

## **RIGIDEZ E FLEXIBILIDADE DO PROCESSO ORDINÁRIO DE COGNIÇÃO<sup>12</sup>**

### ***STIFFNESS AND FLEXIBILITY OF COGNITION PROCESS***

*Remo Caponi*

Professore Ordinario nell'Università degli Studi di Firenze, Italia. Senior global research fellow New York University.  
remo.caponi@gmail.com

**RESUMO:** O artigo analisa as diferenças entre o processo de cognição plena e sumário sob a perspectiva do direito da União Europeia

**PALAVRAS-CHAVE:** Cognição sumária. Cognição plena. União Europeia.

**ABSTRACT:** The present article analyzes the differences between summary and full cognition under the perspective of European Law.

**KEYWORDS:** Summary cognition; full cognition; European Union.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Princípio da legalidade na gestão do processo: origens históricas 3. Garantias constitucionais do processo civil 4. Distinção entre cognição plena e cognição sumária 5. Características fundamentais do “rito ordinário” 6. Modelos de rito ordinário 7. Alternativas 8. Segue: um ou mais modelos de tratamento 9. Segue: prazos legislativos ou judiciais, rígidos ou elásticos 10. Distinção entre cognição plena e cognição sumária: conclusão 11. Situação italiana

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 16/10/2016, sob dispensa de revisão.

<sup>2</sup> No original: *Rigidità e flessibilità del processo ordinario di cognizione*. Traduzido para o português por Michele Pedrosa Paumgarten, doutoranda em Direito Processual na UERJ, professora de Direito Processual Civil no IBMEC/RJ. O texto constitui a base da intervenção do Professor Remo Caponi na XXV Jornada Iberoamericana de Direito Processual e XI Jornada Brasileira de Direito Processual sobre a “Formação, deformação e transformação do direito processual”, em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, Recife, 15-17 de setembro de 2016. As pesquisas que conduziram à elaboração desta contribuição foram convertidas no painel PRIN 2012, 2012SAM3KM, “A codificação do procedimento da União Europeia” [“*La codificazione dei procedimenti dell’Unione europea*”] (coordenado pelo prof. Jacques Ziller, Università degli studi di Pavia), financiado pelo MIUR.

1. No âmbito da XXV Jornada Iberoamericana e XI Jornada Brasileira de Direito Processual, os organizadores da conferência nos convidam a refletir, entre outros assuntos, sobre a distinção entre “procedimentos rígidos e procedimentos flexíveis”. Soube que na época, o tema foi sugerido pela professora Ada Pelegrini, a quem gostaria de dedicar a minha exposição com admiração e afeto.

Embora seja um estudioso do processo civil que prefere uma análise funcional dos institutos, desta vez realizarei uma análise preponderantemente estrutural e concentrarei minha atenção no processo ordinário de cognição, aprofundando a distinção entre processos rígidos e processos flexíveis conforme a disciplina da ordem procedimental seja confiada à Constituição, à lei ou ao poder discricionário do juiz, ou ainda, como geralmente ocorre, à uma mistura mais um menos equilibrada entre estes componentes, aos quais é adicionada a autonomia privada das partes<sup>3</sup>.

2. Primeiramente, podemos tomar em consideração as origens históricas da afirmação do princípio da legalidade na disciplina processual, que ocorreu graças a profunda mudança no clima cultural e político que, entre o século XVII e XVIII, marcou o surgimento gradual dos modernos ordenamentos processuais na Europa continental. O objetivo do Estado moderno de se apropriar da função de fazer justiça e de reivindicar para si o monopólio da gestão do processo, relegou à margem uma dimensão de justiça não estatal, produzida em um processo – o *ordo iudicarius* medieval – cujos princípios de desenvolvimento originavam-se nas regras de retórica e ética, regras elaboradas, por conseguinte, pela mesma comunidade a que pertenciam os protagonistas do enredo processual<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre a última, conferir: CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di diritto e procedure civile*, pp. 99-120, 2008.

<sup>4</sup> Cfr: GIULIANI, A. Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: “nuova retorica” e teoria del processo, *in: Sociologia del diritto*, 1986, p. 81 ss.; ID., L'ordo iudicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico), *Riv. dir. proc.*, 1988, 598 ss.; ID., verbete *Prova in genere (filosofia del diritto)*, *Enc. del Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 518 ss. Sobre a origem da moderna concepção de processo, o leitor pode conferir as obras de: PICARDI, Nicola. verbete Processo (dir. moderno), *Enc. del Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 101 ss., principalmente 110 ss.; ID., verbete Codice di procedura civile (presupposti storici e logici), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, II, Torino, 1988, 457 ss., principalmente 461 ss.; finalmente os ensaios coletados em *Modelli storici della procedura continentale*, t. II, *Dall'ordo iudicarius al codice di procedura*, por sua vez englobados em *L'educazione giuridica*, a cura di A.

O projeto político do Estado moderno era movimentado pela tensão para remediar a degeneração do processo romano-canônico e conferir segurança à gestão do processo, confiando-na à uma autoridade superior e externa em relação aos sujeitos do processo<sup>5</sup>. Nas palavras de Nicola Picardi:

*fino all'età moderna la procedura era considerata manifestazione di una ragione pratica e sociale, che si era realizzata nel tempo attraverso la collaborazione della prassi dei tribunali e della dottrina [...]. Con la formazione degli Stati moderni, pur fra notevoli resistenze, si andò invece affermando l'opposto principio della statualità del processo: il sovrano rivendicò il monopolio della legislazione in materia processuale.*<sup>6</sup>

O fortalecimento do absolutismo monárquico que ocorreu a partir do século XVI, foi seguido pelo progressivo controle assumido sobre o aparelho estatal não só de burocracias centralizadas, mas também da burocratização da própria função judiciária<sup>7</sup>. Já no século XVII foram promulgados os primeiros códigos de processo, como na França, o *Ordonnance civile touchant la réforme de la justice* de 1667 (considerado o Código de Luís XVI). O exemplo destaca o desígnio marcado pela eficiência da administração da justiça, claramente percebida até os dias de hoje como interesse fundamental do Estado moderno, compreendida com particular nitidez na estrutura

---

Giuliani e N. Picardi, VI, Napoli, 1994. Sobre a pesquisa de Giuliani e Picardi, conferir a observação de NÖRR, K. W., *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1 ss.

<sup>5</sup> Para uma clara descrição da degeneração do processo romano-canônico, com particular referência à desastrosa condição em que a administração da justiça se encontrava a Itália no século XVIII, em consequência da multiplicidade e confusão de fontes legais da gestão do processo, da complexa estrutura e formalística do procedimento civil e do caos no ordenamento da jurisdição, cf.: TARUFFO, MICHELE. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, 7 ss., com indicação bibliográfica sobre o fenômeno do privatismo jurídico (nota 1) e sobre processo de direito comum na Itália (na nota 3), aos quais se pode adicionar SCHUPFER, F. *Manuale di storia del diritto italiano*, Città di Castello, 1908, 673 ss. A única tentativa sistemática, mas descontinua, de reduzir as degenerações que o processo comum suportava foi a criação, por uso do direito canônico e estatutário, de um modelo alternativo de processo: o processo sumário, sobre o qual pode ser conferida a investigação histórica em: SCARSELLI, G. *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 59 ss.

<sup>6</sup> PICARDI, N. verbete Processo (dir. moderno), in: *Enc. del Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 101 ss., principalmente p. 114 ss., com ampla indicação das fontes.

<sup>7</sup> Cf.: DAMASKA, M. *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, p. 75; DENTI, V. verbete Processo, in *Enc. scienze sociali*, VII, Roma, 1997, p. 21 ss.

conferida à administração da justiça na reforma prussiana<sup>8</sup>, em particular no *Corpus Juris Fridericianum* de Federico II o Grande (1781)<sup>9</sup>.

As mudanças encontraram significativa expressão na prevalência gradual – particularmente na literatura jurídica alemã dos séculos XVII e XVIII – do uso do termo *processus* relacionado ao termo *iudicium*<sup>10</sup>. Este último, na verdade, denotava a concreta atividade humana que se desenvolve no processo, traz a prova de uma experiência jurídica, aquela medieval, que dificilmente consegue afastar as instituições sociais e jurídicas das pessoas que nelas atuam concretamente.

A percepção medieval do fenômeno processual bem se deduz da leitura do brocardo de Bulgaro: *iudicium accipitur actus ad minus trium personarum*<sup>11</sup>. Mas a tendência voltada à institucionalização da vida jurídica já se delineava através do exemplo fornecido pela igreja e os progressos no estudo do direito romano e canônico<sup>12</sup>. No campo processual, a distinção entre pessoa e dever do juiz pode ser identificado exemplarmente na afirmação da máxima: *iudex secundum allegata, non secundum conscientiam iudicare debet*, já no século XII<sup>13</sup>. Neste cenário, o uso gradual da noção de processo forneceu a marca definidora deste desenvolvimento, expressando no melhor modo aqueles traços de abstração e de enrijecimento do caso processual em relação às pessoas que nele atuam concretamente, delineando-se com conclusiva clareza no fenômeno de burocratização da função judiciária.

Um proeminente produto conceitual da racionalização do poder judiciário enquanto poder burocraticamente organizado é formado da categoria do procedimento, como sequência de atos pré-ordenados à decisão do juiz<sup>14</sup>. Os interesses públicos

---

<sup>8</sup> Cf.: DENTI, V. verbete *Processo*, in *Enc. scienze sociali*, VII, Roma, 1997, p. 21 ss.

<sup>9</sup> Para uma primeira informação, v. CANNATA, C.A.. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1971, p. 114 ss.

<sup>10</sup> PICARDI, N. Ricostruisce le alterne fortune del termine *processus*., verbete *Processo* (dir. moderno), in: *Enc. del Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 103 ss.

<sup>11</sup> Cfr. NÖRR, K. W.. *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientia iudicat*, München, 1967, p. 7 s.

<sup>12</sup> Cfr.. VAN CAENEGEM, R. C.. *The Law of evidence in the Twelfth Century*, in *Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law*, a cura di S. Kuttner e J. J. Ryan, Roma, 1965, p. 297 ss., specie p. 299 ss.

<sup>13</sup> Percorre a história desta máxima entre a experiência jurídica medieval e a primeira idade moderna, o trabalho de NÖRR, K. W.. *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientia iudicat*, cit.; veja também: JUNOY, J. P.. *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in: *Rivista di diritto processuale*, 2007, pp. 1497-1518.

<sup>14</sup> Cfr. DENTI, V.. *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, 1989, p. 22 s.

imanescentes ao processo civil pelo caráter estatal da jurisdição são protegidos pelas obrigações do juiz que se inserem na sequência processual, mas que tem a sua origem nas relações de direito público externas ao processo<sup>15</sup>.

3. Após o fim da segunda guerra mundial, na Europa continental (particularmente na Itália e na Alemanha) determinadas garantias relativas às funções jurisdicionais e ao processo começaram a ser percebidas como direitos fundamentais e invioláveis do homem e foram inseridas na nova constituição democrática, assim como foram inseridas na carta internacional dos direitos do homem. Isto permite a recuperação daquelas fontes culturais do direito que tinham perdido o vigor a partir da afirmação do princípio da legalidade em matéria processual. Graças a introdução dos mecanismos de controle de constitucionalidade, o respeito a estas garantias foi imposto ao legislador ordinário, bem como as determinações discricionárias do juiz. Considerando-se o vínculo descendente das garantias constitucionais, é necessário perguntar quais distinções podem ser realizadas, conforme a orientação dos processos seja confiada à lei ou ao poder discricionário do juiz.

4. O discurso é dirigido principalmente aos processos de cognição plena na Itália, mas não se pode evitar de enfrentar o tema da distinção relativo aos processos sumários. A distinção entre processos de cognição plena e processos sumários é uma questão atual que se insere numa linha histórica caracterizada por uma notável mobilidade e permeabilidade. O problema é comum a todos os ordenamentos mais próximos à tradição histórica e cultura processual italiana. É comum particularmente aos ordenamentos europeus. É inevitável, portanto, que na realização dessa operação, procuremos o diálogo com a experiência europeia, não apenas para traçar a linha de uma possível harmonização, mas também porque as decisões jurisdicionais circulam no espaço judiciário europeu e não se pode renunciar a desfazer este problema fundamental de forma que sejam radicalmente divergentes de um ordenamento para outro.

Do ponto de vista semântico, a contraposição entre cognição plena e cognição sumária parece expressar a ideia de que a primeira deve resultar em um enunciado final verdadeiro, ou seja, correspondente ao direito material, mais do que pode ser o

---

<sup>15</sup> GOLDSCHMIDT, J.. *Der Prozess als Rechtslage* (1925), rist., Aalen, 1962, p. 77, il cui pensiero è stato da me sottovalutato in *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, p. 14, in nota 36.

provimento conclusivo de um procedimento sumário. Na realidade não se formou um consenso sobre a identificação destes elementos que logicamente fariam melhor a cognição plena em relação à sumária. Não há nem mesmo acordo se a cognição plena significa conhecimento logicamente melhor do que a sumária. Finalmente se debate se a cognição difere qualitativamente entre os vários procedimentos sumários, se todos os procedimentos sumários carregam em si um momento de cognição e instrução probatória ou melhor, se em algumas delas, a atividade processual não esteja relacionada a outra coisa que não a preparação do título executivo.

Para descrever de modo fidedigno em que consiste a diferença entre processos de cognição plena e processos sumários é preciso abandonar a ideia de captar a essência da cognição plena em uma diversidade lógica da atividade de conhecimento. Para desenvolver esta tarefa, é necessário fazer melhor análise sobre a diversidade estrutural dos processos (quanto à orientação do procedimento, ao conteúdo da ordem judicial final, o tipo de estabilidade dos efeitos deste último) e/ou sobre suas diferenças funcionais. À luz deste último destaque, pode-se antes de tudo, examinar o posicionamento que, ao distinguir entre processos de cognição plena e procedimentos sumários, move-se a partir dos aspectos estruturais do procedimento. Na base deste posicionamento, evidenciam-se particularmente na cultura processual italiana, duas características essenciais dos processos de cognição plena. Em primeiro lugar, o contraditório entre as partes é provocado desde o início e a ordem judicial é proferida após as partes estarem em condição de fazer valer todos os seus argumentos perante o juiz. Em segundo lugar, a lei pré-determina tendencialmente as formas e os prazos em que se desenvolvem as atividades das partes e do juiz, em seguida, sobre seus poderes, deveres e faculdades processuais sob o contorno das alegações pontuadas na demanda, exceções e fatos que constituem os fundamentos, da tipicidade dos meios de prova, da modalidade de admissão da prova em juízo e dos sujeitos, sobre a iniciativa para a assunção da produção da prova, dos limites da defesa das partes nas várias fases do processo. Em outras palavras, o curso do procedimento não é confiado, se não em pequena parte, ao poder discricionário do juiz. Em relação aos processos de cognição plena, os processos sumários se distinguem por divergirem em pelo menos uma das duas características, no sentido de que o provimento judicial final é proferido *inaudita*

*altera parte* ou a orientação do processo é confiada preferencialmente ao poder discricionário do juiz<sup>16</sup>.

Existe um amplo consenso sobre o fato de que esta seja uma descrição verdadeira da atual diferença entre os procedimentos da cognição plena e os procedimentos sumários no ordenamento italiano. É incerto, contudo, o valor normativo deste quadro. Particularmente subsiste um contraste, reavivado no final dos anos 90 do século XX pela introdução explícita na Constituição italiana da reserva de lei em matéria de orientação do desenvolvimento processo (art. 111, §1º, Constituição), relativo à obrigatoriedade constitucional de um alto grau de tipificação legislativa da atividade das partes e do juiz nos processos de cognição plena. Resumindo para o leitor estrangeiro, os termos de um debate muito conhecido no ambiente italiano, nos moldes de uma primeira concepção da reserva legal impõe precisamente que a disciplina dos processos de cognição plena seja tendencialmente pré-determinada pela lei. A essência destes processos é peculiar nestas pré-determinações legais, a única em posição de subtrair a titularidade e o exercício dos poderes das partes à sujeição ao poder discricionário do juiz. Nos moldes de uma segunda concepção, a reserva de lei não exclui, contudo, que a determinação da direção processual possa ser confiada, em uma notável dimensão, ao poder discricionário do juiz. O legislador poderá adotar um esquema formal “caracterizado por flexibilidade, sem uma ordem procedimental rigidamente pré-fixada e um juiz dotado de (uma certa) liberdade na escolha da forma de agir mais adequada na perseguição do resultado<sup>17</sup>, respeitados os limites inderrogáveis do contraditório entre as partes, em condição de igualdade, perante um juiz independente e imparcial.

Sem esconder o fascínio dos valores que a primeira concepção pretende alcançar, não se pode menosprezar que esta olha para um passado repleto de honra e prestígio, mais do que para a linha evolutiva europeia. Em uma perspectiva europeia, ganha particular atenção a ideia de acelerar a tutela jurisdicional através de um processo de cognição plena elástico que confia o desenvolvimento preferível ao caso concreto à determinação discricionária do juiz.

---

<sup>16</sup> Assim, PROTO PISANI, A.. *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002, V, 65 ss.

<sup>17</sup> Assim, CHIARLONI, S.. Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile, in: *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI, M. G. e VERARDI, C. M., Milano, 2000, p. 18.

5. No processo civil estatal dos países europeus há um rito “ordinário”, que é sempre de cognição plena. Basicamente, tem as seguintes características: a) normalmente, cada direito reconhecido pela legislação material pode constituir o objeto do processo; b) o contraditório é disciplinado de modo mais completo e exauriente; c) o seu objetivo principal é estabelecer quem está certo e quem está errado entre as partes, isto é, alcançar a justa composição da controvérsia através da aplicação das normas de direito sob a condução de um juiz. Tendo em consideração os elementos acima, d) o provimento final de mérito é dotado de maior grau de estabilidade no ordenamento a que se refere. As características do rito ordinário a) e c) são tendencialmente uniformes, enquanto as características b) e d), isto é, estrutura do contraditório e extensão do julgado, variam entre diversos ordenamentos.

Considere-se as diferenças referentes à estrutura do contraditório, em relação às quais se coloca a alternativa entre flexibilidade e rigidez.

6. Basicamente, podemos distinguir três modelos de desenvolvimento do processo de cognição de primeiro grau<sup>18</sup>.

O primeiro modelo se aplica na Itália, França, na América do Sul (e se aplicava na Espanha, antes do novo código de 2000). Ele reencontra a própria origem no processo romano canônico e se articula em três fases: uma fase preparatória que inicia com a troca dos atos introdutórios e se conclui com a determinação do objeto da decisão (pedido e exceções) e dos fatos a provar; uma fase instrutória destinada à apuração dos fatos, caracterizada por uma série de audiências; uma fase final que prevê a emanção da decisão.

O segundo modelo é uma estrutura bifásica, típica do clássico processo anglo-americano. Depois da troca dos atos introdutórios, existe uma primeira fase que serve à reunião dos fatos e dos meios de prova necessários para a discussão da causa fase de debate oral que se sucede. A primeira fase não é destinada à informar ao juiz através da apresentação das provas, mas destina-se à informar exclusivamente as partes. Na

---

<sup>18</sup> STÜRNER, R.. *The Principles of Transnational Civil Procedure*, in *Rabels Zeitschrift*, 2005, p. 201 ss., p. 223 ss.

segunda fase, totalmente oral, as partes apresentam ao juiz os fatos, as provas e as suas exposições jurídicas sobre o caso.

O terceiro modelo nasceu e se desenvolveu na Alemanha em um breve período de tempo. Foi determinante uma palestra realizada por Fritz Bauer em 1965 em Berlim, que deu impulso a uma importante experimentação prática (o modelo de Stuttgart, implementado em 1967 por Rolf Bender, presidente das seções do tribunal daquela cidade) e, em seguida, a legislação (a chamada Novela de simplificação, *Vereinfachungsnovelle*, de 1976). Este modelo é centrado sobre uma “audiência principal” na qual a controvérsia vive um momento determinante na perspectiva de sua resolução. Este modelo tem em comum com a segunda, a estrutura de duas fases e reflete a tendência dos sistemas processuais contemporâneos nesta direção, mas se distinguem porque a fase preparatória não serve apenas para informar às partes e permitir-lhes a preparação para a audiência, mas é útil também para informar o juiz e permitir-lhe exercer de imediato (antes da audiência) seus poderes diretivos e probatórios, bem como para antecipar parcialmente a instrução probatória.

A este respeito, é particularmente importante no processo civil alemão o § 273 ZPO, segundo o qual o juiz pode impor a realização de uma série de atividades preparatórias à audiência principal. Entre essas atividades, podemos destacar: a integração ou o esclarecimento das alegações contidas nos atos introdutórios (com a atribuição, se for o caso, de um prazo para esse fim), a exibição dos documentos e a apresentação do objeto de exame, o comparecimento pessoal das partes, e também o comparecimento das testemunhas que as partes relacionaram e dos consultores técnicos, a produção dos documentos e das informações oficiais da administração pública. Somente os aspectos relevantes da controvérsia não esclarecidos nesta fase preparatória são tratados na audiência principal.

Se eu fosse obrigado a identificar em apenas um parágrafo da *Zivilprozessordnung* aquilo que outros tem prestigiado, em uma perspectiva mais ampla no *German Advantage in Civil Procedure*<sup>19</sup>, não hesitaria em indicar o próprio § 273 ZPO. Há, então, um outro aspecto da disciplina do § 273 ZPO a enfatizar, para a notável incidência prática aos fins da concentração da fase preparatória e do sucesso da

---

<sup>19</sup> LANGBEIN, J.. The German Advantage in Civil Procedure, in: *University of Chicago Law Review*, 52 (1985), p. 823 ss.

audiência principal. Como parte da série de providências preparatórias, para as probatórias não são utilizadas normalmente através do procedimento instrutório formal exigido pelo § 358 ZPO, que deve conter a menção detalhada dos temas e capítulos de prova, o esclarecimento da parte que deduz a prova, a indicação dos meios de prova, mas sim, através de uma providência ágil que contém somente uma breve e genérica indicação da questão sujeita à prova.

Neste contexto, a admissão de uma prova testemunhal, por exemplo, pode ser equiparada a uma espécie de interrogatório livre da testemunha, que torna mais difícil qualquer forma de preparação da testemunha por orientação da parte interessada em seu testemunho favorável. No curso da audiência principal o juiz ouve primeiro a parte (da qual é estabelecido quase sempre o comparecimento pessoal) juntamente com o seu advogado e logo depois, apresenta e interroga as testemunhas. Às vezes a testemunha é ouvida uma segunda vez, para apurar eventuais contradições relativas às declarações de outra testemunha.

Finalmente, pode-se assinalar a disciplina das alegações extemporâneas, que emerge do § 296 ZPO, que é caracterizada por uma importante margem de valorização judicial. Nesta disposição, que constitui um dos eixos com os quais a *Vereinfachungsnovelle* foi proposta, o objetivo de acelerar o desenvolvimento do processo de cognição tem relação com a dedução extemporânea dos meios de ataque e de defesa.

Dentro do conceito de “meios de ataque e de defesa” são compreendidas as alegações, as contestações das alegações da contraparte, as exceções de mérito, as deduções instrutórias. Não compreende o pedido principal, o pedido em reconvenção, a modificação e a ampliação do pedido, a solicitação de rejeição do pedido da contraparte: porque esses não são meios de ataque e de defesa, mas constituem-se o próprio ataque e defesa, não podem ser atribuídos à previsão do § 296 ZPO.

O primeiro parágrafo do § 296 ZPO prevê que os meios de ataque e defesa deduzidos extemporaneamente, isto é, após expirar os prazos fixados pelo juiz, somente poderão ser admitidos se não retardar a solução da controvérsia ou se a parte justificar suficientemente os motivos do atraso. O segundo parágrafo do § 296 ZPO se refere aos meios de ataque e de defesa não executados tempestivamente na audiência ( conforme o

§282 ZPO), bem como os meios de ataque e de defesa não comunicados tempestivamente à outra parte antes da audiência (conforme o § 282, II ZPO). Estes podem ser rejeitados, se a sua admissão retardar a solução da controvérsia e a extemporaneidade das alegações for devido a negligência grave. O terceiro parágrafo considera ao final a rejeição das exceções de admissibilidade da ação, observadas somente a pedido da parte, extemporaneamente proposta.

Muitos são os problemas de interpretação relativos à aplicação do § 296 ZPO: em primeiro lugar, a explicação do conceito de atraso na solução da controvérsia. Isso não impediu, contudo, que se delineasse na jurisprudência alemã em matéria de rejeição de alegações extemporâneas uma orientação fundamental, segundo a qual a responsabilização das partes é levada a sério. A rejeição das alegações das partes por extemporaneidade é de aplicação cotidiana. Nestes casos o juiz decide com base nos fatos que não correspondem mais ao estado atual das alegações das partes. A alegação extemporânea é “*schermata*”<sup>20</sup>: o juiz decide com base em uma situação de fato que ele não sabe se corresponde à realidade. O rigor desta aplicação tem sido considerada em vias do princípio constitucionalmente legítimo da *Bundesverfassungsgericht*. O profícuo desenvolvimento de toda esta atividade relativa ao tratamento do processo, bem como aqueles direcionados à composição amigável da controvérsia, é facilitado pelo fato de que o juiz alemão normalmente não trata mais do que duas ou três causas na mesma manhã<sup>21</sup>.

Em síntese, este modelo exige poderes incisivos de gestão da controvérsia sob a condução de um juiz profissional desde o início do processo (*case management*). Isso tem sido adotado não somente no processo civil alemão, mas também, mais recentemente, quanto à estrutura bifásica em que a primeira fase é direcionada a informar o juiz, como no novo processo civil inglês, assim como no novo processo civil espanhol<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Nota da tradução: o termo “*schermata*” utilizado pelo autor não possui tradução literal para o português. Significa que todos os dados estão apresentados, visíveis na tela (*videata*).

<sup>21</sup> Mais numerosa são as causas diante das *Amtsgerichte*, a “*preture*”, que absorve litígios de menor importância.

<sup>22</sup> Uma tentativa de solução compromissória entre estes modelos é realizada pela ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, princípio n. 9.

7. Além da distinção em fases, a gestão do desenvolvimento do processo ordinário de cognição pode ser, então, determinada a partir das seguintes alternativas:

- (a) modelo de tratamento único ou mais modelos de tratamento;
- (b) análise temporal confiado aos prazos legais também na sua duração, ou então, os prazos legais, mas determinados na prática pelo juiz na sua duração, ou finalmente confiada às determinações temporais totalmente elásticas.

8. Em relação a distinção entre um ou mais modelos de tratamento, é oportuno enfatizar que não se trata de uma pluralidade de procedimentos independentes um do outro, mas de uma multiplicidade de modos de tratamento da causa dentro de uma sequência procedimental única. A escolha entre um modelo de tratamento e outro é confiada ao juiz, que adota onde é possível, em colaboração com as partes, e retoma as suas atribuições de direção formal do processo. Esta escolha leva em conta a natureza mais ou menos complexa da controvérsia, que resulta após a troca dos atos introdutórios do autor e da defesa do réu.

É o que ocorre no processo civil inglês, através da escolha entre *small claim track*, *fast track*, *multi track*, no processo civil francês, através da escolha entre *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*, e também no processo civil alemão.

Detendo-se sobre o processo alemão, o juiz pode calibrar desde o início a sequência do processo conforme a complexidade da controvérsia individual (§ 272 ZPO), escolhendo por preceder a audiência principal da fixação da “primeira audiência imediata” (§ 276 ZPO) ou então do procedimento preliminar escrito (§ 276 ZPO). Trata-se de dois modos de tratamento, calibrados conforme a simplicidade/complexidade da controvérsia, dentro de um sequência procedimental única.

Na prática os juízes preferem a segunda direção, porque representa uma vantagem frequentemente decisiva: ao réu é designado um primeiro prazo de duas semanas, simplesmente para manifestar a sua vontade de se defender, e um prazo posterior (mínimo de duas semanas), para apresentar sua defesa. Se o réu não manifesta a vontade de se defender dentro do primeiro prazo, poderá sofrer imediatamente, a partir do requerimento do autor (§ 331, II ZPO), uma sentença à revelia.

Um passo na direção de se confiar ao juiz o poder de escolha entre dois modos diversos de tratamento, segundo a natureza simples ou complexa da controvérsia, tem sido realizado na cultura processual italiana no projeto de código de processo civil redigido por Andrea Proto Pisani<sup>23</sup>.

9. A flexibilidade com que os vários modos de tratamento podem se adaptar às características da controvérsia individual aumenta se levarmos em conta as alternativas (b) acima; se consideramos que o progresso da sequência procedimental pode ser marcada pelos prazos legais, cuja duração é, contudo, fixada em concreto pelo juiz, ou então das determinações temporais totalmente elásticas: por exemplo, o artigo 764 do novo código de processo civil francês, segundo o qual o juiz da *mise en état* fixa gradualmente os prazos necessários para a instrução da causa, de acordo com a natureza, a urgência e a complexidade da mesma, depois de ouvir os advogados; também há algumas previsões do código de processo civil alemão, segundo as quais “a audiência deve ocorrer o mais brevemente possível” (§ 272, III ZPO), ou então: a parte deve afirmar “tempestivamente” os seus meios de ataque e de defesa na audiência (§ 282, I ZPO), assim como, deve comunicar “tempestivamente” à outra parte, antes da audiência, os meios de ataque e de defesa sobre os quais é previsível que esta última não possa se posicionar sem prévia informação ( § 282, II ZPO).

Portanto, confirma-se que a tendência que prevalece na Europa é no sentido de uma orientação bastante flexível do processo de cognição plena, capaz de aderir à natureza simples ou complexa da controvérsia graças ao exercício incisivo dos poderes do *case management* por parte do juiz.

10. Qual é então o critério que permite distinguir entre cognição plena e cognição sumária? A perspectiva europeia sempre sugere adotar um critério que se baseia nem tanto sobre o menor ou maior índice de discricionariedade do juiz na gestão do desenvolvimento do processo, mas mais sobre funções específicas na qual se encontra a tutela sumária, consideração à função de verificação do direito deduzido em juízo própria do processo ordinário. Pode-se assim, inserir os procedimentos que

---

<sup>23</sup> Cfr. PROTO PISANI, A.. Per un nuovo codice di procedura civile, in: *Foro Italiano*, 2009, V, c. 1.

possuem uma disciplina diferente desta última entre os procedimentos de cognição plena ou entre os procedimentos sumários, dependendo do seu destino, prevaleça a função de verificar simplesmente quem tem razão e quem está errado entre as partes ( e neste caso a cognição é plena), ou então, prevalecendo outra função específica (neste caso a cognição é sumária).

Na verdade, a história do direito processual demonstra que a tutela sumária é chamada a satisfazer necessidade específica e adicional relativa a uma verificação do direito deduzido em juízo simplesmente acelerado em relação ao curso do processo ordinário. Uma primeira exigência da tutela sumária é a de evitar o custo do processo de cognição plena, já não indistintamente, porém se o legislador considerar que se perca, ou seja altamente provável que se perca, uma contestação efetiva por parte do devedor e o direito de atuar seja disponível. Uma segunda exigência é de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, quando se requer uma providência urgente, em relação à qualidade do direito em juízo ou a iminência de um perigo de prejuízo irreparável, ou de qualquer maneira grave, também por causa da duração fisiológica do processo de cognição plena. Uma terceira exigência é de evitar que o réu abuse do direito de defesa, já não indistintamente, porém quando o tempo necessário para alcançar a verificação do direito dependa essencialmente da imprescindibilidade probatória do réu<sup>24</sup>.

Por sua vez, as exigências relacionadas à utilização da tutela sumária conciliam os pressupostos de concessão do provimento sumário: não se considera o requisito da prova escrita documental do fato constitutivo no procedimento monitório se não sob o reflexo da economia dos julgamentos; não se considera o *fumus boni iuris* se não sob o reflexo da urgência do provimento; não se considera a delibação de manifesta improcedência da defesa do réu, se não sob o reflexo da exigência de neutralizar o abuso do direito de defesa.

11. Tornando a discorrer sobre o ordenamento italiano, considerando a tendência predominante da Europa, destacou-se sob vários aspectos, até 2014, uma maior rigidez da gestão do processo de cognição plena.

---

<sup>24</sup> PROTO PISANI, A.. Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo), in: *I processi speciali (Studi offerti a V. Andrioli dai suoi allievi)*, Napoli, 1979, p. 309 ss.

Em primeiro lugar, a diversidade entre os tipos de controvérsia não era levada em consideração através da previsão de um poder de escolha do juiz entre vários modelos de tratamento dentro de uma sequência procedimental única (aquela do processo ordinário), porém tendencialmente através de uma previsão legislativa de mais procedimentos autônomos (“ritos especiais”) que complementam o processo ordinário de cognição. Do contrário, o rito ordinário era caracterizado por uma sequência única procedimental, com uma versão suplementar escrita, quase sempre protegida (art. 183, §6º c.p.c.). Uma efetiva pluralidade de modelos se verificava somente na fase decisória (art. 281- *quinquies* e 281 *sexies* c.p.c.). Em segundo lugar, as margens para a determinação discricionária do juiz sobre o desenvolvimento formal do processo era (e é ainda hoje) muito restrito, considerando que o juiz não pode determinar prazos sob pena de decadência, se não for um caso em que a lei expressamente prevê (art. 152 c.p.c.).

Com a entrada em vigor do art. 183-*bis* c.p.c. (Lei n. 162 de 2014), a situação foi parcialmente modificada. Nas causas em que o tribunal julga com composição monocrática, esta nova disposição introduz o poder do juiz de dispor sobre a passagem do rito ordinário ao procedimento sumário de cognição prevista no art. 702-*bis* ss. c.p.c.. Deste modo, na audiência o juiz tem poder de escolha, se não entre mais modelos de tratamento dentro de uma sequência processual única, mas pelo menos entre vários ritos, “avaliada conforme a complexidade da lide e da instrução probatória”.

O procedimento sumário de cognição foi introduzido em 2009, e por um erro sistemático do legislador, foi colocado no quarto livro do código de processo civil. Particularmente, os traços essenciais do procedimento sumário de cognição são os mencionados a seguir. Pode envolver casos em que o tribunal julga em primeira instância com composição monocrática (art. 702- *bis*, §1º c.p.c.). É possível todos os tipos de pedido (mera verificação, condenação, constitutivo). Excetuando-se a forma do recurso para o pedido, a fixação da data da audiência pelo juiz e os prazos menores para comparecer em juízo, a fase introdutória reproduz aquela do rito ordinário (art. 272-*bis* §§ 2-5 c.p.c.). Quanto às características da atividade instrutória, o juiz é chamado a concluir *sic et simpliciter* os atos de instrução relevantes para a verificação do direito, respeitada a garantia constitucional do contraditório (art. 702-*ter*, § 5 c.p.c.). Quanto à estabilidade do provimento final, trata-se da coisa julgada material (art. 702- *quarter*

c.p.c). A matéria é desprovida de qualquer indicação quanto à finalidade específica, as necessidades de tutela que o procedimento sumário é chamado a realizar.

Do conjunto desses elementos já se deduzia em 2009 que deste procedimento constituía-se um procedimento simplificado que, sob a iniciativa do autor, poderia se empregar em via alternativa relativo ao modo de tratamento ordinário da causa subordinado à decisão do tribunal composto monocraticamente, para obter uma verificação mais rápida em relação ao curso do rito ordinário<sup>25</sup>.

As vantagens da reconstrução do procedimento sumário como modelo de tratamento simplificado da causa em relação à cognição plena eram facilmente percebidas. Dialogava com os esforços da teoria e da prática que não se renderam à ideia de uma irremediável ineficiência dos processos de cognição plena, que não se rendeream à ideia de uma generalizada sumarização da justiça civil como única ferramenta processual de aceleração. Entre os esforços da teoria sobre esta matéria, ressalta-se em primeiro lugar, como já analisamos, o projeto de novo código de processo civil redigido por A. Proto Pisano, que sem renunciar a pré-determinação legal das formas e dos prazos, previu um modo de tratamento simplificado para as causas simples<sup>26</sup>. Em segundo lugar, ressalta-se o estudo de D. Coviello, A. Inchino, N. Persico, segundo os quais, a isonomia dos casos supervenientes, a duração média total dos processos é menor para os juízes que trabalham sobre poucos casos tentando resolvê-los, antes de iniciar um novo (tratamento sequencial), em relação aos juízes que trabalham paralelamente em muito casos (tratamento paralelo)<sup>27</sup>. Uma verdade que é todavia percebida no ordenamento alemão, de fato – como se é visto – é a constante manutenção do controle sobre o número de causas confiadas ao juiz singular para permitir-lhe um tratamento tendencialmente sequencial da causa, que encontramos frequentemente na sua definição de “audiência principal”. O procedimento sumário de cognição, na aplicação do princípio da proporcionalidade no emprego de recursos jurisdicionais se perfilava como uma moldura legislativa decorosa pelo desenvolvimento das causas simples.

---

<sup>25</sup> Para esta reconstrução, v. na verdade, CAPONI, R.. Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione, *in: Foro italiano*, 2009, V, 334.

<sup>26</sup> PROTO PISANI, A.. Per un nuovo codice di procedura civile, *in: Foro it.*, 2009, v, 1.

<sup>27</sup> Cfr. COVIELLO, D.; ICHINO, A.; PERSICO, N.. *Giudici in affanno*, <http://www2.dse.unibo.it/ichino/mito13.pdf>.

Do ponto de vista normativo houve, no entanto, um significativo limite: a escolha do procedimento cabia somente ao autor, o juiz poderia preparar a passagem do rito “sumário” ao rito ordinário, mas não vice-versa (se o autor iniciou um processo simples através do rito ordinário). Esta rigidez confirmou os seguintes tradicionais defeitos de preparação do legislador italiano: a)- acreditar que se deve conhecer as diversas necessidades de tratamento e de instrução probatória decorrente do grau de complexidade da controvérsia através de uma previsão legislativa de vários ritos autônomos e distintos entre eles; b)- acreditar que a avaliação destas necessidades deva ser conferidas de forma geral e abstrata pela lei.

Com a entrada em vigor do art. 183-*bis* c.p.c., o legislador italiano inverteu parcialmente a direção da marcha. Alinhado com a experiência europeia, foi confiado ao juiz na primeira audiência, baseada em uma avaliação relacionada ao grau de complexidade da controvérsia demonstrada em concreto, após a troca dos atos introdutórios, a escolha (se não entre os dois modelos de tratamento dentro de um sequência procedimental única, como seria desejável, pelo menos) entre dois ritos.

Ainda é muito cedo para saber se estas mudanças produzirão alguns resultados ou se serão negligenciadas pelas partes, como, infelizmente, é previsível por uma série de razões, as quais deverão ser examinadas em outro ensaio.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

- CANNATA, C.A.. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1971.
- CAPONI, R.. Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione, *in: Foro italiano*, 2009.
- \_\_\_\_\_. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di diritto e procedure civile*, pp. 99-120, 2008.
- CHIARLONI, S.. Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile, *in: Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI, M. G. e VERARDI, C. M., Milano, 2000.
- COVIELLO, D.; ICHINO, A. PERSICO, N.. *Giudici in affanno*, <http://www2.dse.unibo.it/ichino/mito13.pdf>.

- DAMASKA, M. *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991.
- DENTI, V. verbete *Processo*, in *Enc. scienze sociali*, VII, Roma, 1997.
- \_\_\_\_\_. *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, 1989.
- GIULIANI, A. Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: “nuova retorica” e teoria del processo, in: *Sociologia del diritto*, 1986.
- \_\_\_\_\_. L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico), *Riv. dir. proc.*, 1988.
- \_\_\_\_\_. verbete *Prova in genere (filosofia del diritto)*, *Enc. del Dir.*, XXXVII, Milano, 1988.
- GOLDSCHMIDT, J. *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Der Prozess als Rechtslage* (1925), rist., Aalen, 1962.
- JUNOY, J. P.. Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana, in: *Rivista di diritto processuale*, 2007.
- LANGBEIN, J.. The German Advantage in Civil Procedure, in: *University of Chicago Law Review*, 52 (1985).
- NÖRR, K. W., Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale, *Riv. dir. proc.*, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientia iudicat*, München, 1967.
- PICARDI, N. Ricostruisce le alterne fortune del termine *processus*,. verbete *Processo* (dir. moderno), in: *Enc. del Dir.*, XXXVI, Milano, 1987.
- \_\_\_\_\_. verbete *Processo* (dir. moderno), *Enc. del Dir.*, XXXVI, Milano, 1987.
- \_\_\_\_\_. verbete *Codice di procedura civile* (presupposti storici e logici), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, II, Torino, 1988.
- PROTO PISANI, A.. Per un nuovo codice di procedura civile, in: *Foro Italiano*, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)*, in: *I processi speciali (Studi offerti a V. Andrioli dai suoi allievi)*, Napoli, 1979.
- \_\_\_\_\_. Per un nuovo codice di procedura civile, in: *Foro it.*, 2009.
- SCARSELLI, G. *La condanna con riserva*, Milano, 1989.

SCHUPFER, F. *Manuale di storia del diritto italiano*, Città di Castello, 1908.

STÜRNER, R.. *The Principles of Transnational Civil Procedure*, in *Rabels Zeitschrift*, 2005.

TARUFFO, M. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980.

VAN CAENEGEM, R. C.. *The Law of evidence in the Twelfth Century*, in *Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law*, a cura di S. Kuttner e J. J. Ryan, Roma, 1965