de forma definitiva. Além da necessidade de iniciativa do autor, o legislador português, sabiamente, impôs duas exigências: proporcionalidade da cognição, ou seja, que os fatos constitutivos do direito do autor estejam provados de modo a formar a convicção judicial e que o conteúdo da decisão cautelar deferida tenha condições de regular o conflito como um todo, como sucede, por exemplo, com o deferimento de alimentos provisórios ou de medidas possessórias.

Rita Lynce, em ensaio escrito ainda quando do texto da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil português⁷¹⁰, recorda que este sistema processual já havia produzido duas experiências anteriores semelhantes, de alteração das cautelares satisfativas ou antecipatórias, como optou o nosso legislador. Segundo a autora, tanto o artigo 121, nº 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativo⁷¹¹ quanto o artigo 16 do Regime Processual Civil Experimental permitem que a decisão originariamente provisória se trasmude em definitiva, regulando o conflito, quando presentes condições para o deslinde da questão, tornando despiciendo o processo posterior. Observa a autora que a solução lusa se distingue da mitigação da instrumentalidade francesa, italiana e alemã, pois sobrevém o segundo provimento definitivo, logo após o processo cautelar em razão da desnecessidade de outra cognição, capaz de produzir coisa julgada.

O nº 3 do artigo 369 do Código português prevê que a partir do pedido do autor de inversão do contencioso, suspende-se o prazo de caducidade do direito acautelado, o que só

⁷⁰⁹ AMARAL, Jorge Augusto Pais. **Direito Processual**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 38-39.

⁷¹⁰ LYNCE, Rita. Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 1144-1145, vol. I.

⁷¹¹ "**Artigo 121.º Decisão da causa principal** .1 - Quando a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos, permita concluir que a situação não se compadece com a adoção de uma simples providência cautelar e tenham sido trazidos ao processo todos os elementos necessários para o efeito, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de 10 dias, antecipar o juízo sobre a causa principal. 2 - A decisão de antecipar o juízo sobre a causa principal é passível de impugnação nos termos gerais." Disponível em: <www.pgdlisboa.pt/>. Acesso em: 23 out. 2015. "**Art. 16º. Decisão da causa principal**. Quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal." Disponível em: <www.dgpj.mj.pt/>. Acesso em: 23 out. 2015.

volta a transcorrer no caso de indeferimento deste pedido, pois nesse caso o autor deverá propor ação de complementação da cognição no prazo de 30 (trinta) dias fixado pela letra a) do nº 1, do artigo 373, a fim de que o réu não seja submetido à eficácia continuada de medida formada sob cognição sumária.⁷¹²

O nosso legislador, entre os dois sistemas, desprezou o português e optou pela mitigação da instrumentalidade francesa, italiana e alemã, através do artigo 304 do CPC/2015: deferida antecipação de tutela em procedimento *ante causam*, acaso não sobrevenha impugnação pelo réu mediante recurso de agravo por instrumento (artigo 304, combinado com o artigo 1.015, I, ambos do CPC/2015), os efeitos do provimento se protraem no tempo, e o processo se extingue, deixando de caminhar na direção do julgamento de mérito em cognição plena e exauriente. Resta ao alvitre das partes a instauração, no prazo de 2 (dois) anos, da cognição plena através de ação de revisão, reforma ou invalidação, chamada pela doutrina de ação revocatória⁷¹³ ou de ação de confirmação ou de impugnação⁷¹⁴, para complementação da cognição, *plena cognitio causae*, presente aqui de *lege lata*, objeto da Seção 4.5, *infra*.

Para Eduardo Talamini⁷¹⁵, a inversão de contraditório, ou a inexistência de contraditório prévio, e a imediata executividade da medida provisória, características dos processos injuncionais, permitem afirmar que o que temos é a técnica de *monitorização*. Realmente, a técnica conta, como no processo injuncional, com a esperança da inércia do réu para o início da execução. Para incentivá-la, Didier Jr., Braga e Oliveira⁷¹⁶ sugerem inclusive a aplicação por analógica das disposições dos artigos 701, *caput*, e § 1º do CPC/2015, dispensando o demandado inerte do pagamento das custas processuais e reduzindo os honorários por ele devidos à porcentagem de 5% (cinco por cento).

⁷¹² "Artigo 373.º Caducidade da providência 1 – Sem prejuízo do disposto no artigo 369.º, o procedimento cautelar extingue -se e, quando decretada, a providência caduca: a) Se o requerente não propuser a ação da qual a providência depende dentro de 30 dias contados da data em que lhe tiver sido notificado o trânsito em julgado da decisão que a haja ordenado." Disponível em: <www.dre.pt>. Acesso em: 14 out. 2015. AMARAL, Jorge Augusto Pais. **Direito Processual**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 42-43.

⁷¹³ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 363, v. II.

⁷¹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 611, vol 1.

⁷¹⁵ TALAMINI, Eduardo. Tutela da urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 209, jul. 2012, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 24-25.

⁷¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 605, vol 1.

Prosseguindo no paralelo entre a medida antecipada e o processo monitorio, Talamini⁷¹⁷ aponta as características similares entre os institutos: 1) emprego de cognição sumária para a obtenção célere pelo autor do bem da vida pretendido; 2) a não impugnação gera medida executiva contra o demandado; 3) a medida permanecerá em vigor até que o executado promova o início da fase de cognição plena e exaustiva; 3) essa medida estabilizada não gera coisa julgada. As técnicas diferem, no entanto, em substância, pois, enquanto o provimento antecipado estabilizado é medida de urgência, a técnica monitoria prescinde deste requisito, aproximando-se da tutela da evidência, apesar de ambas, no entanto, serem espécies de técnica de sumarização da tutela cognitiva. O próprio autor vai reconhecer ao final de seu artigo a dicotomia entre a natureza dos institutos.⁷¹⁸

Para o que nos interessa na presente tese, é necessário acompanhar a doutrina de Leonardo Greco⁷¹⁹ e Eduardo Talamini⁷²⁰, que compreendem, inversamente do que dispõe a norma do artigo 304, a insuficiência da não interposição do recurso para que o processo seja extinto e prossiga a eficácia da antecipação de tutela deferida *ante causam*. Em verdade, a estabilidade somente pode sobrevir se não houver tanto o agravo quanto a contestação ou qualquer outra via impugnativa. O artigo 303, § 1º, do CPC/2015 determina que o juiz, deferida a antecipação, intime o autor para emendar a inicial em 15 (quinze) dias e após cite o réu para a audiência de conciliação ou de mediação, ou para apresentar contestação, se o autor declarar na inicial que não deseja a realização da audiência (artigo 319, VII, do CPC/2015). Assim, o réu será inexoravelmente citado e poderá contestar, mesmo que não tenha recorrido.

Só a absoluta inércia do demandado pode permitir a não instauração da fase de cognição plena e exaustiva e a continuidade da eficácia da decisão, e não simplesmente a não interposição do recurso. Há um elemento *negocial* necessário à estabilização, ou talvez um tanto menos, de calculabilidade na inação, como visto acerca do processo contumacial (Seção 4.4.7, *supra*). *Acordada* a estabilização da antecipação, a atividade judicial de busca da verdade é

⁷¹⁷ TALAMINI, Eduardo. Tutela da urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 209, jul. 2012, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 25.

⁷¹⁸ TALAMINI, Eduardo. Tutela da urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 209, jul. 2012, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33.

⁷¹⁹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 362, v. II.

⁷²⁰ TALAMINI, Eduardo. Tutela da urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 209, jul. 2012, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 29.

interrompida, não podendo falarmos em julgamento ou em solução adjudicada do conflito, mas de solução autocompositiva, como uma transação homologada (Seção 4.4.6, *supra*), baseada em decisão provisória em cognição sumária.

Praticado qualquer ato processual que expresse a contrariedade do demandado frente à permanência dos efeitos da decisão ou no sentido da instauração da fase de cognição plena e exaustiva, segue o processo, não ocorrendo a estabilização da medida. O instituto da estabilização existe para uma espécie de conflito de interesses, rara ressalte-se, que, uma vez processualizada e regulada pelo provimento provisório, não gera no réu o desejo de prolongá-la ou de buscar necessariamente outra solução, como pode ocorrer nas ações de alimentos e possessórias. A norma presume que, em determinados casos, o réu se satisfaça com a solução provisória e deixe de impugná-la, tornando despendioso o processo de conhecimento de cognição plena posterior. É essa a presunção relativa ou a inferência que a lei faz sobre a inação do demandado.

Porém, como a regra para a solução adjudicada dos conflitos continua sendo a cognição plena e exaustiva capaz de produzir coisa julgada, qualquer ato processual, como contestação, recurso, pedido de reconsideração, suspensão da segurança, etc., afasta a presunção de ter o réu abdicado do julgamento do conflito em *plena causae cognitio*. Ademais, como o provimento antecipatório é provisório por sua natureza, mesmo que a decisão reste irrecorrida, poderá ser alterada ou revogada diante das alegações trazidas pelo demandado na contestação.

De uma forma ou de outra, o nível de cognição não superará a cognição sumária dos provimentos de urgência, no caso unilateral, somente com base nos enunciados do autor acerca da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo inviável, portanto, a formação de coisa julgada⁷²¹, expressa e sabiamente excluída pelo próprio legislador no § 6º do artigo 304 do CPC/2015. O sistema é constitucionalmente superior ao natimorto Projeto de Lei do Senado nº 186/2005, que impunha a coisa julgada material ao provimento antecipado e estabilizado.

Possuindo a natureza de provimento de urgência emitido em cognição sumária, como sói qualquer provimento de urgência, seu conteúdo não é hábil a gerar coisa julgada material,

⁷²¹ Neste sentido, GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 362 v. II; TALAMINI, Eduardo. Tutela da urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 209, jul. 2012, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27-28; e a doutrina italiana acerca dos seus assemelhados institutos: MENCHINI, Sergio. **Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie**: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato, Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, ano LXI, n. 3, 2006. p. 903.

pois não se trata de sentença ou decisão interlocutória que tenha julgado o mérito (Seção 4.1, *supra*). A inércia do réu, neste caso, não é comparável à revelia, pois não foi citado para um processo que poderia produzir coisa julgada, mas para um processo que, em razão de sua contumácia, só terá capacidade de produzir estabilização da antecipação de tutela *ante causam*. Admitir diversamente importa em violação da calculabilidade ou previsibilidade e, por conseguinte, da segurança jurídica, viciando de inconstitucionalidade o instituto, pois ao réu não era possível imaginar que sua omissão pudesse redundar em julgamento definitivo do conflito de interesses. A cognição, portanto, continuará sendo compatível com uma decisão prolatada sob a urgência e, portanto, naturalmente sumária, incapaz de produzir coisa julgada.

A questão que suscita maiores dúvidas diz respeito à inalterabilidade da decisão após o transcurso do prazo de 2 (dois) anos para a propositura da ação de complementação de cognição, como previsto no artigo 304, § 5º, do CPC/2015. Diga-se, desde já, que paralelamente a este prazo seguem transcorrendo os prazos prescricionais e decadenciais aplicados às hipóteses, estando sujeita a relação jurídica de direito material à consolidação de prazos materiais, como a usucapião, por exemplo.⁷²²

O prazo de 2 (dois) anos possui, ao nosso sentir, a natureza de prazo decadencial da ação de complementação da cognição, como ocorre com sua coirmã, a ação rescisória dos artigos 495 do CPC/1973 e 975 do CPC/2015. No entanto, essa estabilização qualificada, em razão da inalterabilidade pelo transcurso do prazo, não transforma a decisão de antecipação em sentença de mérito transitada em julgado, mas simplesmente impede a propositura da ação do artigo 304 do CPC/2015.⁷²³ A decisão é a mesma: decisão de provimento de urgência sem decidir o mérito, que conheceu e julgou a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, incapaz de, após o lapso temporal de 2 (dois) anos, transformar o seu conteúdo de cognição sumária em plena e exaustiva. Continuará possível, então, a alegação do direito da parte ré em outra ação que eventualmente lhe seja movida ou que promova, pois não ocorrendo coisa julgada não haverá seus efeitos negativos ou positivos.

⁷²² TALAMINI, Eduardo. Tutela da urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 209, jul. 2012, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 28. Quanto ao Direito processual italiano que não possui tal prazo, Sergio Menchini faz a mesma consideração. MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXI, n.3, 2006. p. 901.

⁷²³ Em sentido contrário, compreendendo que após o transcurso do prazo sobrevém coisa julgada, GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 363, v. I.

Por vezes a doutrina utiliza-se de exemplos extremos como elementos argumentativos⁷²⁴ para afastar a incidência de regras satisfatórias para a maioria dos casos. Nos vemos forçados, no entanto, a buscar exemplos de decisões antecipatórias estabilizadas *em definitivo* em razão do ineditismo da norma em nosso sistema processual, para que possamos avaliar os efeitos danosos que o prazo de estabilização vai impor. Após o transcurso dos 2 (dois) anos, a decisão que antecipou sumariamente o embargo de uma obra, redundará em estabilização *forte*. Observa-se, posteriormente, no entanto, através de detido laudo pericial, que a mesma obra é absolutamente necessária para manter a estrutura do prédio sob pena de desabamento sobre um loteamento vizinho. Nesta circunstância, qualquer juiz que buscar uma decisão justa vai deferir outra medida de urgência, determinando a continuidade da obra, sem considerar a estabilização definitiva.

Também para casos simples, a estabilização por prazo sem cognição plena e exaustiva se mostra impertinente. Se a antecipação diz respeito à obrigação de pagar alimentos e, posteriormente à estabilização qualificada, o alimentado toma conhecimento de prova, que já existia ao tempo da estabilização, como a renda declarada do alimentante, que poderia ensejar a melhor adequação de sua possibilidade de pagar, também poderá propor a ação de cognição plena e exaustiva posterior.

Não havendo coisa julgada, pode-se aplicar à estabilização da antecipação de tutela *ante causam*, de *lege lata*, a teoria dos mecanismos de estabilização de Antônio dos Passos Cabral⁷²⁵, para afirmar que a decisão após os 2 (dois) anos vai adquirir uma estabilidade "forte". De qualquer forma, no nosso sentir, mesmo que se admita a estabilização apenas dos efeitos da decisão antecipada (execução) e não do seu conteúdo conhecido (declaratório acerca do mérito), a repositura ou a propositura da ação de cognição plena posterior, ao julgar o mérito e iniciar a produção de seus efeitos, vai atingir e afastar os efeitos da decisão provisória, pois a execução do mérito irá se contrapor aos efeitos estabilizados. Somente a coisa julgada produz sua eficácia negativa, pois é esta a maior característica de sua estabilidade máxima.

A decadência do direito de ação de complementação da cognição do artigo 304 do CPC/2015 atinge o direito de propô-la, mas não o direito material da parte, cujos prazos extintivos permanecem regulados pela lei civil. Admitir que a estabilização qualificada após os

⁷²⁴ Acerca da argumentação pelo exemplo, *vide* PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 399-406.

⁷²⁵ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodium, 2013, *passim*.

dois anos possa atingir o direito material das partes é admitir que todos os prazos prescricionais e decadenciais foram alterados para 2 (dois) anos, quando controvertidos no processo de tutela antecipada *ante causam* estabilizada. Esta interpretação é inconstitucional em razão da violação da proporcionalidade dos prazos decadenciais e prescricionais previstos na lei civil de acordo com o direito material. A mesma objeção não pode ser oposta à ação rescisória, pois, neste caso, houve o julgamento acerca do direito material.

Creemos que a fixação deste prazo é absolutamente inoportuna e desvinculada da sucessão de fatos posteriores ao cumprimento da medida. O legislador não levou em conta os efeitos modificativos da realidade do conflito que o cumprimento do provimento antecipatório pode produzir, alterando na mesma proporção a causa de pedir originária. A ação de complementação da cognição ou de revisão poderá ter outra conformação de causa de pedir e de pedido diverso da ação originária.⁷²⁶ Admitir que o transcurso do prazo de 2 (dois) anos possa impossibilitar a instauração da *plena cognitio* importa em inconstitucional negativa de jurisdição, pois veda o julgamento de novo conflito, surgido dessa nova conformação da realidade. Agrava-se a violação à inafastabilidade da jurisdição quando ponderamos que em algumas hipóteses a antecipação de tutela poderá ter sido parcial, incapaz de regular a totalidade do conflito de interesses originariamente posto.

Não podendo falar em coisa julgada, também não podemos admitir que tal estabilização produza o efeito negativo próprio da *res judicata*. Portanto, não somente quanto a novos conflitos mas também quanto ao mesmo conflito de interesses originário: impossibilitar a repositura da ação originária estabilizada em cognição sumária viola o contraditório e a proporcionalidade entre a cognição plena e exaustiva e a coisa julgada, pois apenas a esta é dado o efeito negativo de obstaculizar novas ações posteriores acerca do mesmo objeto litigioso. A decisão provisória, em cognição sumária, não pode impedir o direito de acesso à justiça. Se o réu permitiu a estabilização da execução da antecipação, isso não inclui a supressão do seu direito de acesso à justiça.

Recordemos que também ao autor é dada legitimidade para propor essa ação. É factível, por exemplo, que após a efetivação da medida e o transcurso do prazo de dois anos, o próprio demandante se veja diante de outro conflito de interesses com o réu, acerca do mesmo objeto litigioso, mas com base em outros fundamentos. Ficará o autor impossibilitado de propor nova ação, violando seu direito de acesso à justiça? E no caso de a estabilização recair sobre o

⁷²⁶ LYNCE, Rita. Apreciação da proposta de *inversão do contencioso cautelar* apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra ed., 2013, p. 1150, vol. I.

deferimento parcial da antecipação de tutela *ante causam* e surgir ou manter-se o conflito acerca da outra fração do litígio? As partes não poderão propor nova ação? E se o novo conflito no seu desenrolar exigir a participação de outras partes, de outros litisconsortes necessários? Não há no CPC/2015 fórmula para a superação dos conflitos entre a decisão estabilizada e a mutabilidade do mundo real ao longo do tempo, importando esse prazo decadencial em violação do direito de acesso à justiça, pois proíbe a propositura de ação que nunca, anteriormente, foi julgada em cognição plena e exaustiva pelo Judiciário.

Compreendendo que, com ou sem o transcurso do prazo de 2 (dois) anos, a estabilização da antecipação de tutela não produz coisa julgada mas efêmera estabilidade, em razão do corte total de cognição, não nos resta alternativa senão esvaziar sua importância, interpretando que esse prazo somente permanecerá no ordenamento processual como indicativo de que as partes poderão propor a ação de complementação de cognição nos mesmos autos após o desarquivamento, através da via do artigo 304, § 4º, do CPC/2015 ou através de *ação autônoma*, heterotópica, em novo processo levado à livre distribuição.

Sábio foi o legislador português que impôs para a inversão do contencioso dois requisitos atinentes à decisão que se pretende estabilizar: 1) o requisito cognitivo, ou seja, que tenha ocorrido produção de prova suficiente no processo cautelar para sustentar a "convicção segura" do juiz acerca dos fatos constitutivos do direito do autor; e 2) o requisito de conteúdo, que a decisão cautelar tenha aptidão para regular o conflito de forma definitiva, ou seja, que possua uma norma capaz de abarcar a totalidade do litígio acerca do direito material. Essa conformação exige que o juiz prolate uma decisão estruturada como decisão de mérito, o que caracterizaria coisa julgada proporcional à cognição, diverso do que ocorrerá no caso brasileiro no qual a decisão será meramente antecipatória, baseada não no mérito, mas na interpretação acerca dos requisitos necessários ao deferimento da tutela de urgência.

A inversão de contencioso do Direito português aparenta ter sido criada mais como uma técnica de adaptabilidade em respeito à duração razoável do processo do que propriamente como técnica de sumarização; de uma técnica de redução proporcional do processo quando não for necessário o transcurso de todo o trâmite arquitetado, como ocorre com o julgamento antecipado do mérito (artigo 330 do CPC/1973). O autor e o juiz observam que o processo cautelar regulou até aquele instante de forma proporcional e satisfatória o conflito de interesses, com cognição suficiente, o que dispensaria o custoso e despiciendo caminho através do processo comum, e questionam ao réu se concorda ou não com tal solução. Caso o demandado não concorde, lhe é transferido o ônus de instaurar a *plena cognitio*.

4.4.10 O descumprimento do dever de contraditório prévio no julgamento de terceira via

O artigo 10 do CPC/2015, sem correspondente no CPC/1973, importa do Direito europeu, em especial do processual alemão⁷²⁷, a regra do dever de clarificação concretizando o princípio do contraditório participativo e da não surpresa ao determinar que o juiz deva ouvir previamente às partes sobre os fundamentos que porventura possa utilizar em suas decisões, quando não tiverem sido debatidos no processo, mesmo que se trate de matéria reconhecível *ex officio*. O dever de clarificação é reconhecido por decisões da Corte europeia de Direitos Humanos⁷²⁸, inclusive, no processo penal.

É a imposição do princípio dialético que veda a decisão fundamentada sobre argumentos obscuros não iluminados pelo contraditório, reforçando a natureza cooperativa do processo e da cognição que o CPC/2015 pretende implementar, especialmente a partir da conjugação dos artigos 10 e 489, § 1º, do CPC/2015, que determina a fundamentação analítica. Obrigar o juiz a compartilhar com as partes previamente todas as razões de suas decisões (artigo 10) e a deduzir explicitamente todos os fundamentos desta decisão (artigo 489, § 1º), em um processo que se qualifica como cooperativo (artigo 6º do CPC/2015), elevando as partes a destinatários das provas (artigo 369 do CPC/2015), não nos deixa duvidar que as partes, nesse novo sistema processual, são sujeitos da cognição processual.

O juiz deverá expor às partes a questão que pretende enfrentar em sua decisão, ausente do debate no processo, e permitir aos litigantes a exposição de seus argumentos e a produção de provas para sustentar estes argumentos. Assim, o dever de clarificação impõe não só a

⁷²⁷ O dever de clarificação (*richterliche Aufklärungspflicht*) ou a obrigação do juiz de sugerir e dar retorno as partes (*to give hints and feedbacks*) encontra-se previsto no § 319 do ZPO, conforme MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. **German Civil Justice**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004, p. 166-169. A mesma norma foi introduzida no Direito Processual italiano através da Reforma de 2009 (Lei nº 69, de 18 de junho de 2009), com alteração do artigo 101 do Código de Processo Civil italiano, que instituiu a vedação ao chamado julgamento de "*terza via*". ARAUJO, José Aurélio de; BODART, Bruno Vinícius da Rós. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana – sugestões de Direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz et al. (Org.). **O Novo Processo Civil Brasileiro** – direito em perspectiva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 38-41; DEMARCHI, Paolo Giovanni. **Il nuovo processo civile**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 59-64; GAMBA, Cinzia. L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevante d'ufficio e la "scommessa aperta" dell'ordinamento processuale. In: TARUFFO, Michele (coord.). **Il processo civile riformato**. Bolonha: Zanichelli, p. 65-18.

⁷²⁸ GAMBA, Cinzia. L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevante d'ufficio e la "scommessa aperta" dell'ordinamento processuale. In: TARUFFO, Michele (coord.). **Il processo civile riformato**. Bolonha: Zanichelli ed., p. 87-92.

obrigação ao juiz de expor previamente o argumento inédito que pretende aplicar na decisão, mas de permitir o exercício pleno do direito de influência da parte sobre o convencimento judicial, mediante a apresentação de argumentos e a produção de provas.⁷²⁹

A norma expressa tanto o contraditório quanto a segurança jurídica, pois pretende evitar que as partes sejam surpreendidas diante da decisão estruturada sob argumentos inéditos. Assim, seu alcance não se limita à sentença de mérito ao final do processo, mas vincula o juiz na prolação de toda e qualquer decisão. Se a vedação à surpresa alcança as matérias reconhecíveis de ofício, abarca certamente as normas de ordem pública como as de natureza processual e, portanto, as decisões de indeferimento da petição inicial (artigo 330 do CPC/2015), de improcedência liminar do pedido (artigo 332 do CPC/2015), sobre a aplicação ou não dos efeitos da revelia (artigo 345 do CPC/2015), de julgamento antecipado do mérito (artigo 355 do CPC/2015), de saneamento do processo (artigo 357 do CPC/2015)⁷³⁰, de extinção do processo sem resolução de mérito (artigo 485 do CPC/2015) e quaisquer decisões do tribunal (artigo 927, § 1º).

A consequência imediata do descumprimento do dever de clarificação será o reconhecimento da nulidade da decisão em razão da supressão de cognição às partes, passível de impugnação mediante recurso cabível. A supressão do direito da parte de participar e influir na decisão importa, evidentemente, em limitação cognitiva que produz, caso a decisão de mérito transite em julgado, coisa julgada, mas coisa julgada proporcional passível de ser impugnada por ação de complementação de cognição através do processo da ação rescisória, por violação à literal disposição de lei (artigo 966, V, do CPC/2015).

4.5 As ações de desconstituição da coisa julgada e de complementação, de correção ou de julgamento diferido em cognição plena e exaustiva

⁷²⁹ DEMARCHI, Paolo Giovanni. **Il nuovo processo civile**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 61.

⁷³⁰ Cinzia Gamba entende aplicável a vedação ao julgamento de terceira via prevista no artigo 101, do Código de Processo Civil italiano, à importante "fase crucial" de *trattazione* do processo onde são definidas as questões controvertidas e as provas a serem produzidas. GAMBA, Cinzia. L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevante d'ufficio e la "scommessa aperta" dell'ordinamento processuale. In: TARUFFO, Michele (coord.). **Il processo civile riformato**. Bolonha: Zanichelli, p. 75.

A coisa julgada é o instituto que promete, como garantia do processo, a pacificação do conflito e o exercício previsível e seguro do direito reconhecido na decisão, se impondo independente da injustiça da decisão. O sistema processual deve propiciar, no entanto, em algumas hipóteses, a correção de eventuais injustiças através de via posterior, submetida a determinadas condições, em cumprimento à ponderação da segurança jurídica com o valor da justiça das decisões, funcionando como *self-correcting system of checks* em direção a obter, o quanto possível, uma decisão que respeite a justiça substantiva.⁷³¹

A correção de injustiça estabilizada em coisa julgada, como cediço, não é nenhuma novidade na história do processo. Podemos observar juízos rescindentes e juízos rescisórios tanto no direito processual vigente como na ação rescisória (artigos 485 do CPC/1973 e 966 do CPC/2015) e no direito romano, onde a desconstituição da coisa julgada era possível através da *restitutio in integrum*, classificada como interdito por Scialoja. Tratava-se de verdadeira ação desconstitutiva de estado ou de decisão anterior, da competência do magistrado superior (pretóres e governadores de províncias, etc.), com fundamento na falta de equidade, entendida como a concordância com as normas do direito positivo. Constituíam-se veículo de correção dos efeitos produzidos pelo exercício de direito, através do poder de *imperium* do magistrado.⁷³²

Também ao longo da história do direito luso-brasileiro, de acordo com Pontes de Miranda, é possível encontrar as ações rescisórias nas Ordenações Afonsina (Livro III, Título 78), Manoelina (Livro III, Título 60, § 2º), e Filipina (Livro III, Título 75, pr., e § 1º).⁷³³ Marcello Caetano⁷³⁴, no que pertine ao Livro III, Título 108, das Ordenações Afonsinas, observa que a rescisão de coisa julgada na suplicação somente ocorria, naquela altura, no caso de serem estas "nulas" por falsidade de documento ou de testemunhos, ou seja, rescisão por *deficit* cognitivo probatório.

⁷³¹ LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law** – An Essay in Legal Epistemology. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006, p. 142.

⁷³² SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 348. No conceito de Cruz e Tucci: “O meio extraordinário que o pretor, então, concedia denominava-se *restitutio in integrum* que, por ensejar a reposição das partes em sua situação anterior, tinha por escopo o desfazimento da lesão resultante da estrita aplicação das normas do direito civil romano”. CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 119. No mesmo sentido, ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 282, v. I.

⁷³³ MIRANDA, Pontes de. **O Tratado da Ação Rescisória das sentenças e de outras decisões**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 110-112.

⁷³⁴ MARCELLO, Caetano. **História do Direito Português (sécs. XII-XVI)**. Lisboa: Verbo, 2000, p. 409-410.

O mesmo ocorre nos sistemas processuais modernos como na Itália há a *revocazione* (artigo 395 do CPC italiano) através da qual se faculta a impugnação da coisa julgada em razão de: 1) dolo de uma parte; 2) julgamento com base em prova declarada falsa; 3) documento novo; 4) erro de fato; 5) coisa julgada; 6) dolo do juiz.⁷³⁵ Na Alemanha há a *Restitutionsklage* prevista no § 583 da ZPO, que permite a rescindibilidade da coisa julgada com base em 1) declaração falsa, 2) documento novo, 3) testemunho falso inclusive do perito, 4) conduta criminal do juiz ou das partes; bem como 5) na *Nichtigkeitsklage*, presente na norma do § 579 da ZPO, nas seguintes hipóteses de nulidade de julgamento: 1) composição incorreta do tribunal; 2) falha representação da parte; 3) vício de imparcialidade do juiz.⁷³⁶ O novo Código de Processo Civil português prevê como hipóteses de revisão no seu artigo 696: 1) coisa julgada; 2) falsidade de documento; 3) documento novo; 4) nulidade ou anulabilidade da confissão, desistência ou transação; 5) ação à revelia com nulidade de citação; 6) controle de convencionalidade quando “inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o estado português”; 7) ato simulado.⁷³⁷

A necessidade de atacar sentenças injustas, inconciliáveis com as hipóteses taxativas de cabimento da ação rescisória, e a retomada do valor da justiça da decisão e da verdade passaram a impulsionar a doutrina na *criação de novas vias atípicas* de veiculação das ações desconstitutivas e de novo julgamento, através de respeitáveis enunciados argumentativos, como a caracterização de alguns vícios como de inexistência e não de nulidade, para permitir o ataque mediante ação meramente declaratória. Além da ação rescisória, meio tradicional para a impugnação de sentenças imutabilizadas existentes mas nulas⁷³⁸, outras vias ou ações impugnativas da coisa julgada também passaram a ser consideradas.

A doutrina da essencialidade, que reconhece a inexistência como falta de elemento essencial do processo e da sentença, compreende que, no caso de inexistência, a via adequada é a ação declaratória, a *actio nullitatis*, proponível a qualquer momento, sem restrições maiores de admissibilidade e de competência do juízo de primeiro grau.⁷³⁹ A procedência da *actio*

⁷³⁵ CONSOLO, Claudio. **Codice di Procedura commentato, Artt. 287-632**. IV edizione. Milão: IPSOA, 2010, p. 1264, Tomo II.

⁷³⁶ MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. **German Civil Justice**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2004, p. 362-365.

⁷³⁷ ROCHA, Isabel; BATALHÃO, Carlos José. **Novo Código de Processo Civil**. Porto: Porto, 2013, p. 221.

⁷³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) vol. V. (arts. 476 a 565)**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 107.

⁷³⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 368.

nullitatis gera a reabertura do processo e novo julgamento. A ação declaratória poderá ser veiculada também na impugnação ao cumprimento de sentença (artigo 525 do CPC/2015), através de objeção de não executividade ou por processo autônomo, se já estiver tramitando a fase executiva.

Eduardo Talamini⁷⁴⁰ admite a quebra típica da coisa julgada mediante outros meios que não a ação rescisória, com fundamento no acesso à Justiça (artigo 5º, XXXV, do CR), através do mandado de segurança, do *habeas corpus*, da impugnação ao cumprimento de sentença e da arguição de descumprimento de preceito constitucional. No caso de ponderação entre princípios constitucionais, o autor vai admitir a chamada quebra atípica, tomando como paradigma o julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual foi permitido ao autor a propositura de nova ação de investigação de paternidade, mesmo depois do trânsito em julgado da anterior, por supressão do seu direito à identidade genética por ausência de oferta pelo Estado de exame de paternidade por DNA.

Flávio Luiz Yarshell⁷⁴¹ enumera outras ações impugnativas autônomas com efeitos desconstitutivos, admitidas como meios atípicos, como o mandado de segurança contra ato judicial, o *habeas corpus* em matéria civil e a reclamação. Em verdade a ação rescisória, o mandado de segurança, a impugnação ao cumprimento, etc. são múltiplas vias processuais que veiculam a mesma ação desconstitutiva (juízo rescindente) e, por vezes, também a ação para novo julgamento e correção do erro cognitivo (juízo rescisório).

Essa reflexão também se aplica aos limites cognitivos, pois temos de identificar quais serão os meios processuais adequados para repará-los: quais ações e através de quais processos. Necessitamos, portanto, retornar à nossa classificação dos fenômenos atinentes à coisa julgada, quando aplicamos o dogma coisa julgada/cognição plena na Seção 4.4, *supra* – coisa julgada plena, coisa julgada vulnerável *ex post*, coisa julgada proporcional e inexistência de coisa julgada – para que possamos identificar quais as ações, veiculadas através de quais vias processuais, poderão ser utilizadas nestas circunstâncias e sob quais condições. Se a coisa julgada for plena, produto de cognição plena e exaustiva, sem corte cognitivo, não será necessária ação posterior para desconstituí-la, para completar a cognição ou para iniciar cognição.

Diante, no entanto, de coisa julgada vulnerável *ex post*, quando nos deparamos com o surgimento de prova nova ou motivo suficiente para se afastar a revelia, a coisa julgada que

⁷⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 423-524.

⁷⁴¹ YARSELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória** – juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34-47.

aparentava deter imutabilidade soberana, mostra-se passível de impugnação. Havendo julgamento de mérito transitado em julgado, há coisa julgada material que se põe como obstáculo ao novo julgamento que leve em consideração a prova nova ou os elementos cognitivos do réu. Assim, é imprescindível que tenhamos anteriormente a procedência de uma ação desconstitutiva da coisa julgada, para que possamos permitir julgamento com base no elemento probatório ausente do julgamento anterior. Sobrevindo coisa julgada proporcional, formada a partir de cognição parcial em virtude de subtração de elemento cognitivo, como no mandado de segurança ou quando houver ocorrido corte cognitivo probatório, também teremos coisa julgada a exigir sua prévia desconstituição para viabilizar o julgamento em cognição plena e exaustiva.

Nessas duas hipóteses teremos a ação desconstitutiva da coisa julgada, o *iudicium rescindens*, e a ação de complementação ou de revisão da cognição com novo julgamento, o *iudicium rescisorium*. O novo julgamento só será instaurado se, preliminarmente, forem identificados os requisitos autorizativos da hipótese e, notadamente, a relevância do elemento cognitivo anteriormente suprimido (Seção 4.5.2, *infra*).

No caso, no entanto, de inexistência de coisa julgada anterior, por ausência de julgamento, não haverá a necessidade de provimento desconstutivo anterior, mas somente da ação de cognição plena e exaustiva. Há corte total de cognição e inexistência de coisa julgada, em razão da inexistência de qualquer julgamento, nas hipóteses de monitória não embargada, de equivalentes jurisdicionais autocompositivos, de improcedência liminar do pedido e de antecipação de tutela requerida em caráter antecedente estabilizada após o prazo de 2 (dois) anos para a propositura da ação de revisão ou de confirmação. Não havendo julgamento do conflito de interesses, não há conteúdo decisório capaz de ser acobertado pela imutabilidade, não se podendo falar em coisa julgada de decisão oca, mas em mera executividade. Dispensável, então, a desconstituição pretérita de qualquer obstáculo, podendo-se reivindicar, diretamente, novo julgamento, ou mais precisamente, julgamento até aqui inexistente.

Portanto, temos duas ações para a correção de cortes cognitivos: a ação constitutiva negativa da coisa julgada proporcional ou da coisa julgada vulnerável *ex post*, e a ação posterior, aqui chamada de *plena cognitio causae* em razão de sua correspondente histórica⁷⁴², para o

⁷⁴² Vide Seção 4.5.1, *infra*. TEDOLDI, Alberto. La conversione del rito ordinario del rito sommario *ad nutum iudicis* (art. 183 bis c.p.c.). **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar.-abr. 2015, ano LXX, n. 2. Milano: Giuffrè, 2015, p. 497. ARAÚJO, José Aurélio. A condenação com reserva de exceções como técnica de sumarização da tutela cognitiva. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Ano 4, 6º volume, julho a dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.redp.com.br/>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

juízo de julgamento em cognição plena e exaustiva, para correção, complementação ou para viabilizar julgamento que não houve anteriormente. Essa segunda ação terá a eficácia da ação originária ou da ação necessária no momento posterior de acordo com o direito material que se pretende tutelar.

4.5.1 A plena cognitio causae da condenação com reserva de exceções

Na presente Seção buscamos demonstrar que há duas ações de correção de vícios cognitivos: a ação desconstitutiva da coisa julgada (juízo rescindente ou *iudicium rescindens*) e a ação de *plena cognitio causae*⁷⁴³ para correção do erro cognitivo em novo julgamento (juízo rescisório ou *iudicium rescisorium*)⁷⁴⁴, para ação de complementação da cognição suprimida ou para julgamento ainda não ocorrido nos casos de corte cognitivo total.

Essa ação de cognição plena e exaustiva posterior muito se assemelha à ação presente na técnica de condenação com reserva de exceções, classificada por Andrea Proto Pisani⁷⁴⁵ como técnica de sumarização do processo, ao lado do título executivo extrajudicial, do processo monitorio, da medida cautelar despossada de instrumentalidade e do procedimento sumário italiano.

Como vimos na Seção 3.2, *supra*, a condenação com reserva de exceções impõe uma condenação provisória mediante corte cognitivo de exceções sem coisa julgada, mas concede às partes a possibilidade de obter a imutabilidade do julgado através de um processo posterior de cognição plena e exaustiva. É a ação de *cognitio plena* permitida após o deferimento do provimento provisório imediatamente executivo do *processus summarius executivos* do direito intermediário, como descreve Chiovenda⁷⁴⁶, demonstrando que esta técnica processual

⁷⁴³ TEDOLDI, Alberto. La conversione del rito ordinario del rito sommario *ad nutum iudicis* (art. 183 bis c.p.c.). **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar.-abr. 2015, ano LXX, n. 2. Milano: Giuffrè, 2015, p. 497.

⁷⁴⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória** – juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22-32.

⁷⁴⁵ PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? **Studi in onore di Carmine Punzi**. Torino: Giappichelli, 2008, p. 699-707.

⁷⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de derecho procesal civil**. Tradução espanhola da 3ª edição italiana de José Casais y Santaló. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922, p. 794, tomo II. TEDOLDI, Alberto. La conversione del rito ordinario del rito sommario *ad nutum iudicis* (art. 183 bis c.p.c.). **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar.-abr. 2015, ano LXX, n. 2. Milano: Giuffrè, 2015, p. 497.

produzia “fracionamento de conhecimento”, e que a decisão do juiz da tutela inicial executiva não vinculava o julgamento do processo plenário, pois aquele só avaliava a executividade do documento, abstendo-se de qualquer cognição quanto à obrigação.

Como o *référé provision* francês e o *procedimento per convalida di sfratto* italiano⁷⁴⁷, e outros exemplos de estrutura assemelhada à condenação com reservas do direito comparado, os *juicios verbales* espanhóis, por expressa previsão legal (artigo 447.2 da LEC⁷⁴⁸), por conta de suas limitações cognitivas, não são capazes de produzir coisa julgada e permitem a propositura de processo de cognição plena e exaustiva posterior, como afirmam Montero Aroca e Flores Maties⁷⁴⁹:

Como temos visto (Capítulo Segundo) esta classe de processos se caracterizam por suas limitações; se limitam as alegações das partes, o objeto da prova e com ele naturalmente a cognição judicial. Resulta assim a possibilidade de um processo plenário posterior no qual as partes poderão, sem limitações, resolver o conflito que as separam e, por isso, as sentenças dos processos sumários se caracterizam, precisamente, porque não produzem coisa julgada material.

O CPC/2015 também criou uma ação de cognição plena e exaustiva posterior à provimento de cognição sumária executivo, no artigo 304, § 4º⁷⁵⁰, chamada ação de revisão ou de confirmação da antecipação de tutela antecedente estabilizada (Seção 4.4.9, *supra*).

Leonardo Greco, quando analisa as limitações cognitivas em sede de juizados especiais cíveis, admite ação posterior, chamada pelo autor de ação de revisão dos julgados, com base no direito constitucional de acesso à justiça; podendo ser viabilizada através, principalmente, do mandado de segurança e da ação anulatória (artigo 486 do CPC/1973 e 966, § 4º, do CPC/2015), mas também por impugnação ao cumprimento, embargos à execução ou até mesmo através de

⁷⁴⁷ Disponível em: <www.altalex.com>. Acesso em: 28 jul. 2015.

⁷⁴⁸ “No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria ...” NIEVA FENOLL, Jordi. La Cosa juzgada: el fin de un mito. **Problemas actuales del proceso iberoamericano** – actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Málaga: 2006, p. 153.

⁷⁴⁹ Tradução do original: “Como hemos visto (Capítulo Segundo) esta clase de procesos se caracterizan por sus limitaciones; se limitan las alegaciones de las partes, el objeto de la prueba y con ello naturalmente la cognición judicial. Resulta así la posibilidad de un proceso plenario posterior en el que las partes podrán, sin limitaciones, plantear el conflicto que las separa y, por ello, las sentencias de los procesos sumarios se caracterizan, precisamente, porque no producen cosa juzgada material.” MONTERO AROCA, Juan; MATÍES, José Flores. **Tratado de Juicio Verbal**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 1622.

⁷⁵⁰ “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. [...] § 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.”

petição autônoma na fase executiva.⁷⁵¹ Eduardo Talamini conclui seu "Coisa Julgada e sua Revisão" admitindo a propositura de uma ação posterior para quebra atípica da coisa julgada, nas hipóteses de não cabimento da ação rescisória.⁷⁵²

Outro paralelo que podemos fazer com a ação de julgamento diferido em cognição plena e exaustiva encontra-se no processo contumacial alemão, previsto nos §§ 330 e seguintes da ZPO, que adota o sistema da *ficta confessio*⁷⁵³, permitindo, no entanto, ao réu a posterior propositura de uma ação de cognição plena e exaustiva (*Eispruch*)⁷⁵⁴, cujo procedimento passamos a descrever a seguir de forma resumida.

Após a fase preparatória e a adaptabilidade *in concreto*, através da qual o juiz presidente determina se o processo cumprirá a forma escrita ou oral, remetendo as partes para a sequência de memoriais ou diretamente à primeira audiência, se o réu não apresentar sua defesa mediante advogado, mesmo que já tenha sido constituído nos autos, o julgamento será contumacial, ou seja, será dispensada a audiência final e a sentença não terá a narração dos fatos, o desenvolvimento do processo ou os motivos da decisão.

Essa decisão em cognição não plenária, prolatada mediante a incidência da *ficta confessio* sobre os fatos alegados pelo autor e com a dispensa de prova, é equiparada na sua eficácia, à sentença definitiva e será provisoriamente executiva, sem necessidade de caução. O

⁷⁵¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 422-423, vol. II.

⁷⁵² TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 614-648.

⁷⁵³ No Direito Alemão, a contumácia pode ser do autor ou do réu, e pode ocorrer o julgamento contumacial em qualquer momento do processo diante da ausência de uma das partes. Trataremos aqui, tão somente, da ação de oposição no caso de contumácia do réu, correspondente à nossa revelia. "**Titel 3 VERSÄUMNISURTEIL § 330** *Versäumnisurteil gegen den Kläger. Erscheint der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, dass der Kläger mit der Klage abzuweisen sei. § 331* *Versäumnisurteil gegen den Beklagten. (1) Beantragt der Kläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil so ist das tatsächliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. Dies gilt nicht für Vorbringen zur Zuständigkeit des Gerichts nach § 29 Abs. 2, § 38.*" Tradução para o italiano de Salvatore Patti. *Codice di Procedura Civile Tedesco, Zivilprozessordnung*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 232-233: "**Titolo 3 SENTENZA CONTUMACIALE § 330**. Sentenza contumaciale contro l'attore. *Se l'attore non compare all'udienza stabilita per la trattazione orale, su istanza, il tribunale pronuncia sentenza contumaciale di rigetto della domanda dell'attore. § 331*. Sentenza contumaciale contro il convenuto. (1) *Qualora l'attore richieda la pronuncia della sentenza contumaciale contro il convenuto non comparso all'udienza stabilita per la trattazione orale, le allegazioni verbali di fatto dell'attore sono da considerare come emmesse. Ciò non vale per le allegazioni relative alla competenza del tribunale ai sensi del § 29, comma 2, e del § 38.*"

⁷⁵⁴ "**§ 338 Einspruch**. *Der Partei, gegen die ein Versäumnisurteil erlassen ist, steht gegen das Urteil der Einspruch zu. Hierauf ist die Partei zugleich mit der Zustellung des Urteils schriftlich hinzuweisen; dabei sind das Gericht, bei dem der Einspruch einzulegen ist, und die einzuhaltende Frist und Form mitzuteilen.*" Tradução para o italiano de Salvatore Patti. *Codice di Procedura Civile Tedesco, Zivilprozessordnung*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 236-237: "**§ 338**. *Opposizione. La parte contro la quale è pronunciata sentenza contumaciale, può proporre opposizione avverso quest'ultima. Di ciò deve essere informata la parte per iscritto contestualmente alla notificazione della sentenza; devono essere comunicati anche il tribunale presso il quale l'opposizione è da proporre, nonché il termine e la forma da rispettare.*"

tribunal, apesar de tomar os fatos como verdadeiros, verifica, além da regularidade processual, como as questões atinentes à jurisdição e à representação das partes, se a tese de direito procede, se a consequência jurídica é aquela afirmada pelo autor.⁷⁵⁵ Poderá julgar improcedente, ainda, se o próprio autor trazer nas suas razões a descrição de fatos impeditivos ou extintivos de seu próprio direito ou se fizer uma afirmação notoriamente falsa. A esses elementos se limita a extensão da cognição necessária para a prolação da sentença contumacial: regularidade processual e cognição jurídica.

De acordo com Daniela D'Adamo a sentença contumacial do réu se equipara, quanto aos fatos, às sentenças de renúncia ao direito ou de reconhecimento do pedido sem a concorrência da vontade das partes.⁷⁵⁶ Assim, somente haverá conhecimento jurídico acerca das questões relativas à relação processual e ao direito, mas não quanto aos fatos, que serão considerados verdadeiros, mesmo que a contumácia tenha ocorrido em momento processual no qual já tenham sido produzidas algumas provas. O juiz alemão não poderá levar em consideração os atos anteriores à contumácia para prolatar sua decisão, devendo inclusive decidir contrário aos atos já produzidos.

O legislador tedesco optou por dar à parte presente de plano um título executivo quando concorrerem as condições de ausência da outra parte e de pedido expresso da parte presente para o julgamento contumacial, ficando o juízo vinculado a esse pedido (§§ 330 e 331 do ZPO). Mas, por outro lado, permite que a parte ausente demande sua oposição (*Einspruch* prevista no § 338 do ZPO), invertendo-se o contraditório, quando intimada da sentença contumacial, perante o mesmo órgão jurisdicional do qual emanou o título executivo, no prazo de 2 (duas) semanas, restabelecendo a cognição plena e exaustiva; em padrão procedimental deveras assemelhando ao da técnica da condenação com reserva de exceções.

A avaliação de Daniela D'Adamo⁷⁵⁷ para o sistema contumacial alemão, no caso de ausência do réu, é absolutamente positiva. Segundo a autora, da mesma forma que o legislador permite a formação imediata da sentença contumacial mediante mero pedido da parte presente, subtraindo praticamente toda e qualquer cognição acerca da verdade dos fatos, concede, por

⁷⁵⁵ ADAMO, Daniela D'. **Contributo allo studio della contumacia nel processo civile**. Giuffrè: Milano, 2012, p. 316. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revelia no direito alemão e a reforma do processo civil brasileiro. **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 136.

⁷⁵⁶ ADAMO, Daniela D'. **Contributo allo studio della contumacia nel processo civile**. Giuffrè: Milano, 2012, p. 316-318. MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. **German Civil Justice**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004, p. 426.

⁷⁵⁷ ADAMO, Daniela D'. **Contributo allo studio della contumacia nel processo civile**. Giuffrè: Milano, 2012, p. 320 e 324.

outro lado, a possibilidade de impugnação posterior mediante oposição, instaurando a cognição plena e exaustiva. Observa que a ausência de uma das partes torna desnecessário o juízo de mérito, devendo-se passar de imediato à sentença contumacial, simplificando o rito. Na prática, atesta a autora, raramente se vê a propositura posterior da oposição.

Para a propositura da *plena cognitio causae* mediante a oposição, a parte não necessitará deduzir qualquer fundamento jurídico, de qualquer erro de julgamento nas questões de fato ou de direito, ou provar que possui um *bom direito*, bastando afirmar que se trata de uma oposição (§ 340).⁷⁵⁸ Não constituem pressupostos para a admissibilidade dessa impugnação sequer os requisitos para a prolação da sentença contumacial.⁷⁵⁹ Caso a oposição contenha alguma defesa substancial que requeira dilação probatória aprofundada, o tribunal suspende os efeitos do julgamento contumacial e marca data para a realização de audiência plenária, passando ao procedimento ordinário.⁷⁶⁰ Caso contrário a oposição será julgada improcedente sem a realização de audiência.

Para Peter L. Murray e Rolf Stürner, a *generosidade* de permitir o afastamento da sentença contumacial decorre da convicção de que é mais fácil rever um caso julgado à revelia do que despender esforços para precisar se estamos ou não diante de um *bom caso* para julgamento contumacial.⁷⁶¹ O mesmo sistema foi adotado pelo Direito inglês para o julgamento à revelia (*default judgment*), de acordo com a Parte 13 das *Civil Procedure Rules*.⁷⁶² Como assevera Neil Andrews, o julgamento à revelia é um julgamento *menos forte* que o julgamento

⁷⁵⁸ "§ 340 Einspruchsschrift. (1) Der Einspruch wird durch Einreichung der Einspruchsschrift bei dem Prozessgericht eingelegt. (2) Die Einspruchsschrift muss enthalten: 1. die Bezeichnung des Urteils, gegen das der Einspruch gerichtet wird; 2. die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Einspruch eingelegt werde. Soll das Urteil nur zum Teil angefochten werden, so ist der Umfang der Anfechtung zu bezeichnen." Tradução para o italiano de Salvatore Patti. **Codice di Procedura Civile Tedesco, Zivilprozessordnung**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 238-239: "§ 340 Atto di opposizione. (1) L'opposizione si propone con il deposito del relativo atto presso il tribunale della causa. (2) L'atto di opposizione deve contenere: 1. l'indicazione della sentenza contro la quale è diretta l'opposizione; 2. la dichiarazione che contro la sentenza viene proposta opposizione. Nel caso in cui la sentenza sia impugnata solo per una parte, deve essere indicata l'entità dell'impugnazione."

⁷⁵⁹ ADAMO, Daniela D'. **Contributo allo studio della contumacia nel processo civile**. Giuffrè: Milano, 2012, p. 327.

⁷⁶⁰ MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. **German Civil Justice**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004, p. 321.

⁷⁶¹ MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. **German Civil Justice**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004, p. 322.

⁷⁶² ANDREWS, Neil. **The Three Paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England**, Londres: Springer, 2012, p. 55-57. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O *Case management* inglês: um sistema maduro? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Bahia, n. 21, ano 2010.2, p. 83-130.

após contraditório pleno⁷⁶³, permitindo, portanto, a reabertura para um julgamento em cognição plena posterior. Aqui da mesma forma, o que temos é a técnica procedimental de aceleração ou simplificação do processo mediante a concessão à parte presente imediata sentença executiva, quando o réu deixar de apresentar defesa.

É essa estrutura procedimental da ação de *plena cognitio causae*, da condenação com reserva de exceções, a partir de provimento sumário com eficácia de título executivo, que aplicamos na presente tese aos cortes cognitivos, não só pela pertinência histórica e de Direito comparado, como pela sua adequação constitucional à garantia do pleno exercício do direito ao contraditório e à cognição adequada.

Creemos que a utilização da técnica, na maioria dos casos, independe de alteração legislativa, como se verá na Seção 4.5.5, *infra*, cabendo a propositura dessa ação em resposta à eficácia do direito constitucional de acesso à justiça⁷⁶⁴, mas, como veremos nas Seções seguintes, a bem da previsibilidade e da segurança jurídica, a utilização dessa ação está a merecer sistematização clara e objetiva, notadamente quanto às vias processuais para a sua veiculação e a definição de seus requisitos.

4.5.2 Requisitos específicos de admissibilidade e efeitos da ação de *plena cognitio causae*

Como visto até aqui, a ação de *plena cognitio causae* será utilizada para corrigir, complementar cognição ou para propiciar julgamento diferido, nos casos de coisa julgada proporcional, vulnerável *ex post* ou quando não tivermos julgamento e coisa julgada anteriores. Esses três fenômenos relativos à coisa julgada decorrentes de cortes cognitivos, no entanto, não merecem o mesmo tratamento no que pertine aos requisitos para a propositura da ação de cognição plena e exaustiva, pois a existência de *alguma coisa julgada*, nas duas primeiras circunstâncias, exige limites mais sólidos para a proteção de sua imutabilidade e da garantia fundamental da coisa julgada do que no caso de coisa julgada inexistente.

⁷⁶³ "O julgamento à revelia é considerado um julgamento menos forte do que o julgamento após o contraditório pleno." Tradução do original: "A judgment by default is regarded as not as strong as a judgment obtained after a full contest between the parties". ANDREWS, Neil. **The Three Paths of Justice** – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England, Londres: Springer, 2012, p. 56.

⁷⁶⁴ Acerca da possibilidade de utilização da ação posterior *de lege lata*, GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 422-423, vol. II; TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 614-615.

A ação de julgamento inédito, posterior a processo sem julgamento, pode ser proposta cumpridos os requisitos gerais para a propositura de qualquer ação e processo, em decorrência justamente do ineditismo da manifestação de mérito, em cumprimento ao direito de acesso à justiça. Por outro lado, em respeito ao Princípio da Segurança Jurídica, é necessário delimitarmos alguns requisitos específicos de admissibilidade dessa *plena cognitio causae*, a serem avaliados na ação desconstitutiva anterior, que respeitem a coisa julgada proporcional e a coisa julgada vulnerável *ex post*, ainda eficazes como norma jurídica concreta aplicável ao caso.

O processo contumacial inglês que, como vimos, permite a propositura de ação de cognição plena e exaustiva posterior, exige como requisitos "que o réu tenha reais condições de sustentar sua demanda" ou "que haja alguma outra boa razão" para o novo julgamento. Segundo Neil Andrews, no segundo processo, o tribunal deverá levar em consideração se a defesa tem alguma substância, algum mérito, e a razão pela qual o réu deixou de se defender no momento oportuno.⁷⁶⁵

No nosso próprio sistema exigem-se como requisitos a novidade e a relevância da prova nova para a propositura da ação rescisória na fórmula do artigo 966, VII, do CPC/2015, correspondente ao mesmo inciso do artigo 485 do CPC/1973: "cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso" e "capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável". Como Barbosa Moreira⁷⁶⁶ adverte, o elemento cognitivo novo suprimido tem de possuir "nexo de causalidade entre o fato de não se haver produzido o documento e o de se ter julgado como se julgou".

Do mesmo modo, para a admissibilidade da ação de *plena cognitio causae*, o juiz deverá avaliar se o elemento cognitivo novo é capaz de por si só alterar o julgamento originário, repetindo-se a justa exigência do inciso VII do artigo 966 do CPC/2015. É o requisito da relevância do elemento cognitivo ou sua capacidade de alterar o julgamento transitado em julgado. Na ação de revisão contra as limitações cognitivas do processo dos juizados especiais cíveis, idealizada por Leonardo Greco, o autor impõe como pressupostos a demonstração: 1) da ocorrência de violação de uma garantia fundamental do processo; e 2) da capacidade da parte prejudicada de alterar o julgamento originário.⁷⁶⁷

⁷⁶⁵ Tradução do original: "if the defendant has a real prospect of successfully defending the claim" e "there is some other good reason". ANDREWS, Neil. **The Three Paths of Justice** – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England. Londres: Springer, 2012, p. 56.

⁷⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) vol. V. (arts. 476 a 565)**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 139.

A avaliação será sumária de admissibilidade e probabilidade abstrata, baseada no enunciado descritivo da inicial e não na produção efetiva do elemento cognitivo subtraído, deixando-se o novo julgamento da mesma ação para o mérito da *plena cognitio causae*. Outro requisito, o requisito moral, exige a comprovação da impossibilidade de utilização ou o desconhecimento do elemento cognitivo inexistente no processo de origem, evitando-se que a ação de complementação se torne instrumento de intenções protelatórias. Para a ação rescisória por prova nova, vemos a norma na expressão "cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso".

Esse ocaso pode ser exemplificado de diversas formas como a vedação legal ou judicial à produção de uma prova não reconhecida ao longo do processo, um obstáculo intransponível à apresentação de defesa em um processo, redundando em revelia, como doença na família, depressão profunda, a necessidade de embarcar para uma viagem inadiável, a disponibilidade em tempo integral a um serviço de utilidade pública em momentos de catástrofe, etc. Assim, se por um lado, o pressuposto tutela a boa-fé processual, por outro, também resguarda a dignidade humana ao permitir que a parte possa exercitar sua defesa plenamente em momento oportuno quando estiver em período pessoalmente adverso em sua vida.

Concluimos, portanto, que a ação de *plena cognitio causae* será cabível quando: 1) for constatada a violação de garantia fundamental no processo originário diante da supressão de elemento cognitivo relevante; 2) a parte não pode se utilizar ou não conhecia o elemento cognitivo subtraído; e 3) este elemento, por si só, possua a capacidade de alterar o julgamento originário.

4.5.3 As diversas vias processuais para a veiculação das ações desconstitutiva e de *plena cognitio causae*

Observando a realidade do Direito Processual Civil brasileiro, veremos que o legislador não sistematiza as vias processuais para veicular ações de desconstituição de coisa julgada e de julgamento diferido, *plena causae cognitio*, para correção de cortes cognitivos. Se por uma perspectiva, o corte cognitivo probatório por prova nova permite a propositura da ação rescisória de acordo com o inciso VII do artigo 966 do CPC/2015, de competência do tribunal,

⁷⁶⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 422-423, vol. II.

por outra, a limitação de objeto litigioso em processos materialmente sumários, como ocorre nos embargos de terceiro e na ação possessória, mediante o acréscimo de enunciados fáticos e normativos, vai autorizar a propositura de nova ação de competência do juízo de primeiro grau. Para impugnar as sentenças homologatórias de atos autocompositivos, o legislador prevê a ação anulatória do artigo 486 do CPC/1973, correspondente ao § 4º do artigo 966 do CPC/2015, de competência do juiz de primeiro grau.

A conhecida e recalcitrante norma do § 1º do artigo 475-L, do CPC/1973, que permanece no § 12 do artigo 525 do CPC/2015, também prevê eficácia desconstitutiva no caso de superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou difuso, que reconheça a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo que fundamenta a obrigação subjacente ao título executivo judicial. Neste caso, o juiz de primeiro grau atingido pela eficácia *erga omnes* do controle concentrado ou fundado na alteração das razões do julgamento do Supremo em controle difuso desconstitui a coisa julgada. Trata-se de correção de erro de julgamento ou de superveniência de nova interpretação de norma pelo Supremo Tribunal, alterando a cognição das normas jurídicas exercitada anteriormente e imutabilizada pela coisa julgada.⁷⁶⁸ Sem adentrarmos no eloquente debate acerca da constitucionalidade ou não da norma, que diz respeito ao debate da imutabilidade da coisa julgada em geral, pendente de manifestação do Supremo Tribunal Federal⁷⁶⁹, observamos que o legislador permite a desconstituição de primeiro grau, nesses casos, em razão da avaliação da gravidade do vício cognitivo de participação (falta ou nulidade de citação) ou da norma jurídica (inconstitucionalidade).

Como vimos, para Leonardo Greco, em cumprimento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, a tipicidade da ação de *plena cognitio causae* é absolutamente irrelevante, podendo ser veiculada através do mandado de segurança e da ação anulatória (artigo 486 do CPC/1973 e 966, § 4º, do CPC/2015), como também por impugnação ao cumprimento, embargos à execução (artigo 52, IX, da Lei nº 9.099/95) ou até mesmo através de petição autônoma na fase executiva.⁷⁷⁰

É correto afirmar que o direito de acesso à justiça não deve ser submetido a exigências meramente formais, que possam reduzir sua eficácia e prejudicar o direito da parte de exigir do

⁷⁶⁸ Recordemos que na Introdução nos impomos o limite de não analisar a cognição normativa.

⁷⁶⁹ Reconhecida Repercussão Geral no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 611503.

⁷⁷⁰ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 421-423, vol. II.

Poder Judiciário o cumprimento de sua promessa de prestar jurisdição. Mas, *in casu*, a multiplicidade de vias para atingir esses graves vícios incentiva a criatividade dos advogados, da doutrina e da jurisprudência para permitir a correção da injustiça mesmo que por meio atípico, fomentando a fragilização da coisa julgada, garantia que deve ser tutelada no confronto com o direito de acesso à justiça e do direito ao conhecimento no processo.

Cremos, assim, que mais uma vez se impõe a distinção entre as hipóteses de coisa julgada proporcional e vulnerável *ex post*, nas quais teremos de cumular as ações desconstitutiva e de *plena causae cognitio*, com a hipótese de inexistência de coisa julgada, na qual bastará a ação seguinte de cognição plena e exaustiva. Entendemos, portanto, que, quando for necessária a desconstituição de coisa julgada anterior, será melhor interpretar extensivamente as hipóteses de cabimento do meio típico da ação rescisória⁷⁷¹, de competência do órgão colegiado de segundo grau, para que a segurança jurídica mediante a coisa julgada possa receber maior proteção.

A opção pela prevalência da via da ação rescisória no tribunal gera menos insegurança jurídica do que a admissibilidade de vários meios atípicos de competência de juízos de primeiro e segundo graus, admitidos de forma indiscriminada. Preserva-se a hierarquia dos tribunais para a apreciação de tão grave e difícil juízo que é a desconstituição de coisa julgada, garantia fundamental do processo. Não se desconhece, como recorda Barbosa Moreira, o fato de que alguns sistemas, como no antigo artigo 360 do Código paulista ou no § 584 do ZPO⁷⁷², permitem a revisão por órgão de primeiro grau de jurisdição. Mas a força argumentativa da afirmação de Barbosa Moreira de que admitir novo julgamento em primeiro grau de coisa julgada formada por acórdão de tribunal ou até mesmo por acórdão do Supremo Tribunal Federal, é medida assistemática, em razão do efeito substitutivo dos recursos, devendo-se buscar a ação rescisória como meio impugnativo preferencial à coisa julgada.⁷⁷³

A atividade procedimental do tribunal na ação de *plena causae cognitio*, no entanto, não poderá ser de *revisio prioris instantiae* mas de *novum iudicium* permitindo que a cognição suceda de forma plena e exaustiva. Se a ação de *plena cognitio causae*, conteúdo do processo

⁷⁷¹ Barbosa Moreira recorda que a enumeração do artigo 485 do CPC/1973 é taxativa, admitindo somente a interpretação extensiva (*minus dixit quam voluit*), mas não a analogia. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) vol. V. (arts. 476 a 565)**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 154.

⁷⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) vol. V. (arts. 476 a 565)**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 200.

⁷⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Temas de Direito Processual – Nona Série**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 259.

da ação rescisória, pretende a complementação de cognição antes suprimida para a plenitude de conhecimento, o tribunal deverá permitir o exercício integral do contraditório, inclusive com a possibilidade de audiência entre as partes e os julgadores.

Então para os vícios de cognição que exigem ação desconstitutiva e ação para novo julgamento, devemos utilizar preferencialmente a via da ação rescisória em razão da pertinência da competência hierarquicamente superior e para melhor tutelar a garantia da coisa julgada, notadamente, em vista dos requisitos de admissibilidade desta ação.

Por outro lado, no caso de inexistência de julgamento anterior, a ação de cognição plena e exaustiva inédita será de competência do juízo de primeiro grau, porque se trata de julgamento inédito. Como não houve pronunciamento jurisdicional anterior acerca daquele conflito de interesses, a ação de *plena cognitio causae* deve iniciar na primeira instância para permitir o futuro exercício do segundo grau de jurisdição, do elemento recursal da cognição plena e exaustiva.

No primeiro grau, a flexibilidade da via processual para a ação de cognição plena e exaustiva posterior é maior do que para a cumulação com a ação desconstitutiva na ação rescisória. Podemos veicular o julgamento diferido mediante mandado de segurança, impugnação ao cumprimento de sentença, embargos à execução, ação anulatória ou qualquer meio heterotópico. A impugnação ao cumprimento de sentença, para ser veículo da ação de *plena cognitio causae*, não poderá conter suas tradicionais limitações cognitivas (artigo 475-L, do CPC/1973 e artigo 525, § 1º, do CPC/2015), como atesta Leonardo Greco para a hipótese de impugnação à execução de procedimentos executórios de jurisdição voluntária, nos quais não há coisa julgada e se permite por essa via a impugnação da própria sentença exequenda.⁷⁷⁴ A vantagem dessa via é permitir a suspensão da execução. Mas não haveria coerência se a ação de complementação de cognição, que objetiva formar processo de cognição plena e exaustiva, fosse veiculada por processo com limitações de conhecimento.

O critério diferenciador, portanto, entre as duas vias é a necessidade ou não da desconstituição da coisa julgada: dependendo o novo julgamento de eficácia desconstitutiva para proteção da coisa julgada, a competência é do tribunal, não sendo necessária a desconstituição, a competência é do juízo de primeiro grau.

Devemos, então, fazer o teste de validade do critério de adequação da via, às hipóteses paradigmáticas de cortes de cognição, aviventando a regra e seus limites.

⁷⁷⁴ Nesse sentido, GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 58. Em razão das limitações da presente tese, não nos será possível avaliar todas as limitações cognitivas, uma a uma, previstas nas regras dos artigos 475-L, do CPC/1973 e 525, § 1º, do CPC/2015.

A ação rescisória por prova nova (inciso VII do artigo 966 do CPC/2015) e em geral os cortes cognitivos probatórios ocorrem em processos que produziram julgamento acerca do objeto litigioso e coisa julgada proporcional que, portanto, deverá ser desconstituída para propiciar novos julgamentos. Estendendo esse raciocínio ao mandado de segurança julgado com base em "direito líquido e certo", entendemos que haverá a necessidade de propositura de ação rescisória, interpretando-se extensivamente o mesmo inciso VII referido, para completar a cognição mediante a apresentação de outras provas que não documentais. Nesse caso como naquele, houve julgamento do objeto litigioso e coisa julgada proporcional a ser protegida ou desconstituída, o que requer a competência do tribunal, para interpretar os requisitos da ação de cognição plena e exaustiva.

Outras limitações probatórias de origem normativa poderão ser veiculadas após o trânsito em julgado mediante ação rescisória por prova nova cumulada com violação à lei, face à violação ao contraditório, nos termos dos incisos V e VI do artigo 966 do CPC/2015. Os atos autocompositivos poderão ser atacados mediante ação anulatória do artigo 486 do CPC/1973, e seu correspondente no CPC/2015, no § 4º, do artigo 966, de competência do juiz de primeiro grau, ou impugnação ao cumprimento de sentença sem limitações cognitivas (artigo 475-L, do CPC/1973 e artigo 525, § 1º, do CPC/2015); vias plenamente habilitadas para possibilitar a *plena causae cognitio* no primeiro grau.

A monitória não embargada propiciará a oportunidade da cognição plena na fase executiva, através da impugnação ao cumprimento de sentença, sem, no entanto, as suas habituais limitações cognitivas, enumeradas no artigo 475-L, do CPC/1973 correspondente ao artigo 525, § 1º, CPC/2015. A relação jurídica processual da fase cognitiva de impugnação ao cumprimento de sentença vai instrumentalizar a ação de cognição plena e exaustiva, e não só a ação desconstitutiva ou declaratória negativa do título executado, normalmente veiculada pelo instrumento da impugnação. A solução imposta pelo legislador de 2015, com a qual discordamos em razão de sua incoerência sistêmica, impõe a necessidade de veicular a ação de cognição plena e exaustiva através de ação rescisória (artigo 701, § 3º, CPC/2015).

A melhor solução para a revelia seria a adoção *de lege ferenda*, na sua totalidade, do sistema alemão, permitindo decisão executiva imediata sem fundamento, com cognição meramente formal, e ação de cognição plena e exaustiva posterior em determinado prazo. Essa conclusão, no entanto, não exclui, em razão da força do contraditório como princípio impositivo do processo, reconhecer de imediato a possibilidade de propositura dessa ação. Mas, diante do *status quo* legislativo, a via será a ação rescisória mediante interpretação extensiva dos incisos V e VII, da norma dos artigos 485 do CPC/1973 e 966 do CPC/2015, para a proteção do direito

ao contraditório violado. A supressão do controle da questão de direito federal dos juizados especiais cíveis poderá ser atacada mediante mandado de segurança ou reclamação para o Superior Tribunal de Justiça.

A sumariedade formal exacerbada engloba de tal maneira todo o sistema dos juizados especiais cíveis que a melhor fórmula para se tutelar a cognição adequada neste caso é reconhecer a incapacidade de esse processo gerar coisa julgada, facultando a propositura da *plena causae cognitio* posterior em processo comum de competência de primeiro grau, como sucede com os *juicios verbales* espanhóis. Do modo como a legislação dos juizados se apresenta, qualquer outra solução demandaria hermenêutica complexa, pois se admitirmos que ocorre coisa julgada proporcional, diante de limitação de natureza probatória ou de contraditório em geral, ter-se-á de utilização a ação rescisória, negando vigência à norma do artigo 59 da Lei nº 9.099/95, que proíbe a ação rescisória contra os julgados dos juizados, sem qualquer justificativa plausível. Cremos, assim, que a melhor solução é reconhecer de *lege lata* a incapacidade desses processos de produzirem coisa julgada, sugerindo alteração *de lege ferenda* nesses sentido, permitindo que o litigante utilize meios processuais de competência do juízo de primeiro grau para veicular a ação de *plena cognitio causae*, de acordo com a doutrina de Leonardo Greco acima exposta.

Por fim, devemos questionar acerca da necessidade ou não de prazo para a propositura dessas ações. Se a via for a ação rescisória, deverá ser respeitado o prazo de 2 (dois) anos, previsto para tal via (artigo 975 do CPC/2015), reforçando-se a defesa da coisa julgada. Note-se que o novel § 2º do artigo 975 do CPC/2015 reforça a possibilidade de se propor a ação rescisória por prova nova ao fixar o prazo de 2 (dois) anos a partir do conhecimento da prova, não ultrapassando 5 (cinco) anos contados a partir do trânsito em julgado da sentença rescindenda. Para a ação de cognição plena e exaustiva sem julgamento anterior, não deve haver previsão de prazo para a sua propositura, mantendo-se a regulação de prescrição e decadência do direito material, como ocorre para a tutela de qualquer direito para o qual não houve julgamento anterior.

4.5.4 Os efeitos da procedência da *plena cognitio causae*

A presente Seção busca observar os efeitos da procedência posterior da ação de *plena cognitio causae* sobre a execução em andamento da coisa julgada proporcional, da coisa

julgada vulnerável *ex post*, ou do título judicial sem conteúdo decisório, como o equivalente jurisdicional autocompositivo. Em razão da abstração do título executivo judicial, o trâmite da *plena cognitio causae* não obstaculiza a execução definitiva do julgado; permitindo-se, no entanto, o deferimento de eventual medida de urgência, cautelar ou antecipatória, ou da evidência (artigos 294 e seguintes do CPC/2015), que suspendam a execução, como ocorre na rescisória (artigo 968 do CPC/2015).⁷⁷⁵

Persiste a executividade da coisa julgada não plena e do equivalente autocompositivo em todos os seus efeitos, não podendo o credor de título executivo judicial ser obstaculizado no exercício de seu direito, até que a insubsistência do primeiro julgamento seja reconhecida em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, de ação rescisória, de processo autônomo ou de qualquer outra via através da qual tenha sido veiculada a ação de *plena cognitio causae*. A superveniência do novo julgamento que, mediante a correção do vício cognitivo, produza a inversão da conclusão da regra jurídica que está sendo executada, porém, deverá restabelecer a situação anterior ou prever a execução de comandos que adéquem a realidade material ao novo julgamento. Barbosa Moreira⁷⁷⁶, quando trata da retroatividade ou não dos efeitos da eficácia desconstitutiva da ação rescisória, demonstra o quão difícil é determinar essa ou aquela fórmula *a priori*, *ex tunc* ou *ex nunc*, sem verificação do caso concreto. Mas, se todo o esforço se direciona à prevalência ao final da decisão justa, não é razoável que se capitule no último instante, afirmando que deverão prevalecer os efeitos da coisa julgada *injusta* de execução *injusta*.

Aplicando-se essa regra à presente tese, a coisa julgada da ação originária perdurará executiva até a superveniência do novo julgamento que altere o anterior ou do deferimento de antecipação de tutela provisória na ação de *plena cognitio causae*. A partir desse momento, então, o juiz do segundo processo deverá regular as alterações jurídicas e materiais perpetradas pelo julgado anterior, resolvendo-se, excepcionalmente, em perdas e danos eventuais situações irreversíveis. A regra é a prevalência da decisão em cognição plena e exaustiva sobre aquela *injusta* que não contou com toda a extensão necessária à busca da verdade. Em uma visão cognitiva, assim afirma José Alberto dos Reis⁷⁷⁷: “O problema da execução injusta resolve-se,

⁷⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) vol. V. (arts. 476 a 565)**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 184.

⁷⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) vol. V. (arts. 476 a 565)**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 209-210. No mesmo sentido, MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 527.

⁷⁷⁷ E mais a frente: "Uma coisa deve ter-se como certa: que o exequente é obrigado a *restituir* o que *indevidamente* houver recebido. Se a revogação ou a anulação do título executivo tiver lugar já depois do

ao contrário, pelo predomínio do direito substancial sobre o direito processual. O resultado da execução injusta tem de ser eliminado, desde que se reconhece que é contrário ao direito material”.

A questão que se apresenta diz respeito ao tormentoso debate doutrinário que envolve a hemenêutica da norma impositiva de responsabilidade civil ao exequente no caso de superveniência de sentença que declare a inexistência de obrigação executada, presente no artigo 574 do CPC/1973, como regra geral e no artigo 475-O, inciso I, para a execução provisória, ambos possuindo correspondentes no CPC/2015, nos artigos 776 e 520, I.

É preciso identificar, a partir da presença dessa norma no sistema, se a procedência da ação de *plena cognitio causae*, que produza a declaração de inexistência da obrigação executada, conforme a cláusula do artigo 574 do CPC/1973, pode gerar responsabilidade de natureza objetiva ou subjetiva do exequente pelos prejuízos sofridos pelo executado.

A norma em foco não possui correspondente no Direito português que aplica à execução a regra geral de responsabilidade civil subjetiva para toda e qualquer deslealdade processual, prevista no artigo 542, do Código de Processo Civil português de 2013.⁷⁷⁸ No Direito Processual italiano há norma expressa quanto ao processo de execução na Parte Geral do Código de Processo Civil (artigo 96) que exige o dolo ou a culpa grave para a imputação da responsabilidade civil contra o exequente.⁷⁷⁹

pagamento em dinheiro ou bens, é claro que o exequente tem de *repor* o que lhe houver sido dado pelo órgão executivo”. REIS, José Alberto dos. **Processo de Execução**. Coimbra: Coimbra, 1957, p. 61-63.

⁷⁷⁸ "Multas e indemnização Artigo 542.º Responsabilidade no caso de má-fé – Noção de má-fé 1 – Tendo litigado de má-fé, a parte é condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir. 2 – Diz-se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave: a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa; c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão. 3 – Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má-fé." Disponível em: <www.dgpj.mj.pt>. Acesso em: 24 nov. 2015.

⁷⁷⁹ "**Art. 96. (Responsabilità aggravata)** Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. [...]" Disponível em: <www.altalex.com>. Acesso em: 24 nov. 2015. Segundo Claudio Consolo, nos seus comentários ao 1º *comma* do artigo, "o elemento psicológico exigido pela norma consiste na má-fé ou na culpa grave [...]". Tradução do original: "*L'elemento psicologico richiesto dalla norma consiste nella mala fede o nella colpa grave; [...]*" CONSOLO, Claudio. **Codice di Procedura commentato, Artt. 1 – 286**. 4. ed. Milão: IPSOA, 2010, tomo I, p. 1061.

Acompanhando a doutrina brasileira majoritária, Araken de Assis⁷⁸⁰, apesar de observar que a norma explicitada nesses artigos convive sistematicamente com o dispositivo do artigo 17, I, do CPC/1973, que impõe responsabilidade civil ao autor no caso de má-fé, portanto, de natureza subjetiva, caso venha a propor demanda insubsistente, conclui que a hipótese do artigo 574 do CPC/1973 é de natureza objetiva, bastando, para a sua incidência, a sentença de declaração de inexistência da obrigação.

Essa argumentação origina-se prevalentemente da influência da doutrina italiana. Chiovenda qualificava de inaceitável a solução da jurisprudência italiana que limitava a responsabilidade do exequente à culpa.⁷⁸¹ Para Liebman⁷⁸², na mesma direção, se por um lado o legislador favorece a posição do credor, dando-lhe a força de certeza absoluta, por outro, deve "estimular-lhe o senso de responsabilidade", porque, segundo o autor, a insubsistência da obrigação subjacente ao título executado muito provavelmente era circunstância conhecida pelo credor. Para a doutrina italiana, o exequente assume o risco pela execução.

Em sentido diverso, Leonardo Greco⁷⁸³ afirma que essa doutrina se equivoca ao aproximar a assunção pelo credor do *risco judiciário* de executar o título à responsabilidade civil objetiva que se justifica na medida em que o sujeito retira proveito de uma atividade em detrimento de outrem, devendo assumir a responsabilidade pelos prejuízos sofridos por este. Esta premissa, segundo o autor, é inverídica, pois o exequente está no exercício do seu direito de ação, de acesso à ordem jurídica justa, fundado em título até aqui reconhecido como justo, muitas vezes, até mesmo em coisa julgada: "Ao contrário, exerce ele um direito constitucionalmente assegurado, fundado em título executivo legalmente previsto".⁷⁸⁴

⁷⁸⁰ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 400-401. Nesse mesmo sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 285; LIMA, Alcides de Mendonça, p. 230. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. VI. PASSOS, José Joaquim Calmon. Responsabilidade do exequente no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, vol. 246, Rio de Janeiro, 1974, p. 169; MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 139-140, v. IX.

⁷⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva, 1942, p. 381-382, v. I.

⁷⁸² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 285. Essa posição se coaduna com a doutrina de Chiovenda e Carnelutti.

⁷⁸³ GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53-55, vol. II.

⁷⁸⁴ GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 54, vol. II. Nesse mesmo sentido, SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 189-196, v. 3.

José Alberto dos Reis⁷⁸⁵, contrapondo-se à doutrina italiana, em especial a Chiovenda e Carnelutti, afasta a responsabilidade objetiva da hipótese, pois o exequente está no exercício lícito de um direito, não podendo suportar mais do que sua responsabilidade pelos prejuízos sofridos pelo executado de sentença injusta.

Ovídio Araujo Baptista da Silva em artigo sobre o tema da responsabilidade no caso de reversão da decisão de antecipação de tutela⁷⁸⁶, questão que participa do mesmo viés que a execução provisória e a declaração de inexistência da obrigação exequenda, aponta para o centro da controvérsia e desmonta a inferência que sustenta a responsabilidade objetiva como presunção de culpa do exequente. Para Ovídio não se pode imputar objetivamente responsabilidade com base na presunção de que o vencido ao final foi culpado por dar causa à demanda, quando são sabidas as dificuldades e incertezas no julgamento final de qualquer processo impõe.

Portanto, além das regras do Direito Processual brasileiro não inferirem à responsabilidade objetiva, ao exequente não é possível impor restrições de duração razoável do processo ou de acesso à ordem jurídica justa, constringendo o detentor de título judicial legalmente tipificado, mediante a imputação de responsabilidade objetiva.

Estamos de acordo com essa perspectiva, pois valoriza a executividade dos títulos judiciais ao mesmo instante em que penaliza aquele que de má-fé postulou demanda temerária ou insubsistente, atuando contra a verdade ao subtrair elemento cognitivo relevante – atendendo à nossa tese –, como quem veiculou prova falsa ou ocultou prova depois localizada como "prova nova", hipóteses de cabimento de ação rescisória posterior. Portanto, haverá responsabilidade subjetiva do exequente de título judicial (coisa julgada proporcional ou vulnerável *ex post*, e equivalentes jurisdicionais autocompositivos) se: 1) for iniciada atividade executória; 2) essa atividade produzir danos ao executado; 3) o exequente tiver agido com dolo ou culpa grave; e 4) a sentença posterior de procedência da ação de *plena cognitio causae* reconhecer a inexistência da obrigação constante do título executado.⁷⁸⁷

⁷⁸⁵ REIS, José Alberto dos. **Processo de Execução**. Coimbra: Coimbra, 1957, p. 65.

⁷⁸⁶ SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista de Processo**, ano 23, vol. 90. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 159-174.

⁷⁸⁷ GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56, vol. II.

Por fim, devemos observar quanto ao tema que, para Alcides de Mendonça Lima⁷⁸⁸ e José Joaquim Calmon de Passos⁷⁸⁹, a norma do artigo 570 do CPC/1973 não incide caso sobrevenha a procedência de ação rescisória, utilizada na presente tese como veículo da ação de *plena cognitio causae* (Seção 4.5.3, *supra*). A objeção à utilização dessa via sem qualquer fundamento nos aproxima de Araken de Assis⁷⁹⁰ e Pontes de Miranda⁷⁹¹, para quem a norma não está reduzida aos estreitos limites da impugnação ao cumprimento ou dos embargos à execução, podendo ser veiculado o exercício do direito material à indenização por qualquer via, até mesmo através de ação autônoma.

4.5.5 Conclusão do capítulo: os limites, os efeitos e as ações

Cumprindo a promessa por nós assumida na Seção 4.4, *supra*, devemos identificar esquematicamente os limites cognitivos até aqui apontados, os efeitos que essas limitações produzem na imutabilidade da coisa julgada e as eventuais ações que possam ser utilizadas para corrigi-los.

No Capítulo 3, apontamos, portanto, os seguintes limites à cognição: 1) de objeto litigioso que caracterizam os processos materialmente sumários; 2) probatórios, normativos e em concreto; 3) impostos pela ineficiência das normas processuais não probatórias; 4) impostos pela duração razoável do processo; 5) impostos pela autonomia da vontade e pela liberdade individual; e 6) impostos pelos julgamentos com base em cognição emprestada na aplicação de súmulas e julgamentos de recursos repetitivos.

As limitações poderão gerar coisa julgada de distintas imutabilidades. Como vimos no Capítulo 4, a coisa julgada, em decorrência de sua proporcionalidade com a cognição plena e exaustiva, poderá ser: 1) plena como identificamos tradicionalmente a coisa julgada, resultado de processo de cognição plena e exaustiva, contra a qual não haverá a necessidade de ser oposta

⁷⁸⁸ LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 230, v. VI.

⁷⁸⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon. Responsabilidade do exequente no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, vol. 246, Rio de Janeiro, 1974, p. 167-171.

⁷⁹⁰ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 401.

⁷⁹¹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 148, tomo IX.

ação rescisória ou ação de complementação de cognição ou outro meio impugnativo de revisão do julgado; 2) vulnerável *ex post*, que inicialmente aparenta ter decorrido de cognição plena e exaustiva, mas que, porém, constata-se posteriormente a existência de corte cognitivo; 3) proporcional à cognição decorrente de processos com cortes cognitivos parciais definidos *ex ante*; e 4) inexistente, produto de cortes cognitivos *totais* de processos nos quais não haverá coisa julgada, decorrente da supressão do julgamento, em que a cognição é de tal forma tênue, ou meramente processual, que não adquire qualquer conteúdo de mérito.

Para a correção de limitações cognitivas, em razão das espécies de coisa julgada elencadas, poderemos ter a veiculação das ações de desconstituição da coisa julgada e a *plena cognitio causae*, através de algumas vias processuais como a ação rescisória, o mandado de segurança, a impugnação ao cumprimento de sentença, a reclamação, a ação anulatória ou o processo autônomo. As soluções são indicadas em regras fundadas no sistema processual em vigor e vindouro do CPC/2015, portanto, de *lege lata*. Quando a solução proposta depende de alteração legislativa, *de lege ferenda*, fizemos a ressalva expressamente.

Passamos, então, a esquematizar a relação entre os limites cognitivos, as espécies de coisa julgada e as ações que podem ser utilizadas para complementá-los.

a) As limitações de processos materialmente sumários são aquelas que possuem cortes cognitivos em razão de julgamentos parciais ou totais. Produzem em regra coisa julgada proporcional (Seção 4.4.1), que poderá ser impugnada, em razão da necessidade de sua desconstituição, mediante ação rescisória com novo julgamento posterior através de ação de complementação de cognição, presentes os seus requisitos (Seção 4.5.3, *infra*). Ao contrário dessa regra, o julgamento da ação possessória redundará em corte cognitivo total acerca da questão petítória, impedindo a formação de coisa julgada quanto a esse fundamento (Seção 4.4.1.1), e autorizando, então, a ação de *plena cognitio causae* em processo autônomo posterior.

A limitação ilegítima ao acesso à função nomofilática dos tribunais superiores, como nos juizados especiais cíveis por exemplo, e as limitações de acesso a essa função mediante a criação de filtros legislativos ou de jurisprudência *defensiva* geram subtração da matéria constitucional ou infraconstitucional e, portanto, coisa julgada proporcional. A completude dessa cognição limitada poderá se dar mediante ação rescisória, por violação literal de disposição de lei (artigos 485, V, do CPC/1973 e 966, V, do CPC/2015), como meio para viabilizar o julgamento da questão de direito infraconstitucional suprimida.

Como no mandado de segurança a lei veda a condenação da pessoa jurídica de direito público às obrigações pecuniárias pretéritas antes da citação no *mandamus* (Seção 4.4.1), não haverá pedido relacionado à demanda condenatória, mas à coisa julgada acerca da existência

do direito material. Assim, poderá ser proposta ação condenatória em processo posterior, considerando o corte total acerca da pretensão condenatória, sem que possa rediscutir a existência do direito, acobertada pela coisa julgada do *mandamus*.

Na decisão de antecipação de tutela antecedente estabilizada, como vimos na Seção 4.4.9, não há coisa julgada, pois seu corte cognitivo é total, considerando a extensão cognitiva da decisão prolatada em situação de urgência. O mesmo sucede com a ausência de julgamento de mérito incapaz de produzir a imutabilidade da coisa julgada observada na regra do § 1º do artigo 486 do CPC/2015. Viabiliza-se, assim, a propositura de ação posterior de complementação de cognição em processo autônomo.

b) As limitações probatórias, normativas e em concreto, produzem coisa julgada proporcional, autorizando a propositura de ação rescisória pela conjugação dos incisos V e VII do artigo 485 do CPC/1973 (correspondentes aos incisos V e VII do artigo 966, VII, do CPC/2015), com fundamento na prova nova e na violação à norma constitucional do contraditório.

Quanto ao mandado de segurança (Seção 4.4.4) e a sua limitação probatória, compreendemos que, *de lege lata*, é permitido ao juiz julgar com celeridade, fundado na prova documental, deixando-se ao alvitre do impetrante a utilização posterior de ação de cognição plena e exaustiva mediante rescisória, caso demonstre a possibilidade de alterar o julgamento originário mediante a produção de outras provas, ou a reiteração do *mandamus*, caso apresente novos fundamentos não probatórios.

De lege ferenda a melhor forma de se reitegrar o mandado de segurança a sua superioridade constitucional seria afastá-lo da rigidez imposta pela coisa julgada, permitindo sua reiteração em caso de novas provas e novos fundamentos, sem a perquirição da imutabilidade ou não da sentença, mediante a técnica da condenação com reserva de exceções para a pessoa jurídica de Direito Público.

c) Os limites impostos pela ineficiência das normas processuais não probatórias somados às limitações impostas pela duração razoável do processo, exacerbando a celeridade, estão presentes no juizado especial cível, em razão da precariedade funcional do procedimento para produzir conhecimento. O corte total resultado dessa precariedade permite a propositura de ação *plena cognitio causae* em processo autônomo de competência do juízo de primeiro grau (Seção 4.4.2). Para a improcedência liminar do pedido, a solução é semelhante: a limitação de contraditório é de tal monta que torna o provimento incapaz de produzir coisa julgada, autorizando processo posterior de *plena cognitio causae* da competência da primeira instância.

d) As soluções são diversas quando as limitações são impostas pela autonomia da vontade e pela liberdade individual. Nas sentenças homologatórias de equivalentes jurisdicionais autocompositivos, como inexistente julgamento de mérito, será possível propor ação de *plena cognitio causa* através de processo autônomo, impugnação ao cumprimento de sentença (artigo 475-L, do CPC/1973 e artigo 525, § 1º, do CPC/2015) ou da ação anulatória do artigo 486 do CPC/1973, correspondente ao § 4º, do artigo 966 do CPC/2015.

Os negócios processuais autorizam a formação de coisa julgada, salvo se restringirem o poder instrutório do juiz, quando haverá coisa julgada proporcional, permitindo ação rescisória pela conjugação dos incisos V e VII do artigo 485 do CPC/1973 (correspondentes aos incisos V e VII do artigo 966, VII, do CPC/2015), com fundamento na prova nova e na violação à norma constitucional do contraditório. Como na ação monitória não embargada resta eficaz o mandado de pagamento, cuja cognição é meramente processual, não é possível falarmos em julgamento de mérito e, portanto, em coisa julgada, sendo admissível ação de *plena cognitio causae* através de impugnação ao cumprimento de sentença sem limitação cognitiva.

As hipóteses de revelia geram diversas soluções. Se o julgamento for de improcedência, haverá coisa julgada. No caso de procedência, no entanto, a coisa julgada será vulnerável *ex post*, pois o réu poderá apresentar justificativa razoável para a sua omissão e demonstrar que possui fundamentos para autorizar um novo julgamento. Ante a necessidade de desconstituição de coisa julgada, a via impugnativa será a ação rescisória. Sugerimos, no entanto, *de lege ferenda*, a adoção na integralidade do processo contumacial alemão.

Por outro lado, a revelia do demandado citado por edital não permite que se afirme existir coisa julgada para o ausente involuntário, importante reconhecer que o corte cognitivo é total nessa hipótese, sendo autorizada a propositura da ação de *plena cognitio causae* posterior através de impugnação ao cumprimento de sentença, sem as limitações cognitivas habituais ou por processo autônomo.

e) Como visto nos parágrafos anteriores, quando os limites são impostos pelos julgamentos com base em cognição *emprestada* por aplicação de súmulas e julgamentos de recursos repetitivos na improcedência liminar do pedido, teremos corte cognitivo total sujeito à nova ação de complementação da cognição de competência do juízo de primeiro grau, em razão da absoluta fragilidade de contraditório. Mas, será cabível ação rescisória pelo inciso V do artigo 966, do CPC/2015, pelo fundamento na violação à norma constitucional do contraditório, se na sentença for totalmente suprimida a atividade de julgamento mediante a aplicação abstrata e automática de enunciados de súmula ou de julgamento de recursos

repetitivos. Neste caso, temos coisa julgada proporcional que necessita de provimento desconstitutivo pretérito, inclusive em razão da nulidade pela supressão de motivação analítica.

Como dissemos na Seção 3.1, os limites e cortes cognitivos foram indicados nesta tese empiricamente, como produto da observação do sistema processual nacional em transição, não significando que esta indicação seja exaustiva, pois alterações legislativas, práticas culturalmente arraigadas ou interesses de categorias podem ser infinitamente criativos no desvio do processo de sua finalidade de produzir conhecimento e decisões justas.

Portanto, a presente tese poderá servir como método cognitivo de identificação e valoração do grau de imutabilidade que as decisões podem possuir diante de limites cognitivos identificados ou não aqui, não pretendendo ser uma enumeração enciclopédica desses limites.

CONCLUSÃO

Grande parte da doutrina processual do século XX, com bastante razão, opôs-se ao que Ovídio Araujo Baptista da Silva⁷⁹² chamou, ao longo de sua fundamental doutrina, de *ordinariedade* do processo: ineficiência, delongas eternas, prevalência do formalismo, desequilíbrio de posições entre autor e réu, jurisdição somente como cognição em detrimento da execução, enfim, processos desarrazoadamente demorados e, portanto, ineficazes na função de entrega do bem da vida a quem tem razão.

Observando que o formalismo se mostrava incapaz de responder à massificação de conflitos e à explosão de demandas para a tutela de *direitos novos*, como direitos dos consumidores e sociais, por exemplo, surgidos a partir da segunda metade daquele século, o legislador e a doutrina desenvolveram novas técnicas processuais para dar efetividade ao processo.

Paralelamente, o ceticismo tornou-se prevalente na filosofia dessa mesma época, negando a verdade ou aduzindo a existência de verossimilhança ou de várias verdades, cada uma do seu modo. Os filósofos franceses, em especial, do último quarto do século XX, como Foucault, Deleuze e Guattari, levaram a promessa de Nietzsche ao mais extremo de seu alcance: a verdade como poder, como sentido apropriado por uma força, e esta por sua vez a serviço de uma vontade de potência.

Calamandrei, em uma das obras mais importantes do Direito Processual, *Processo e democrazia*⁷⁹³, opõe-se ao racionalismo iluminista que teria levado o processo a extremos irrealísticos, deixando de lado a evidência de que a humanidade do juiz faz parte da realidade do processo. Calamandrei exemplifica que dois juízes, diante de uma mesma controvérsia, entre as mesmas partes, e mesmas provas avaliadas, podem chegar a conclusões jurídicas diversas, e nesse caso a culpa não é da justiça, mas da parte vencida que escolheu a porta errada: é a imprevisibilidade da sentença. Como há necessidade de se chegar à norma concreta para aplicá-la ao caso, em razão da proibição do *non liquet*, quando a "lógica natural" não for suficiente, o juiz deve lançar mão de uma lógica "artificial". Para tanto, o raciocínio jurídico deveria criar

⁷⁹² SILVA, Ovídio Araujo Baptista. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

⁷⁹³ CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. In: **Opere Giuridiche**. Nápoli: Morano, 1983, vol. I., p. 648.

subterfúgios para a supressão das dificuldades de se julgar sem conhecer a verdade: basta a verossimilhança.⁷⁹⁴

A conjugação desses dois fenômenos paralelos do pensamento do vigésimo século, da necessidade de tornar eficientes quantitativamente a tutela jurisdicional e o ceticismo filosófico, criou no Direito Processual um poderoso rolo compressor legislativo de reformas processuais para desenvolver mecanismos de redução de processos. Nesse ambiente, a imprensa absorve facilmente o discurso da eficiência quantitativa e da produtividade das instituições, e impulsiona os governos a adotarem-na como política pública. Todos se mobilizam para diminuir a quantidade de processos a todo o custo; "a todo o custo" inclui, por certo, o maior *entrave* a essa política, já descartado pelo braço filosófico: a verdade.

Empurrada para as cordas pela sociedade, a magistratura, notadamente no Brasil, passa a tomar para si o discurso da eficiência qualitativa e econômica, incentivando a criação de métodos de julgamento por lista de vários processos em uma única sessão do tribunal, de aplicação de súmulas vinculantes de enunciados abstratos, de procedimentos informais e céleres, como os juizados especiais cíveis, e de métodos de extinção *ex abrupto* de processos ainda no primeiro grau como a improcedência liminar do pedido.

Não negamos – muito pelo contrário, reconhecemos – a necessidade de o processo se capacitar para a entrega plena do direito de quem o pleiteou legitimamente, o quanto antes possível, da forma mais aproximada ao cumprimento voluntário da obrigação: o adimplemento de sua finalidade em tempo razoável. Não é mais possível abraçar a ingenuidade iluminista da inexistência de erros e dificuldades na função de julgar. Mas a busca da efetividade não pode e não precisa se transformar na caça à cognição, ao conhecimento ou à qualidade da prestação jurisdicional; na negação da verdade ou da justiça da decisão.

A qualidade do processo, principalmente do processo de conhecimento produzido em primeira instância, pode servir como eficaz meio de solução definitiva do conflito de interesses. Se as partes sentirem que lhes foi permitida a participação humana na solução do conflito, talvez não desejem interpor recursos de apelação, agravo interno, embargos de declaração ou recursos excepcionais. Será que a parte autora, após o transcurso do tempo e do convencimento para propor uma demanda, simplesmente desistirá dela, diante do malogro de uma decisão concedida de plano que qualificará sua inicial como manifestamente improcedente? Será que a marcação de uma audiência mediante citação e participação do réu e do juiz não será mais convincente e

⁷⁹⁴ CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: **Opere Giuridiche**. Nápoli: Morano, 1983, p. 613-640, vol. V.

eficaz e menos demorada que o processamento do recurso de apelação após a improcedência liminar?

O erro, o equívoco de conhecimento e de julgamento são possíveis e até comuns, mas isso não nos retira a obrigação e o dever democrático, como agentes da função essencial da Jurisdição, de buscarmos a verdade. Se ocorrem muitos equívocos, é porque o sistema é defeituoso, e não porque é assim e ponto final.

Creemos que a construção de uma política cognitiva para proteger a avalanche de celeridade sem conteúdo, pragmática, economicista, que despreza o conhecimento e a verdade, é absolutamente necessária para que possamos criar um ciclo virtuoso de eficácia qualitativa, de eficácia quantitativa e de crescimento da confiança no Judiciário. Esse foi o fio condutor que impusemos nesta tese: a necessidade de se reafirmar o mais claro e fundamental objetivo da jurisdição – julgar com justiça após conhecer a verdade do conflito de interesses de uma forma humana. Por essa razão é que a imutabilidade da coisa julgada deve ser vista na proporção da cognição.

No primeiro parágrafo da magnífica obra de Calamandrei⁷⁹⁵ já citada, o mestre florentino conceitua o processo como um método imposto pela autoridade para "alcançar a justiça; um método de raciocínio, prefixado e orientado pela lei, que as partes e os juízes devem seguir passo a passo, segundo uma certa prescrita sucessão e coordenação dialética, para obter ao fim uma sentença justa". Mas o que se faz durante todo esse percurso até a sentença justa a não ser buscar conhecimento para viabilizar a decisão? Qual seria a necessidade de se buscar *conhecimento não verdadeiro*? Essas questões devem ser enfrentadas por nós, como aponta Tuzet⁷⁹⁶: "Respeita pois à teoria da prova e à teoria processual tratar em detalhe os aspectos problemáticos do conhecimento no processo e nos seus diversos ritos".

A pior patologia que o Judiciário pode ter não é a quantidade insuportável de processos postos para julgamento, mas o descrédito do meio social, enfraquecendo a confiança das pessoas nas instituições democráticas. Em verdade, nós, processualistas, estamos próximos de ter de decidirmos entre duas deturpações fisiológicas crescentes em nosso Direito processual.

⁷⁹⁵ Tradução do original : "[...] per arrivare alla giustizia: un metodo di ragionamento, prefisso e ordinato dalla legge, che le parti e i giudici devono seguire tappa per tappa, secondo una certa prescritta successione e coordinazione dialettica, per ottenere alla fine una sentenza giusta; [...]". CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. In: **Opere Giuridiche**. Nápoli: Morano, 1983, vol. I., p. 625.

⁷⁹⁶ "Spetta poi alla teoria della prova e alla dottrina processuale trattare in dettaglio gli aspetti problematici della conoscenza nel processo e nei suoi diversi riti". TUZET, Giovanni. **Dover decidere**. Diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci ed., 2010, p. 220.

Qual a melhor solução: milhares de processos sem julgamento ou milhares de processos mal julgados?

Devemos refletir acerca das consequências de criar um sistema de massificação de julgamentos abstratos sem a participação de seus interessados com baixa qualidade cognitiva, "lavando as mãos" para a necessidade de conhecer os conflitos humanos e procurar dar-lhes uma solução justa.

REFERÊNCIAS

- ADAMO, Daniela D'. **Contributo allo studio della contumacia nel processo civile**. Giuffrè: Milano, 2012.
- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O *Case management* inglês: um sistema maduro? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Bahia, n. 21, 2010/2, p. 83-130.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; MENEZES, Paula Bezerra de. A Reforma Do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro – terceira parte. Título II – Provas em espécie. Capítulo IV – Da Prova Pericial. In: **Revista de Processo**, nº 242, mai. 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 112-114.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1.
- _____. **Direito Romano**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. II. ALVIM, J. E. **Carreira**. Alterações do Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- AMORETTI, M. Cristina; MARSONET, Michele. Introduzione. Un percorso tra conoscenza e verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Giuffrè: Milano, 2007.
- AMRANI-MEKKI, Soraya. **Le temps et le procès civil**. Paris: Éditions Dalloz.
- ANDOLINA, Ítalo Augusto. **Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale**. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo. R. de Processo, RT, São Paulo, n. 150, p. 70-80, ago. 2007.
- ANDREWS, Neil. **The Three Paths of Justice** – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England, Londres: Springer, 2012.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 2.
- ARAUJO, José Aurélio de. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro – Segunda Parte. Título I – Disposições Gerais. Capítulo 4 – Procedimento probatório extrajudicial. In: **Revista de Processo**, nº 241, mar. 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 136-143.
- _____. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro – segunda parte. Título I – Disposições Gerais. Capítulo 5 – Procedimento probatório judicial. In: **Revista de Processo**, vol. 241, março 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 143-147.
- _____. A eficácia epistêmica da fase preparatória do processo bifásico. **Revista de Processo**, vol. 241, mar. 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 369-410.

ARAUJO, José Aurélio de. A cognição sumária e a coisa julgada no processo justo. In: FUX, Luiz (coord.). **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1073-1134.

_____. Introdução ao sistema de tutelas cognitivas sumárias do Projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, RT. São Paulo, n. 206, 2012, p. 207-230.

_____. A condenação com reserva de exceções como técnica de sumarização da tutela cognitiva. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual REDP**, ano 4, vol. 6, jul.-dez. 2010. Disponível em: <<http://www.redp.com.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2015

ARAUJO, José Aurélio de; FARIA, Márcio Carvalho. Limitações probatórias: celeridade, procedimento, prazos e preclusões. Anteprojeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, coord. Leonardo Greco. Versão preliminar publicada na **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, p. 372-375. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015

ARAUJO, José Aurélio de; ROQUE, André Vasconcelos. Da Prova Testemunhal. Anteprojeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, coord. Leonardo Greco. Versão preliminar publicada na **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, p. 428-441. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2015

ARAUJO, José Aurélio de. BODART, Bruno Vinícius da Rós. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana – sugestões de Direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz et al. (Org.). **O Novo Processo Civil Brasileiro** – direito em perspectiva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25-70.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009.

ARIETA, Giovanni. **Trattato di Diritto Processuale Civile**, Le Tutele Somarie. Milão: Cedam, 2010, v. 10.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. **Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza**. 26. ed. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização)**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **A Treatise on Judicial Evidence**. Masters, Baldwin, Chadock and Joy, Paternoster-Row, Londres: 1825.

BERMUDES, Sérgio. Ação Monitória: Primeiras Impressões sobre a lei n.º 9.079, de 14.7.1995. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord). **Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 269-279.

BIAVATI, Paolo. **Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milão: Giuffrè, 2010, p. 185-196.

_____. **Il regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento**. In: Manuale di Diritto Processuale Civile Europeo. coords. TARUFFO, Michele; VARANO, Vincenzo. Torino: G.Giappichelli Ed., 2011.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Milão: Giuffrè, 1972.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz et al. (Org.). **O Novo Processo Civil Brasileiro – direito em perspectiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 71-103.

BONA, Carlo. **Sentenze Imperfette, gli errori cognitivi nei giudizi civili**. Bolonha: Il Mulino, 2010.

BONATO, Giovanni. *I référés* nell'ordinamento francese. In: CARRATTA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa – Studi**. Napoli: Jovene, 2012.

_____. I poteri e i provvedimenti del *juge de la mise en état* nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005. In: CARRATTA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa – Studi**. Napoli: Jovene, 2012, p. 285-310.

BRENNER, Claude. Les conceptions actuelles de l'autorité de la chose jugée em matière civile au regard de la jurisprudence. In: FOYER, Jean; PUIGELIER, Catherine (Org.). **Le Nouveau Code de Procédure Civile (1975-2005)**. Paris: Economica, 2006.

BUONCRISTIANI, Dino. **Tutela cautelare ante causam nel nuovo rito societario**. Assenza di strumentalità necessaria. Disponível em: <<http://www.judicium.it>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

BUZAID, Alfredo. Origem do Despacho Saneador. In: **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 8-13.

BUZAID, Alfredo. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro. In: **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**. Notas de adaptação ao Direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31-48.

_____. **Grandes Processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Conferências**. Departamento de Imprensa Nacional, 1971.

_____. **Do Mandado de Segurança**. In: Revista dos Tribunais, vol. 258. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957, p. 35-48.

_____. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: ed. Saraiva, 1989.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodium, 2013.

CADIET, Loïc. Complexità e riforme nel processo civile francese. Tradução italiana de TORQUATO D. In: **Rivista Trimestrale di diritto processuale civile**, Giuffrè, 2008, p. 1303-1326.

CADIET, Loïc; EMMANUEL, Jeuland. Manuel. **Droit judiciaire privé**. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano ed., 1970, v. 4.

_____. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Opere Giuridiche. Nápoli: Morano, 1983, vol. 9.

_____. **El Procedimiento Monitorio**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1946.

_____. **In Tema di provvedimenti cautelari**. Opere Giuridiche. Nápoli: Morano, 1983, p. 445-452, v. 9.

_____. Processo e Democrazia. In: **Opere Giuridiche**. Nápoli: Morano, 1966, vol. 1.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: **Opere Giuridiche**. Nápoli: Morano, 1972, p. 613-640, vol. 5.

CALLARI, Francesco. Verità processo prova certezza: il circuito euristico della giustizia penale. **Rivista di Diritto Processuale**. Milão: CEDAM, ano LXVIII (Seconda Serie), n. 6, nov.-dez. 2013, p. 1346-1364.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. Valor Actual del Principio de Oralidad. **La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972, p. 85-91.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa, **Revista de Processo**, RT. São Paulo, n. 140, p.72-85, out. 2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Comentários ao Código de Processo Civil** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. 9, tomo 1, arts. 982 a 1.045.

CARPI, Frederico. La semplificazione dei modelli do cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente. In **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, dez. 2009, ano LXIII, n. 4, p. 1283-1300.

CARRATTA, Antonio. **Il Principio della non Contestazione nel Processo Civile**. Milão: Giuffrè, 1995.

_____. Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari. In: CARRATTA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 1-29.

_____. (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Milão: Juvene, 2012.

CARVALHO, Filipe Gonçalves. **O Procedimento de Injunção**. 2. ed. Lisboa: Dislivro, 2006.

CECHELLA, Claudio. **Il nuovo processo civile**. Milano: Il sole 24 ore, 2009.

CHAINAIS, Cécile. **La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien**. Paris: Dalloz, 2007.

CHASE, Oscar. **Law, Culture, and Ritual**. Nova Iorque: New York University Press, 2005.

CHASE, Oscar; HERSHKOFF, Helen. **Civil Litigation in Comparative Context**. St. Paul: Thompson/West, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva e Cia., 1942, v. 1.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Notas de Enrico Tullio Liebman. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva e Cia., 1943, v. 2.

_____. **Princípios de Derecho Procesal Civil**. Tradução espanhola da 3ª edição italiana de José Casais y Santalo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922.

CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano LXX, n.1, 2015, p. 45-60.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: 1994.

CIOFFI, Alfredo. *Commento Teorico-pratico del Codice di Procedura Civile*, vol. 3° del Processo di Esecuzione, dei Procedimenti Speciali, artigos 474-831. Roma: Jandi Sapi ed., 1956.

CIPRIANI, Franco. Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. In: **Il processo civile nello stato democrático**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 69-93.

COLA, Livia. L'Efficacia Dell'ingiunzione di pagamento europea. In: CARRATTA, Antonio (Org.). **Verso il procedimento ingiuntivo europeo**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 235-295.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. **Revista de Processo**, RT. São Paulo, n. 151, p.72-98, set. 2007.

_____. **Etica e Técnica del "Giusto Processo"**. 1. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

_____. Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Milão: CEDAM, ano LXV, n. 3, maio-junho 2010, p. 521-543.

_____. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. **Revista de Processo**, RT. São Paulo, n. 151, p.72-98, set. 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo; MORELLO, Augusto M. (coord.). Progetto di norme costituzionali uniformi. **Etica e Técnica del Giusto Processo**. 1. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 409-416.

COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Lezioni Sul Processo Civile*. **Il processo ordinário di cognizione**. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011, vol. 1.

_____. *Lezioni Sul Processo Civile*. **Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi**. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006, vol. II.

CONSOLO, Claudio. Introduzione. In: PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **Ordinanza della Procedura Civile di Francesco Giuseppe, 1895**. Testi e Documenti per la Storia del Processo. Milão: Giuffrè Editore, 2004, vol. 8.

_____. **Codice di Procedura commentato**, Artt. 1 - 286. 4. ed. Milão: IPSOA. 2010, tomo 1.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Direito Processual Civil Alemão*. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério (Coord.). **Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo**. São Paulo: LEX, 2010.

COSTA, Salvador da. **A Injunção e as Conexas Acção e Execução**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009.

CUNHA, Alcides Munhoz da. Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. **R. de Processo**, São Paulo, n. 163, p. 359-375, set. 2008.

DAMASKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1986.

DEMARCHI, Paolo Giovanni. **Il nuovo processo civile**. Milano: Giuffrè, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos Gravídicos ?** Disponível em: <<http://www.ifg.com.br>>. Acesso em: 5 maio 2009.

DI COLA, Livia. L'efficacia dei provvedimenti sommari nell'ordinamento tedesco. In: CARRATTA, Antonio (Coord.). **La tutela sommaria in Europa** – Studi. Napoli: Jovene, 2012, p. 77-120.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. vol 1.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, 10 ed.. vol 2, Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Execução Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 1-4.

DONDI, Angelo. **Stabilità delle decisioni in tema di tort litigation: minime considerazioni comparate**. In: International Journal of Procedural law. Portland: Intersentia Cambridge, vol.4, 2014, p. 31-41.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-espinho** – Justiça e Valor. 1. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2014.

_____. **Levando os direitos a sério**. trad. BOEIRA, Nelson. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. 8, tomo 3, arts. 890 - 945.

FADEL, Sergio Sahione. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1966.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor. **Lo “Sumario” y lo “Plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: Pasado y Presente**. Madri: Centro de Estudios, 2006.

_____. **Estudios de Derecho Procesal**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional – em busca de um modelo de juiz leal**. Rio de Janeiro: UERJ, 2015, 416 p.

_____. A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 167, jan. 2009, p. 250-270.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valutazione rationale della prova**. trad. MAZZONI, Cosimo Marco. In *Giuristi stranieri di oggi*. Milão: Giuffrè ed., 2012.

FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. Bolonha: Zanichelli, 2012.

FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendario del processo. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè, ano LXVI, n. 4, dez. 2012, p. 1395-1410.

FOUCAULT, Michel. Verdade e Poder. In: **Microfísica do poder**. org. MACHADO, Roberto. Rio de Janeiro: Graal, 1995, p. 1-14.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil, conceito e princípios gerais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, dezembro 2006.

_____. **A Ação Declaratória Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. **Código de Processo Civil anotado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v.1, artigos 1º e 380º.

FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui. **Código de Processo Civil anotado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 2.

FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. **Código de Processo Civil anotado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 3.

FRIGNANI, Aldo. **L'Injunction nella common law e L'inibitoria nel diritto italiano**. Milão: Giuffrè Editore.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Curso de direito processual civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.

GABRIEL, Markus. **Il senso dell'esistenza: Per un nuovo realismo ontologico**. trad. MAESTRONE, Simone L. Roma: Corocci, e-book 2013.

_____. **Why the world does not exist?** trad. MOSS, Gregory S. GADAMER, Hans-Georg. **Che cos'è la verità?** Soveria Mannelli: Rubbettino, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Che cos'è la verità?** Soveria Mannelli: Rubbettino, 2012.

_____. **Verità e Metodo**. Trad. Gianni Vattimo. Milão: Bompiani, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMBA, Cinzia. **L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevante d'ufficio e la "scommessa aperta" dell'ordinamento processuale**. In: Il processo civile riformato. coord. TARUFFO, Michele. Bologna: Zanichelli ed., p. 65-180.

GANDOLFI, Giuseppe. **Contributo allo studio del processo interdittale romano**. Milano: Giuffrè, 1955.

GARBAGNATI, Edo ardo. **I procedimenti di ingiunzione e sfratto**. Milano: Giuffrè, 1949.

GARNER, Brian A. **Black's Law Dictionary**. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009.

GELSI BIDART, Adolfo. Del tiempo procesal y su manejo. In: **R. de Processo**. RT. São Paulo, n. 93, 1999.

GHIRGA, Maria Francesca. Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano 67, n.1, 2012, p. 166-187.

_____. **Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo**. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano 70, n.2, 2015, p. 445-467.

GILLES, Peter; VINSON, Julia. Truth and Efficiency in Civil Proceedings on construction of the truth-postulate by the mainstream german doctrine of civil procedure. In: **Revista de Processo**, vol. 206. São Paulo: RT. 2012, p. 135.

GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho Procesal Civil, 1**. 3. ed El proceso de declaración. Parte General. Madri: Constitución y Leys, 2010.

GIULIANI, Alessandro. Ordine isonomico ed ordine assimetrico. In: GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola (coord.). **Giustizia ed Ordine Economico**. Milão: Giuffrè. 1997.

GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.

GRECO, Leonardo. Por um novo mandado de segurança: retorno à origem? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 11, p. 269-277, 2013.

_____. **O Processo de Execução**. Campos dos Goytacazes: Renovar, 1999, v. 1.

_____. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2.

_____. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.

_____. **Primeiros comentários sobre a Reforma da Execução oriunda da Lei 11.232/05**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 36, p. 70-86, 2006.

_____. Ações na Execução Reformada. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. (Org.). **Execução Civil, Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Junior**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A Função da Tutela Cautelar. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Direito Civil e Processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829-843.

_____. Concurso e Cumulação de Ações. **Revista de Processo**. RT. São Paulo, n. 147, p. 11-26, mai. 2007.

_____. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**. RT. São Paulo, n. 166, p. 9-26, dez. 2008.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. RT. São Paulo, n. 164, p. 29, out. 2008.

_____. Atos de Disposição Processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. 1. ed. Rio de Janeiro: 2007, p. 7-28.. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2015

_____. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

_____. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 2.

GRECO, Leonardo. Saneamento do Processo e o Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual REDP**, Ano 5, Vol. VIII, jul.-dez. 2011, p. 568-601. Disponível em: <<http://www.redp.com.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2015

_____. Cognição sumária e coisa julgada. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 6, n.X, jul-dez. 2012.

_____. Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord). **Processo Civil: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 273-308.

_____. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. Apresentação do anteprojeto de reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**, vol. 240, Fevereiro 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 61-136.

_____. **Natureza Jurídica do Mandado de Segurança**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 129, p. 43, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **O processo – Estudos e Pareceres**, DPJ. São Paulo: 2006, p. 30-57.

GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. **Derecho Procesal Civil, introducción y parte general**. 7 ed. Navarra: Civitas, 2005, tomo 1.

GUEDES, Clarissa Diniz. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – segunda parte. Limitações probatórias: provas suspeitas. In: **Revista de Processo**, vol. 241, mar. 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 124-127.

GUERRERO, Salvador Soto. Las tutelas judiciales provisionales en el Proceso Civil. **Problemas actuales del proceso iberoamericano – actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal**. Málaga: 2006, tomo 1.

HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context). Nova Iorque: Cambridge University Press. e-book 2014.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure, an introduction**. Nova Iorque: Yale University Press, 1993.

HERSHKOFF, Helen. Short-cuts to Judgment and Provisional Remedies. In: CHASE, Oscar; HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil Litigation in Comparative Context**. ThomsonWest, 2007.

LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba en derecho civil**. Madri: Editorial Reus, 1928.

LACERDA, Galeno. Ação Rescisória e homologação de transação. **Ajuris**, vol. 14. Rio de Janeiro: 1978, p. 29-43.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. III, tomo 1.

LAFUENTE TORRALBA, Alberto José. La evolución de la tutela cautelar. **Revista de Processo**, São Paulo, n .156, p. 77-103, fev. 2008.

LANFRANCHI, Lucio. **La Roccia non Incrinata**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

_____. (Org.) **Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari**. “Pregiudizi Illuministici” e “Giusto Processo” Civile. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law – An Essay in Legal Epistemology**. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986.

_____. **Embargos do Executado**. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. tradução BUZOID, Alfredo; AIRES, Benvindo. tradução de textos posteriores à edição de 1945, GRINOVER, Ada Pellegrini. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 6. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LUGO, Andrea; BERRI, Mario. **Codice di Procedura Civile**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1942.

LUPOI, Michele Angelo. Sommario (ma non troppo). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè, 2010, p. 1225-1260.

LYNCE, Rita. Apreciação da proposta de *inversão do contencioso cautelar* apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**, vol. I. Coimbra: Coimbra ed., 2013, p. 1139-1154.

MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; HOWARD, Erichson M.. **Complex Litigation, cases and materials on advanced civil procedure**. 5. ed., St. Paul: Thomson Reuters, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 344, v. 3.

MARTINI, Remo. **Il problema della causae cognitio pretoria**. Milano: Giuffrè, 1960.

MARSONET, Michele. Verità, Scienza e Diritto. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Giuffrè: Milão.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"**. atualizado por WALD, Arnoldo. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano 61, n.3, 2006, p. 869-902.

MILLAR, Robert Wyness. **Three American Ventures in Summary Civil Procedure**. The Yale Law Journal. Vol. 38, No. 2 (1928).

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo IX. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

MIRANDA NETO, Fernando Gama de. Juizados Especiais Cíveis entre autoritarismo e garantismo. **Revista de Processo**. RT. São Paulo, n. 165, p. 185-200, nov. 2008.

MOLINA GALICIA, René. Neurociencia, neuroética, derecho y proceso. In: **Neurociencia y proceso judicial**. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (coord.). Madri: Marcial Pons, 2013, p. 68-70.

MONTERO AROCA, Juan; FLORES MATÍES, José. **Tratado de Juicio Verbal**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissa para uma discussão séria. **Temas de Direito Processual – Nona Série**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 367-377.

_____. A revelia no direito alemão e a reforma do processo civil brasileiro. **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 134-147.

_____. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Temas de Direito Processual – Nona Série**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235-264.

_____. O neoprivatismo no processo civil. **Temas de Direito Processual – Nona Série**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87-102.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Temas de Direito Processual – Oitava Série**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89-106.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. **Temas de Direito Processual – Oitava Série**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-14.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. **Temas de Direito Processual – Sexta Série**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29.

_____. Sobre Pressupostos Processuais. **Temas de Direito Processual – Quarta Série**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 83-93.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. **Temas de Direito Processual – Terceira Série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direito Aplicado II – Pareceres**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V.; arts. 476 a 565.

_____. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 150, p. 59-69, ago. 2007.

_____. A revolução processual inglesa. **Temas de Direito Processual** – Nona Série. 1. ed São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69-86.

_____. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Revista de Processo**, vol. 111, jul. 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 104 e p. 1023-1033.

_____. Saneamento do processo e audiência preliminar. **Revista de Processo**, v. 40. São Paulo: RT, out/1985, p. 109-135. Também publicado em: **Temas de Direito Processual** – Quarta Série. São Paulo, 1989, p. 105-145

_____. Vicissitudes da audiência preliminar. **Temas de Direito Processual** – Nona Série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 129-137.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo brasileiro. **Temas de Direito Processual** – Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1977.

MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. **German Civil Justice.** Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais** – Teoria Geral dos Recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La cosa juzgada: el fin de un mito, in Problemas actuales del proceso iberoamericano** – actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Málaga: 2006, p. 429-440.

_____. **La Cosa Juzgada.** Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich W. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. § 1º. In: **Obras Incompletas Os pensadores.** trad. TORRES FILHO, Rubens Rodrigues. São Paulo: ed. Abril, 1978.

_____. **Beyond Good and Evil.** The Modern Library: Nova Iorque, 1937.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil.** 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998, v. 3.

_____. Responsabilidade do exequente no novo Código de Processo Civil. In: **Revista Forense**, vol. 246, Rio de Janeiro, 1974, p. 167-171.

PATTI, Salvatore. **Codice di Procedura Civile Tedesco, Zivilprozessordnung**. Trad. Milano: Giuffrè, 2010.

_____. La disponibilità delle prove. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Numero Speciale, La disponibilità della Tutela Giurisdizionale (cinquant'anni dopo)**, Supplemento al Fascicolo 1/2011, Giuffrè, mar. 2011, p. 75-100.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 2 ed.. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1991, v. 4.

PETRONIO, Ugo. Introduzione. Il futuro ha un cuore antico, considerazione sul codice di procedura civile del 1806. In: **I Codice napoleonici**. Milão: Giuffrè, p. 4-50.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **Ordinanza della Procedura Civile di Francesco Giuseppe, 1895**. Testi e Documenti per la Storia del Processo. Milão: Giuffrè Editore, 2004, v. 8.

PIMENTA, Paulo. **A Fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 2013.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Jovene. 2006.

_____. Verso la residualità del processo a cognizione piena? **Studi in Onore di Carmine Punzi**. Torino: Giappichelli, 2008, p. 699-707.

_____. **I diritti e le tutele**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2008.

_____. Per un nuovo Codice di Procedura Civile – Libro Primo. **Revista de Processo**, n. 188. São Paulo: 2010, p. 205-252.

_____. Per un nuovo Codice di Procedura Civile – Libro Secondo. **Revista de Processo**, n. 189, São Paulo: 2010, p. 204-205.

_____. Per un nuovo Codice di Procedura Civile – Libro Terzo. **Revista de Processo**, n. 190. São Paulo: 2010, p. 277-298.

_____. Per un nuovo Codice di Procedura Civile – Libro Quarto. In: **Revista de Processo**, n. 191, São Paulo, 2011, p. 211-274.

PISANI, Andrea Proto. Per un nuovo Codice di Procedura Civile – Libros Quinto e Sesto. **Revista de Processo**, n. 192, São Paulo: 2011, p. 301-306.

PLATÃO. Cratilo. In: **Platone: Tutti gli scritti**. dir. REALE, Giovanni, Milão: Bompiani, 2014, p. 132-184.

_____. Teeteto. In: **Platone: Tutti gli scritti**. dir. REALE, Giovanni, Milão: Bompiani, 2014, p. 192-257.

_____. Repubblica. In: **Platone: Tutti gli scritti**. dir. REALE, Giovanni, Milão: Bompiani, 2014, p. 1068-1346.

PUGLIESE, Giovanni. **Giudicato Civile (Storia)**. Enciclopédia del Diritto. Milão: Giuffré Editore, 1969, p. 727-785, v. XVIII.

PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. **Istituzioni di Diritto Romano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

RAVARA, Bruno Albino; CARDOSO, Juliana Provedel. O Tratamento Dispensado ao julgamento *Prima Facie* no Novo CPC e a correção de supostas inconstitucionalidades. In **Revista Eletrônica de Direito Processual REDP**, Ano 5, Vol. VIII, jul.-dez. 2011, p. 132-146. Disponível em <<http://www.redp.com.br/>>. Acesso em: 25 set. 2015

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Trad. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Giovanni. Introduzione generale. In: **Platone: Tutti gli scritti**. dir. REALE, Giovanni, Milão: Bompiani, 2014, p. 1-75.

REIS, José Alberto dos. **Processo de Execução**. Coimbra: ed. Coimbra, 1957.

RECHBERGER, Walter H.; KODEK, Georg E. Introduzione. In: PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **Ordinanza della Procedura Civile di Francesco Giuseppe, 1895**. Testi e Documenti per la Storia del Processo. Milão: Giuffré Editore, 2004, p. 27-28, v. 8.

RICCI, Gian Franco. **La riforma del processo civile**. Torino: G. Giappichelli, 2009.

_____. **Diritto Processuale Civile, il processo di cognizione e le impugnazioni**. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 29, v. 2.

ROCHA, Isabel; BATALHÃO, Carlos José. **Novo Código de Processo Civil**. Porto: Porto, 2013.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

ROQUE, Vasconcelos André; ARAUJO, José Aurélio. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – terceira parte. Da Prova Testemunhal. **Revista de Processo**, nº 242, abr. 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99-105.

SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 133, p. 151-174, mar. 2006.

SATTA, Salvatore. Cognizione. **Enciclopedia del Diritto**, vol. 7, Cir.-Compa. Milão: Giuffrè ed., 1958, p. 306-307.

SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição Sumária – Limites impostos pelo Contraditório no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

SCHÖNKE, Adolfo. **Derecho procesal civil**. Trad. L. Pietro Castro; Víctor Fairen Gullén. 5. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1950.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito Processual Civil Espanhol. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério et al. (Org.). **Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010.

SILBERMAN, Linda. Chapter 9: Finality and Preclusion. In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil litigation in comparative context**. St. Paul: ed. Thomson/West, 2007, p. 435-462.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.

_____. **Curso de Processo Civil** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 3.

_____. **Procedimentos Especiais, exegese do Código de Processo Civil (arts. 890 a 981)**. Rio de Janeiro: Aide ed., 1989.

_____. Limites Objetivos da Coisa Julgada no Atual Direito Brasileiro. In: **Sentença e Coisa Julgada (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 103-137.

_____. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. In: **Revista de Processo**, ano 23, vol. 90. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 159-174.

SOMMA, Emanuele. **Il Giudizio Abbreviato fra Adverssariness e Collaborazione In Studi in Memoria di Giovanni Tarello**. Milano: Giuffrè, p. 466-533, v. 2.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Tutela da urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 209, jul. 2012, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 13-34.

TARELLO, Giovanni. **Storia Della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. **La motivazione de la sentenza civile**. Padova: Cedam, 1970.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 1997, p. 319.

_____. Verità negoziata? In: CIPRIANI, Franco (Coord.). **Accordi di parte e processo**. Milano: Giuffrè. 2008, p. 69-98.

_____. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano LXI, ed Giuffrè, Milano, 2007, p. 709 e ss.

_____. **Páginas sobre justicia civil**. Madri: Marcial Pons, 2009.

_____. **La semplice verità** – Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Editori Laterza, 2009.

_____. Cultura e processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 63-92, ano 63.

_____. Oralidad y escritura como factores de eficiência en el proceso civil. **Páginas sobre justicia civil**. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 245-268.

_____. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar. 2014, ano 68, n. 1. Milano: Giuffrè, 2014, p. 35-46.

_____. Proceso y neurociencia. Aspectos generales In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (coord.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 15-23.

TEDOLDI, Alberto. I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella "iconoclasta" del 2012. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano 68, n.1, 2013, p. 145-164.

_____. **Il maleficio del filtro in appello**. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano 70, n. 3, 2015, p. 751-778.

_____. Processo civile e giudicato "alla deriva", In: CIPRIANI, Franco. (coord.). **Il Giusto Processo Civile – Rivista Trimestrale**. Edizione Scientifiche Italiane. Ano 8 – n. 4/2013. Milano: 2013, p. 1061

_____. La conversione del rito ordinário del rito sommario *ad nutum iudicis* (art. 183 bis c.p.c.). **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, mar.-abr. 2015, ano 70, n. 2. Milano: Giuffrè, 2015, p. 490-513.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. São Paulo: R. Forense, v. 387, p. 133, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TISCINI, Roberta. **I provvedimenti decisori senza accertamento**. 1. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009.

TROCKER, Nicolò. La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo. In: CIPRIANI, Franco (A cura de). **Rivista trimestrale Il Giusto Processo Civile**. Edizione Scientifiche Italiane. Milano: 2012, ano 7, n. 1/2012. p. 31-78.

_____. **La Formazione del Diritto Processuale Europeo**. Torino: G. Giappichelli, 2012.

_____. **The reforms of civil procedure in comparative perspective**. Torino: G. Giappichelli, 2005.

TURRI, John. **Epistemology – A Guide**. Oxford: John Wiley & Sons, 2014.

TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli, 2013.

_____. **Dover decidere**. Diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci, 2010.

UBERTIS, Giulio. **Profili di Epistemologia Giudiziaria**. Milão: Giuffrè, 2015.

VARANO, Vincenzo. BARSOTTI, Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**, Volume I. Testo e materiali per un confronto civil law common law. Torino: Giappichelli, 2010.

VASSALLO, Nicla. Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (Coord.). **Conoscenza e verità**. Giuffrè: Milano, 2007

VIGNERA, Giuseppe. La provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c. quale condanna con riserva. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, ano 65, n. 1, 2010, p. 69-82.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. **Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil**. Madrid: Difusion Jurídica, 2009.

VUITTON, Xavier; VUITTON, Jacques. **Les Référés**. Paris: LexisNexis, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Processo Civil - artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: **Participação e Processo**. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória – juízos rescindente e rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas. 1999.

_____. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009.

ZUCKERMAN, Adrian. **Zuckerman on Civil Procedure: principles of practice.** Second Edition. London: Sweet & Maxwell, 2006.