

CARLOS FELIPE KOMOROWSKI

**A COGNIÇÃO SUMÁRIA
NO PROCESSO CIVIL**

BACHARELADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Florianópolis, novembro de 1999.

CARLOS FELIPE KOMOROWSKI

**A COGNIÇÃO SUMÁRIA
NO PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues

Florianópolis, novembro de 1999.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu pai, Carlos Jacob Komorowski, exemplo de vida em virtudes e defeitos.

Com muita saudade, orgulho e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que contribuíram para que essa etapa da minha vida fosse vencida, em especial:

À Sayonara Dutra, pelo prazer de tê-la como namorada, pelo amor, o incentivo e, especialmente, por me fazer uma pessoa melhor.

À minha mãe, Sônia, aos irmãos, Fernando e Fábio, além da Fabiana e dos pequenos sobrinhos Vinícius e Victória, pelo apoio em todos os momentos.

Aos meus avós, por tudo que me ensinaram, principalmente pelos exemplos de caráter e união, fundamentais na formação da minha personalidade.

Ao professor doutor Horácio Wanderlei Rodrigues, cuja orientação foi decisiva para o aperfeiçoamento desta pesquisa.

EPÍGRAFE

“De tanto ver triunfar as nulidades,
De tanto ver crescer as injustiças,
De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus.
O homem chega a desanimar-se da virtude,
A rir-se da honra,
A ter vergonha de ser honesto.”
(Rui Barbosa)

RESUMO

A presente monografia ocupa-se da cognição sumária, que consiste numa modalidade de cognição menos aprofundada, típica da decisão de medidas liminares e do processo cautelar.

A cognição, entendida como atividade intelectual desempenhada pelo juiz na avaliação e valoração das razões e das provas apresentadas pelas partes, é estudada mediante a divisão em dois planos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal a cognição pode ser plena ou limitada (parcial), conforme a existência ou não de limitação das matérias passíveis de serem deduzidas pelas partes e conhecidas pelo juiz. No plano vertical a cognição é classificada em exauriente, sumária, superficial e rarefeita, em relação com a profundidade da atividade de conhecimento.

Da combinação dessas modalidades de cognição pode-se criar procedimentos diferenciados, ajustados às características das mais diversas pretensões e conflitos de interesses.

Enquanto alguns processualistas defendem que há cognição sumária quando a decisão por ela originada é proferida em momento processual marcado por restrições à instrução probatória e ao contraditório, nesta monografia propõe-se como melhor critério para a distinção entre a cognição sumária e as demais modalidades conhecidas no plano vertical, o critério do grau de convencimento do juiz para a outorga da tutela requerida, ou seja, do resultado pretendido pela atividade de conhecimento.

Dessa forma, a cognição sumária é identificada por produzir na consciência do magistrado juízos de probabilidade e credibilidade do direito afirmado pela parte, chamado também de *fumus boni iuris*.

Mediante o estudo das exigências feitas pela lei e pela doutrina para a concessão da tutela antecipada e do mandado monitório conclui-se que, contrariamente ao que afirmam os processualistas, não há cognição sumária nessas hipóteses, uma vez que o resultado por ela produzido, o *fumus boni iuris*, é insuficiente para legitimar a outorga dessas medidas. Com isso, o legislador criou uma nova modalidade de cognição no plano vertical, que deve conduzir o magistrado a um elevado grau de convencimento, muito próximo ao da decisão do mérito do processo, por isso pode-se denominá-la cognição semi-exauriente, a qual deverá produzir um juízo de elevada probabilidade do direito afirmado.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| <hr/> | |
| 1. JURISDIÇÃO | |
| <hr/> | |
| 1.1. TEORIA GERAL DO ESTADO | 4 |
| 1.1.1. A ORIGEM DO ESTADO E O CONTRATUALISMO | 4 |
| 1.1.2. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO | 5 |
| 1.1.3. A SEPARAÇÃO DE PODERES | 7 |
| 1.2. JURISDIÇÃO | 8 |
| 1.2.1. ORIGEM, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS | 8 |
| 1.2.2. OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO | 11 |
| <hr/> | |
| 2. AÇÃO | |
| <hr/> | |
| 2.1. ORIGEM, TEORIAS E CONCEITOS | 15 |
| 2.1.1. TEORIA CIVILISTA, CLÁSSICA OU IMANENTISTA DA AÇÃO | 15 |
| 2.1.2. TEORIA DO DIREITO CONCRETO DE AÇÃO | 16 |
| 2.1.3. TEORIA DO DIREITO ABSTRATO DE AÇÃO | 17 |
| 2.1.4. TEORIA ECLÉTICA DA AÇÃO | 17 |
| 2.2. A AÇÃO COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO | 19 |
| 2.3. AÇÃO E DIREITO MATERIAL | 20 |
| 2.3.1. PRETENSÃO | 20 |
| 2.3.2. AÇÃO DE DIREITO MATERIAL | 21 |
| <hr/> | |
| 3. PROCESSO | |
| <hr/> | |
| 3.1. FASES DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL | 23 |
| 3.1.1. O SINCRETISMO | 23 |
| 3.1.2. FASE AUTONOMISTA OU CONCEITUAL | 24 |
| 3.1.3. FASE INSTRUMENTALISTA | 25 |
| <hr/> | |
| 4. COGNICÃO | |
| <hr/> | |
| 4.1. A COGNICÃO COMO TÉCNICA PROCESSUAL | 32 |

| | |
|--|-----------|
| 4.2. ORIGEM | 34 |
| 4.3. CONCEITO DE COGNIÇÃO | 35 |
| 4.4. OBJETO DA COGNIÇÃO | 35 |
| 4.5. OS PLANOS DA COGNIÇÃO | 36 |
| 4.6. COMBINAÇÃO DAS MODALIDADES DE COGNIÇÃO PARA A CONCEPÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIFERENCIADOS | 37 |
| 4.7. COGNIÇÃO, PROCEDIMENTO E CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL | 42 |

5. COGNIÇÃO SUMÁRIA

| | |
|---|-----------|
| 5.1. ORIGEM | 46 |
| 5.2. LIMITES DA COGNIÇÃO SUMÁRIA | 47 |
| 5.3. SUMARIEDADE MATERIAL E SUMARIEDADE FORMAL | 52 |
| 5.4. TUTELA JURISDICIONAL | 53 |
| 5.5. COGNIÇÃO E TUTELAS JURISDICIONAIS DIFERENCIADAS | 55 |

6. APLICAÇÕES DA COGNIÇÃO SUMÁRIA

| | |
|---|-----------|
| 6.1. COGNIÇÃO SUMÁRIA E TUTELA CAUTELAR | 58 |
| 6.1.1. FUNÇÃO DA TUTELA CAUTELAR | 58 |
| 6.1.2. A COGNIÇÃO NA TUTELA CAUTELAR | 59 |
| 6.1.3. COISA JULGADA E COGNIÇÃO SUMÁRIA | 62 |
| 6.2. COGNIÇÃO SUMÁRIA E TUTELA ANTECIPADA | 63 |
| 6.2.1. TUTELA ANTECIPADA: ORIGEM E CARACTERÍSTICAS | 63 |
| 6.2.2. ADEQUAÇÃO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO | 64 |
| 6.2.3. EFICÁCIAS ANTECIPÁVEIS | 65 |
| 6.2.4. CASOS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA | 67 |
| 6.2.5. PROVA INEQUÍVOCA, VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E COGNIÇÃO SUMÁRIA | 69 |
| 6.3. COGNIÇÃO SUMÁRIA E AÇÃO MONITÓRIA | 73 |
| 6.3.1. AÇÃO MONITÓRIA: ORIGEM E CARACTERÍSTICAS | 73 |
| 6.3.2. A PROVA NA AÇÃO MONITÓRIA | 75 |
| 6.3.3. A COGNIÇÃO NA AÇÃO MONITÓRIA | 76 |

CONSIDERAÇÕES FINAIS

86

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

90

INTRODUÇÃO

A cognição sumária é o tema desta monografia. E o objetivo é demonstrar as aplicações dessa modalidade de cognição no processo civil brasileiro, com destaque para a ação monitória e as tutelas jurisdicionais de urgência nas espécies cautelar e antecipatória.

Não se deve identificar a cognição sumária como a atividade de conhecimento no procedimento sumário, disciplinado nos artigos 275 a 281 do Código de Processo Civil. Nele há sumariedade formal (supressão de atos e redução de prazos), o que não interfere na determinação da modalidade de cognição, tanto que no procedimento sumário a atividade cognitiva do juiz é plena e exauriente, como se verá no Capítulo 5.

A boa compreensão do papel desempenhado pela cognição sumária no processo civil nacional exige a prévia demonstração da “técnica da cognição”, por intermédio da qual o legislador concebe diferentes modalidades de cognição que, por sua vez, irão compor procedimentos ou fases de procedimentos diferenciados.

A técnica da cognição representa uma importante ferramenta à disposição do legislador para a concepção de procedimentos diferenciados, ajustados à natureza das pretensões de direito material e às situações extraordinárias as quais os direitos com frequência estão expostos.

Mediante a manipulação dos planos da cognição, o legislador pode criar procedimentos diferenciados, menos rígidos que o procedimento comum, reduzindo as exigências de certeza e verdade do julgamento e impondo limitações à amplitude do debate das partes e à profundidade do conhecimento das matérias permitidas.

Esses procedimentos são concebidos para serem mais céleres e, com isso, propiciarem a outorga da tutela jurisdicional em tempo menor do que o usual, contribuindo para a efetividade do processo e atendendo, dessa forma, às exigências da sociedade de massa contemporânea.

A demora na prestação jurisdicional motiva, já há algumas décadas, ataques e críticas cotidianas ao aparelho judiciário. O enorme lapso de tempo no qual se desenvolvem os processos judiciais resulta em prejuízo aos jurisdicionados, na medida em que a vitória no processo tem sua utilidade reduzida pelos desgastes propiciados pela pendência da lide.

A efetiva proteção e satisfação dos direitos exige que entre o ajuizamento da ação e as transformações no mundo físico operadas pela tutela jurisdicional medeie o mínimo tempo necessário à realização dos atos imprescindíveis à observância dos princípios do contraditório e ampla defesa.

A demora reduz a utilidade da tutela jurisdicional. Entre a celeridade do processo, fator primordial para a sua efetividade, e o tempo que se impõe ao exaurimento do debate entre as partes, circunstância legitimadora das decisões, equilibra-se o legislador na concepção de procedimentos diferenciados.

A técnica da cognição sumária representa um meio de harmonizar essas exigências conflitantes, por autorizar julgamentos fundados na aparência do direito afirmado, obtida pela análise de provas circunstanciais, que são produzidas de maneira mais célere do que as exigidas para um julgamento destinado a declarar o direito das partes, podendo mesmo limitar-se às provas juntadas pelo autor na inicial, como se dá habitualmente nas medidas liminares requeridas em ações cautelares.

As críticas à demora na prestação jurisdicional conduziram os processualistas a revisitarem os institutos tradicionais do processo no objetivo de ajustá-los às novas características e exigências da sociedade atual. Movimento que culminou nas recentes microreformas do Código de Processo Civil, entre elas as que introduziram as tutelas antecipatória e monitória, ambas apoiadas, segundo a doutrina, na técnica da cognição sumária.

Por isso, a pesquisa inicia expondo alguns resultados dessa revisão dos institutos fundamentais da ciência processual: a jurisdição, a ação e o processo. Para, no momento seguinte, apresentar a técnica da cognição e as principais aplicações da cognição sumária no processo civil brasileiro.

Nesse mister, utilizar-se-á as lições de renomados juristas para estabelecer as características gerais das matérias versadas, a partir das quais serão analisadas as modalidades de cognição nas ações cautelar e monitória e na tutela antecipatória.

Os três primeiros capítulos são destinados à jurisdição, à ação e ao processo, respectivamente.

No Capítulo 1 apresenta-se a influência da Teoria do Estado sobre a jurisdição, situando-a como atividade tipicamente estatal, tanto que compõe um dos poderes do Estado. Estabelecida a origem da jurisdição, passa-se a trabalhar o seu conceito, expondo a teoria dominante na doutrina nacional, formulada por Giuseppe Chiovenda. A seguir são

estabelecidos os escopos da jurisdição, divididos em três categorias: escopos sociais, políticos e jurídico, com destaque para a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco.

O Capítulo 2 é dedicado à ação. Inicia pelas teorias da ação: civilista, direito concreto, direito abstrato e eclética. São expendidas críticas a alguns aspectos da teoria eclética, adotada pelo legislador no Código de Processo Civil. Encerrando com a relação entre direito e processo, mediante o estudo das categorias da pretensão e da ação de direito material.

O processo é objeto do Capítulo 3. São expostos o conceito e as fases de desenvolvimento do processo: sincretista, autonomista e instrumentalista. Nessa última, destaca-se a pesquisa sobre os aspectos negativo e positivo da instrumentalidade, com vistas à efetividade do processo.

No Capítulo 4 apresenta-se a “teoria da cognição”: origem, conceito, objeto e espécies, além da aplicação da técnica da cognição na concepção de procedimentos diferenciados, obtidos pela manipulação dos planos vertical e horizontal. Tudo com base no escólio de Kazuo Watanabe.

À cognição sumária é dedicado o Capítulo 5. Mostra-se a origem, o conceito e os limites da cognição sumária, a diferença entre sumariedade material e sumariedade formal e a importância da cognição no estabelecimento de tutelas jurisdicionais diferenciadas, principalmente por intermédio da cognição sumária. No subitem destinado aos limites da cognição sumária classifica-se os resultados pretendidos pela utilização de cada espécie de cognição, apresentando-se ao final, quadros demonstrativos da relação entre as modalidades de cognição e os seus resultados.

A pesquisa encerra no Capítulo 6, expondo-se algumas aplicações da cognição sumária no processo civil nacional. A primeira delas se dá na tutela cautelar, o local por excelência da cognição sumária, fundamental, portanto, para a sua compreensão. Na seqüência trata-se da tutela antecipada e da ação monitória, uma vez que a doutrina nacional e estrangeira afirmam pacificamente que consistem em procedimentos ordenados pela cognição sumária. Entretanto, pretende-se demonstrar que o legislador ultrapassou os limites da cognição sumária ao instituir esses procedimentos, criando, dessa forma, uma nova modalidade de cognição, mais exigente que a cognição sumária e pouco menos do que a exauriente.

1. JURISDIÇÃO

1.1. Teoria geral do Estado

No centro da teoria do processo está a jurisdição¹, e, sendo esta uma manifestação do poder estatal, a correta compreensão da função jurisdicional deve iniciar pela Teoria Geral do Estado, a qual apresentou as primeiras definições e características da jurisdição, a partir de uma análise mais histórica e política do que propriamente jurídica. Esse entendimento é corroborado por Luiz Guilherme Marinoni (1993 : 16) nos seguintes termos: “a teoria do processo é marcada pela noção de Estado própria de um determinado momento histórico. A teoria do processo tem como seu instituto fundamental a jurisdição. Daí a importância da teoria geral do Estado para o correto desenho dos institutos processuais”.

1.1.1. A origem do Estado e o Contratualismo

O termo *Estado*, do latim *status* (estar firme), surgiu em 1513, na obra “O Príncipe”, de Maquiavel. Dalmo de Abreu Dallari, que conceitua o Estado como a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (1995 : 101), classifica em três grupos as teorias sobre a época de aparecimento do Estado. Para a primeira, o Estado, assim como a sociedade, sempre existiu, pois “desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo” (DALLARI, 1995 : 44). A segunda corrente, por sua vez, entende como Estado apenas a sociedade política dotada de características muito bem definidas, que somente apareceu no século XVII. Já a teoria predominante sustenta que o Estado se formou após a sociedade, para atender às necessidades ou às conveniências dos agrupamentos sociais, sem haver um momento único para sua formação, pois dependia da presença de condições favoráveis em cada grupo social.

Quanto à formação originária do Estado, algumas teorias defendem ter sido uma consequência natural ou espontânea da vida do homem em sociedade, enquanto outras postulam a sua formação contratual.

Thomas Hobbes foi o primeiro a sistematizar o contratualismo, sobretudo no “Leviatã”, sua obra mais difundida, publicada em 1651. Para Hobbes, o homem vivia

¹ Maiores informações em *A instrumentalidade do processo*, de Cândido R. Dinamarco, p. 77 e seguintes.

inicialmente em “estado de natureza”², entretanto, como ser racional que é, descobriu as regras a serem observadas para superar esse estágio primitivo, celebrando o contrato social. Porém, a preservação desse novo modo de vida dependia da existência de um poder visível, obrigando o cumprimento das regras estabelecidas no contrato. “Esse poder visível é o Estado, um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa” (DALLARI, 1995 : 11). Hobbes entendia que o poder estatal deveria ser exercido individualmente pelo soberano, ao qual estavam submetidas todas as pessoas, reduzidas à condição de súditas.

Locke e Montesquieu, também adeptos do contratualismo, reagiram às idéias absolutistas de Hobbes, mas foi com Rousseau, que o contratualismo adquiriu sua feição definitiva, especialmente na obra “O contrato social”, de 1762.

Para Rousseau o fundamento da sociedade está na vontade dos homens, os quais elegeram a liberdade e a força como instrumentos fundamentais de sua conservação. No objetivo de conciliar esses valores firmaram o Contrato Social, abdicando de uma parcela da sua autonomia em benefício da proteção à integridade física e patrimonial que deveria ser prestada pelo Estado.

Apesar do contratualismo, atualmente, ser considerado uma justificativa filosófica e não histórica da origem do Estado, o fato é que os seus princípios exercem grande influência na idéia contemporânea de democracia. Nesse sentido a lição de Dallari (1995 : 14):

... várias das idéias que constituem a base do pensamento de Rousseau são hoje consideradas fundamentos da democracia. É o que se dá, por exemplo, com a afirmação da predominância da vontade popular, com o reconhecimento de uma liberdade natural e com a busca de igualdade, que se reflete, inclusive, na aceitação da vontade da maioria como critério para obrigar o todo, o que só se justifica se for acolhido o princípio de que todos os homens são iguais.

1.1.2. Estado de Direito e Estado Democrático de Direito

A noção moderna de Estado Democrático surgiu no século XVIII, e tem por fundamento o governo do povo, como se infere da própria etimologia do termo *democracia* (*demo*= povo e *cracia*= poder).

² No estado de natureza, o homem é eminentemente egoísta, perverso e violento, gerando um permanente “estado de guerra de todos contra todos” (*apud*, DALLARI, 1995 : 10). Designando-se por estado de natureza “não só os estágios mais primitivos da História mas, também, a situação de desordem que se verifica sempre que os homens não têm suas ações reprimidas, ou pela voz da razão ou pela presença de instituições políticas eficientes.” (DALLARI, 1995 : 10).

A moderna democracia tem por antecedente mais remoto àquela praticada na Grécia Antiga, entretanto, dela diverge fundamentalmente na definição do povo que deveria governar. Aristóteles, o principal expoente da democracia grega, defendeu em “A Política”, que os cidadãos reunidos em assembleia deveriam estabelecer os rumos da cidade, porém, somente intitulava “cidadãos” aqueles que não necessitassem trabalhar para viver, pois, os trabalhadores não teriam tempo de se dedicarem à prática da virtude política como ela exigia.

Essa idéia de cidadão não teve aplicação no século XVIII, porque era a classe burguesa, composta principalmente por comerciantes e industriais, que insuflava a luta contra o poder absolutista dos monarcas, visando instituir um Estado no qual fossem respeitados os direitos fundamentais do homem, principalmente a liberdade. Não se tratava exatamente de uma causa idealista ou filantrópica, como sugerem a frase anterior e os livros de história, mas de uma “mera” luta pelo poder. Uma vez vitoriosos, os burgueses agregariam o poder político ao poder econômico, contra o qual os nobres não podiam mais se opor porque as revoluções comercial e industrial haviam enriquecido a classe burguesa, a tal ponto que concentrava maiores recursos financeiros do que os decadentes fidalgos. Assim, os comerciantes, industriais e demais membros da burguesia não estariam mais sujeitos à ingerência do Estado nos seus negócios.

Nesse período, três grandes movimentos sociais e políticos provocaram a transposição da teoria para a prática dos princípios do Estado Democrático, são eles: a) a aprovação do *Bill of Rights*, em 1689, pelo qual se ratificou a Declaração Inglesa de Direitos e afirmou-se a supremacia do Parlamento sobre o Rei; b) a Revolução Americana, de 1776, consolidada na Declaração de Independência das treze colônias; c) e a Revolução Francesa, que deixou como legado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Após esses movimentos os Estados foram organizados sobre o fundamento da participação do povo na formação e atuação do governo, era o chamado Estado de Direito, cujas características básicas eram a submissão ao império da lei, a separação de poderes, a supremacia da vontade popular, a garantia dos direitos fundamentais e a preservação da liberdade, “entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado” (DALLARI, 1995 : 128).

A falência do Estado de Direito deu-se, justamente, por essa liberdade descompromissada com outros ideais, como a fraternidade e a solidariedade (apesar destes três elementos comporem o lema da Revolução Francesa). A igualdade de todos perante a lei

foi incapaz de construir uma sociedade na qual os cidadãos tivessem iguais oportunidades concretas e não apenas os mesmos direitos formalmente previstos no ordenamento.

Desde que se pretenda construir uma sociedade realmente igualitária, as diferenças entre as pessoas devem ser consideradas pelo Estado no exercício das suas funções, provendo meios através de leis, de políticas públicas e do adequado exercício da jurisdição, para a redução dessas desigualdades, principalmente no plano substancial e não somente formal.

Segundo José Afonso da Silva (1997 : 116), “o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social”.

Para corrigir suas deficiências originais o Estado de Direito evoluiu para **Estado Democrático de Direito**, gravado com a missão de realizar a justiça social, a partir de “uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação* nos *rendimentos da produção*.” (SILVA, 1997 : 119).

Esses princípios foram consagrados na Constituição Federal de 1988, que logo no artigo 1º constituiu a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, que tem por objetivo maior promover o bem de todos numa sociedade livre justa e solidária, em que o poder emana do povo e em seu proveito deve ser exercido, garantida a participação de todos no processo decisório e de escolha das vontades públicas.

Como resultado dessa evolução, chega-se aos três princípios básicos do Estado contemporâneo, segundo Horácio Wanderlei Rodrigues (1994 : 21):

- (a) o compromisso concreto com sua função social, representada na justiça social, parâmetro hodierno da expressão bem comum. Inclui essa o acesso aos bens materiais e imateriais necessários à plena realização da pessoa humana; (b) o caráter intervencionista, necessário à consecução desse seu objetivo maior; e (c) a estruturação através de uma ordem jurídica legítima, que respeite a liberdade (pluralismo) e garanta efetivamente a participação.

1.1.3. A separação de poderes

Todo grupo social é dotado de poder, portanto o Estado, o grupo social máximo, também tem o seu poder, o poder político ou estatal, que é uno, indivisível e indelegável.

Segundo Dallari (1995 : 182), as primeiras linhas da teoria da separação de poderes foram escritas por Aristóteles, entretanto, não se buscou na sua obra a inspiração para a

moderna concepção da separação de poderes, que foi construída acompanhando o desenvolvimento do Estado e os grandes movimentos político-sociais.

Apesar dos estudos preliminares de Maquiavel e Locke, foi Montesquieu quem sistematizou a teoria da separação de poderes, a qual passou a ser concebida como um sistema em que se ordenam o legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes entre si, que viria a ser adotado na maioria das constituições modernas, inclusive na Constituição Federal de 1988.

A separação de poderes tem por objetivo principal assegurar a liberdade individual, na medida em que distribui as funções públicas entre três poderes a serem exercidos por órgãos distintos, impedindo a concentração e o exercício arbitrário do poder estatal por um único governante. Enquanto o objetivo secundário, que ganhou corpo somente no final do século XIX, consiste em aumentar a eficiência do Estado pela distribuição de suas funções a órgãos especializados.

1.2. Jurisdição

1.2.1. Origem, conceito e características

A atividade jurisdicional surge no momento histórico em que o Estado ganha foros de órgão máximo de direção e controle social, sobrepujando os cânones religiosos, regras gerais e especiais, que até então determinavam o comportamento dos homens em sociedade.

Nos primórdios, “o direito, antes de ser monopólio do Estado, era uma manifestação das leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos sacerdotes. O Estado não o produzia sob a forma de normas abstratas reguladoras da conduta humana.” (BAPTISTA DA SILVA, 1991 : 17). Por isso a aplicação dessas leis pelos sacerdotes não era considerada verdadeira jurisdição.

“O fato inegável é que o direito da autoridade política de julgar em última instância as disputas e conflitos entre os cidadãos consolida-se com o desenvolvimento da forma moderna de Estado, a começar lentamente na Baixa Idade Média, com a progressiva centralização monárquica e nacional da Europa Ocidental” (LOPES, 1996 : 247).

Nos Estados Nacionais, dos séculos XVI a XVIII, a sociedade era rigidamente estratificada em classes e corporações, o que impedia a universalização do direito de julgar uniformemente, resultando num complexo conjunto de órgãos decisórios e regras típicas para

cada categoria, assim o rei não podia julgar a todos igualmente, pois cada classe possuía um direito próprio (LOPES, 1996 : 256).

O triunfo do Estado liberal trouxe consigo a perspectiva de universalização da cidadania: todos são iguais perante a lei, e a lei será uma só para todos. A partir daí todos os conflitos podiam ser universalmente submetidos a um único sistema de tribunais, com um único sistema de regras procedimentais desenvolvidas pouco a pouco. A legitimidade para julgar universalizou-se no Estado. Do ponto de vista da justificativa filosófica das luzes, da racionalidade universal, da igualdade de todos, da forma republicana, ou liberal ou democrática do Estado (LOPES, 1996 : 256).

A jurisdição está indissociavelmente ligada à noção de Estado Democrático de Direito³ e o princípio da separação de poderes induz a necessidade de se conceituar a jurisdição, pois somente estabelecendo claramente os limites da função jurisdicional pode-se impedir a absorção de suas competências pelos demais poderes, dando-se, assim, efetivo cumprimento à regra esculpida no artigo 2º da Constituição Federal, preservando a independência e a convivência harmônica entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A doutrina de maior aceitação sobre a jurisdição foi enunciada pelo processualista italiano Giuseppe Chiovenda, para quem a função jurisdicional surgiu, não em virtude do contrato social, mas pela natural expansão da organização política e das finalidades do Estado, restringindo cada vez mais o campo da autotutela, fenômeno freqüente nas sociedades primitivas nas quais os indivíduos impunham a observância e o respeito aos seus direitos independentemente do auxílio de um poder público - não como o entendemos atualmente, mas personificado nos líderes das tribos, sacerdotes e imperadores.

A evolução do Estado, simultânea à evolução cultural do homem, representada principalmente pela popularização da escrita, provocou a edição de normas sempre mais numerosas e precisas, a regularem as relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado (CHIOVENDA, 1998a : 57).

Com base nessa profusão legislativa **Chiovenda conceitua a jurisdição como o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto**. O Estado moderno “considera como

³ Adotada expressamente pelo Estado brasileiro na Constituição Federal de 1988, como ressaltou o constituinte logo no preâmbulo da Carta Magna: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

função essencial própria a administração da justiça; é exclusivamente seu o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto” (1998a : 57).

A principal característica da jurisdição, segundo Chiovenda, é a **substituição da atividade das partes da relação jurídica material** pela atividade estatal, seja no afirmar ou negar a vontade concreta da lei ou em exigir, através de atos executivos, o cumprimento da ordem emanada na sentença:

Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva. (CHIOVENDA, 1998b : 8)

A jurisdição, portanto, não se limita à função de dizer o direito. No processo de execução também há jurisdição, porque o escopo de atuar a vontade concreta da lei nas pretensões condenatórias julgadas procedentes em que o réu não realiza voluntariamente a prestação a que foi condenado, somente é atingido se o Estado se interpuser entre as partes e realizar as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo da sentença.

O objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade de lei que eles *estimam* existente como vontade concreta, à vista dos fatos que *consideram* como existentes. A atividade dos juízes dirige-se, pois, necessariamente a dois distintos objetos: exame da *norma* como vontade *abstrata* de lei (questão de *direito*), exame dos *fatos* que transformam em *concreta* a vontade da lei (questão de *fato*). Para chegarem a esse resultado, os órgãos jurisdicionais procedem mediante a substituição da atividade alheia pela própria: seja da atividade intelectual (que, na sentença, se substitui à atividade das partes e de todos no afirmar ou negar a existência de uma vontade concreta de lei), seja da atividade material, que na execução tende, em lugar do devedor, a procurar de fato para o titular do direito o bem que a lei lhe garante.

Também a verificação da vontade da lei faz parte da atuação dessa vontade; porque toda vontade que tende à atuação, começa pela manifestação exterior e formal de si própria. De outra parte, também a execução se inclui na jurisdição, constituindo o complemento necessário da atuação da vontade da lei, que é o escopo da jurisdição e do processo civil (CHIOVENDA, 1998a : 59/60).

Para demonstrar a adesão dos processualistas brasileiros à doutrina de Chiovenda, defendendo que a atividade judicial tem por objetivo a formulação e atuação do direito objetivo, apresenta-se, por todos, a lição de José Carlos Barbosa Moreira (1997 : 3):

O exercício da função jurisdicional visa à *formulação* e à *atuação prática* da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação. Ao primeiro aspecto dessa atividade (*formulação* da norma jurídica concreta) corresponde o *processo de conhecimento* ou de

cognição; ao segundo aspecto (*atuação prática* da norma jurídica concreta), o *processo de execução*.

1.2.2. Os escopos da jurisdição

Cândido Rangel Dinamarco dedicou a segunda parte do seu “A instrumentalidade do processo” ao trato dos escopos da jurisdição, dividindo-os em escopos sociais, políticos e jurídico.

Para Dinamarco a jurisdição é o principal instituto do direito processual, à frente do processo e da ação⁴, e é exercida principalmente para dirimir os conflitos sociais, não entendidos esses como o “conflito de interesses”, ponto central da teoria da lide exposta por Carnelutti, mas como “a situação objetiva caracterizada por uma aspiração e seu estado de não-satisfação, independentemente de haver ou não *interesses* contrapostos. De tão amplo, esse conceito abrange os casos em que inexistente lide (no puro sentido carneluttiano) e não se expõe às críticas dirigidas ao sistema centrado nesta” (DINAMARCO, 1993 : 116).

Há uma forte tendência em superar a doutrina de Carnelutti que elegeu o conflito de interesses como a base do ordenamento jurídico. Esse movimento iniciou com a conscientização de que o direito não existe somente para dirimir os conflitos entre as pessoas mas, principalmente, para evitá-los. É o predomínio da função preventiva sobre a reparadora. Como aponta Vicente Greco Filho (1996 : 12): “imaginar ou definir conflito de interesses, como divergência concreta, luta, debate em ato, é restringir demais a atuação do direito e, como veremos adiante, do processo, tornando inexplicáveis fenômenos como, por exemplo, o da jurisdição voluntária e o próprio processo penal”.

Em substituição ao conflito de interesses é mais adequado “falar em ‘convergência de interesses’ sobre os bens, sendo o direito o instrumento de regulação dessas convergências, consideradas pelas normas jurídicas como necessariamente existentes, gerando conflitos, reais ou hipotéticos, virtuais” (GRECO FILHO, 1996 : 13).

Dinamarco defende que a jurisdição é indispensável à própria subsistência do Estado e à sua força imperativa sobre as pessoas, porque através da jurisdição o Estado impõe o seu direito objetivo. “Não fosse a jurisdição institucionalizada, perderia sentido o ordenamento jurídico estatal como fonte autoritativa de regras de convivência e perderia sentido o próprio Estado que o instituiu e que, para coesão do grupo, tem a estrita necessidade da preservação do ordenamento” (1993 : 153).

⁴ Vide conclusão nº 24, em *A instrumentalidade do processo*, 1993, p. 314.

Os conflitos sociais são inevitáveis, “constituindo fatores de desagregação e, portanto, obstáculos à consecução do fim último do Estado. Removê-los, remediá-los, sancioná-los, é pois um serviço, ou seja, uma função de extrema relevância social” (DINAMARCO, 1993 : 116-7).

1.2.2.1 Escopos sociais

O principal escopo social é a **pacificação com justiça**. Tanto o direito objetivo quanto o processo estão voltados à pacificação de conflitos.

A vida em sociedade gera inúmeras insatisfações (sentimento de carência), uma vez que os interesses das pessoas são literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem. “São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade.” (DINAMARCO, 1993 : 160).

Entretanto, não é qualquer decisão que dá cumprimento à função pacificadora, mas as decisões fundadas na *justiça*. “*Eliminar conflitos mediante critérios justos* – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.” (DINAMARCO, 1993 : 161).

O outro escopo social da jurisdição é a **educação**. Um escopo instrumental do processo, com a finalidade de incentivar as pessoas a levarem suas insatisfações à solução pelo Poder Judiciário.

Outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros desta para direitos e obrigações. Na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios (DINAMARCO, 1993 : 162).

1.2.2.2. Escopos políticos

Para Dinamarco a expressão “atuar a vontade concreta da lei”, não é suficiente, pela sua imprecisão, para indicar a função política que o Estado confia aos juízes. Postular a aplicação do direito aos casos concretos revela o comprometimento com a tradicional herança românica de conferir todos os direitos ao sujeito, desconsiderando seu papel e responsabilidade como membro de uma coletividade. Com base nessa inspiração social, sintetiza os escopos políticos da jurisdição na afirmação do poder estatal, na garantia da liberdade e no estímulo à participação dos indivíduos nos rumos do Estado.

São, fundamentalmente, três aspectos a considerar:

Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitado e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política. *Poder* (autoridade) e *liberdade* são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; *participação* é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois, a função jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições (DINAMARCO, 1993 : 168).

A jurisdição constitucional das liberdades, um conjunto de meios postos à disposição dos cidadãos para a tutela dos direitos e garantias fundamentais, ocupa uma posição de destaque na efetiva observância dos escopos políticos da jurisdição, pois, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular e a ação civil pública, são os melhores instrumentos à mão dos jurisdicionados para se oporem judicialmente ao exercício arbitrário da autoridade estatal.

1.2.2.3. Escopo jurídico

Dinamarco é adepto da teoria dualista do ordenamento jurídico, representada pela fórmula “atuação da vontade concreta da lei”, em oposição à teoria unitária sintetizada na expressão “justa composição da lide”.

Para a teoria dualista o direito material é um sistema suficiente em si mesmo para a criação de direitos e obrigações, desde a ocorrência dos fatos previstos na norma, independentemente da atuação do direito processual, enquanto a teoria unitária postula a indeclinável participação do processo no estabelecimento das relações jurídicas. O autor manifesta seu pensamento nos seguintes termos:

Excluída a integração do sistema processual no labor da criação das situações jurídicas de direito material e tendo-se por demonstrada a tese dualista do ordenamento jurídico, chega-se com naturalidade ao reconhecimento de que o escopo jurídico da jurisdição não é a ‘composição’ das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação. O escopo de ‘atuação da vontade concreta da lei’ é tão intimamente ligado à tese dualista, que por expressivos defensores desta fórmula assim construída tem sido

apontada também como uma das características fundamentais da própria jurisdição (ao lado do caráter substitutivo) (DINAMARCO, 1993 : 209).

Portanto, o escopo jurídico da jurisdição consiste na atuação prática da vontade do direito preexistente. Nos casos em que uma determinada utilidade não é obtida através da espontânea atividade dos interessados, surge um estado de insatisfação que, via de regra, somente será debelado pela atuação do Poder Judiciário⁵, agregando segurança jurídica à relação jurídica-material conflituosa.

Inobstante sua adesão à teoria dualista, Dinamarco (1993 : 213-18) esclarece que a atuação da vontade concreta da lei está marcada por uma profunda indiferença político-social, que somente é reduzida acrescentando-lhe os escopos sociais e políticos da jurisdição. Ademais, por “concreto”, não se pode entender somente os conflitos individuais. O Estado social, inspirado na solidariedade (em contraposição ao individualismo liberal), e a sociedade de massa contemporânea exigem a universalização e a agilidade da justiça, resolvendo de modo rápido e eficaz os conflitos em torno de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Por fim, adverte que o juiz não deve se limitar a aplicar o texto frio da lei (1993 : 195-201); sua imparcialidade resume-se a oferecer iguais oportunidades às partes e impedir que os seus valores e crenças pessoais influam na direção e decisão do processo, o que não se confunde com indiferença, intolerável nos dias atuais. Igualmente, não pode agir como se fosse legislador, buscando em seu íntimo a regra a aplicar no caso concreto, pois, assim agindo estaria ofendendo uma das bases do Estado Democrático: ao legislador cabe a expressão das escolhas da sociedade. Entretanto, quando o direito positivado apresentar duas soluções possíveis para um caso concreto é inevitável que a escolha de uma delas exclua a outra, nesse caso, o juiz deve optar por aquela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça.

⁵ Os conflitos podem ser resolvidos também por intermédio da mediação e arbitragem, esses equivalentes jurisdicionais têm sido estimulados atualmente para reduzir o número de demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário. A mediação consiste num “ponto intermediário entre a autocomposição e a arbitragem. Nela há a presença de um terceiro, o mediador, mas não compete a ele decidir o conflito, mas sim intermediar a conciliação entre as partes envolvidas (RODRIGUES, 1996 : 5). Na arbitragem, porém, “a solução dos conflitos é entregue a uma terceira pessoa, desinteressada do bem em disputa” (RODRIGUES, 1996 : 5). Com a Lei nº 9.307, de 23.12.96, tentou-se revitalizar a arbitragem no Brasil, entretanto, até o momento, a lei não atingiu esse objetivo.

2. AÇÃO

2.1. Origem, teorias e conceitos

O Estado não exerce espontaneamente a jurisdição, apenas mediante a provocação do interessado prestará a tutela jurisdicional a qual se obrigou quando impediu a autotutela privada. É o chamado princípio da inércia ou de demanda, positivado no artigo 2º, do Código de Processo Civil. Esse princípio funda-se nas seguintes razões: a) os direitos subjetivos, em regra, são disponíveis, assim não se pode compelir o seu titular a exigir-lhe a satisfação, seja diretamente ao obrigado ou através da atuação substitutiva do Estado; b) com a iniciativa oficial do processo o juiz ficaria a tal ponto comprometido psicologicamente com “a idéia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições para julgar imparcialmente” (CINTRA et al, 1995 : 129).

Para o jurisdicionado vencer esse princípio, demonstrando o desejo em obter aquilo que lhe é devido segundo as normas de direito material, criou-se um novo direito, o **direito de ação**, que, sob esse prisma, pode ser conceituada como o meio posto à disposição dos cidadãos para exigirem do Estado o exercício da jurisdição, ou, como prefere Cândido Rangel Dinamarco (1997 : 346), o “**poder de estimular o Estado ao exercício consumado da função jurisdicional**”.

O conceito de ação variou ao longo da história do direito processual conforme se sucediam as teorias da ação, que, podem ser divididas, basicamente, em quatro classes. Apesar dos estudos sobre a ação contarem com mais de 150 anos, ainda hoje, não há consenso na doutrina brasileira quanto ao melhor conceito para esse instituto, como adiante será demonstrado.

2.1.1. Teoria civilista, clássica ou imanentista da ação

É a mais antiga das teorias, tem em Savigny seu principal expoente e contou, no início do século, com a adesão de renomados juristas entre os quais Clóvis Bevilacqua. Sustentava, seguindo a lição do jurisconsulto romano Celso, que “a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido”, daí a clássica proposição: “não há ação sem direito, não há direito sem ação, a ação segue a natureza do direito” (CARREIRA ALVIM, 1998 : 103). Assim, consideravam a ação uma mera qualidade do direito subjetivo, ou o próprio direito reagindo a uma violação (CINTRA et al, 1995 : 248). Entretanto, como

esclarece Ovídio Baptista da Silva, essa teoria pecou ao confundir “o exercício da pretensão de tutela jurídica estatal e a **ação de direito material**, que é o agir do titular do direito para obtenção ‘do que lhe é devido’, e, ao assim proceder, não teve como explicar os casos em que o agente houvesse promovido um processo, sem ter direito, ou seja, ficou impossibilitada de explicar o fenômeno da ação improcedente” (1991 : 77).

A teoria imanentista passou a ser duramente criticada com a polêmica travada na Alemanha, na segunda metade do século XIX, entre os romanistas Windscheid e Muther, a partir da qual reconheceu-se a autonomia do direito de ação frente ao direito subjetivo material, conclusão que se fez presente nas principais teorias posteriores, as quais consideram a ação um direito autônomo, divergindo, porém, se seria um direito concreto ou abstrato.

2.1.2. Teoria do direito concreto de ação

Adolfo Wach idealizou a segunda teoria, conhecida por “**teoria do direito concreto de ação**”, a partir da regra exposta no § 231, do Código de Processo Civil Alemão (Z.P.O.), que previa a hipótese de ajuizamento de ação meramente declaratória para afirmar-se a existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica. Nessa hipótese, a ação processual prescindia da existência de uma relação de direito material que lhe desse origem e sustentação, pois, não se pretendia obter através do processo um dado bem da vida que nos era devido, mas, ao contrário, “simplesmente pedia-se que o juiz declarasse por sentença que nada era devido por ninguém” (BAPTISTA DA SILVA, 1991 : 77).

Sustentava que a ação seria exercida contra o Estado (devedor da tutela jurídica) e contra o adversário (aquele que deveria se sujeitar ao comando da sentença), e somente reconhecia a existência do direito de ação nos casos de sentença procedente. “Conseqüentemente, a ação seria um direito público e concreto (ou seja, um direito existente nos casos concretos em que existisse direito subjetivo)” (CINTRA et al, 1995 : 248). Daí o nome “direito concreto de ação”.

A essa teoria filiou-se Giuseppe Chiovenda, mas, ao contrário da doutrina alemã, considerava a ação um direito potestativo⁶ dirigido preponderantemente contra o adversário,

⁶ Adiante, Chiovenda acrescenta: “A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz um efeito jurídico de atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública consoante a vontade de lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública” (1998a : 42). É justamente por essa sujeição incondicionada do demandado à ação exercida pelo titular do direito subjetivo que o autor define a ação como um direito potestativo.

com isso definiu a ação como “*o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei*” (CHIOVENDA, 1998a : 42).

Em síntese, tanto Adolfo Wach quanto Chiovenda viam na ação processual o poder atribuído ao titular do direito subjetivo material de invocar a tutela jurídica estatal para tornar efetivo o seu direito contra o devedor, dessa forma, apesar de defenderem a autonomia da ação, incorreram no mesmo equívoco da teoria clássica, ou civilista, deixando sem explicação as hipóteses de sentença de improcedência (BAPTISTA DA SILVA, 1991 : 80).

2.1.3. Teoria do direito abstrato de ação

A terceira teoria, exposta por Degenkolb (e, quase ao mesmo tempo, por Plósz na Hungria), ficou conhecida como a “**teoria do direito abstrato de ação**” e teve o mérito de extirpar definitivamente o vínculo do direito subjetivo material com o direito de ação. Essa teoria defendeu que a ação é “um direito público subjetivo conferido a todos indistintamente, sendo irrelevante para sua existência que o autor tenha ou não razão, seja ou não titular do direito posto em causa perante o magistrado” (BAPTISTA DA SILVA, 1991 : 80).

A ação existe mesmo quando a sentença declara improcedente o pedido do autor, não importando se o julgador errou ao decidir a causa. A correspondência entre as conclusões manifestas na sentença e a verdade dos fatos não tem influência sobre a natureza da ação.

2.1.4. Teoria eclética da ação

Mantendo o caráter abstrato, a “**teoria eclética da ação**”, criada por Enrico Tullio Liebman, identificava o direito de ação com o direito à jurisdição, definindo àquela como o direito público subjetivo, “dirigido contra o Estado, correspondente ao **direito reconhecido de todo o cidadão de obter uma sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representado pela lide.**” (BAPTISTA DA SILVA, 1991 : 82). Portanto, segundo Liebman, somente haveria atividade jurisdicional quando fosse possível uma decisão de mérito, o que implicava na prévia avaliação da regularidade da relação processual e da presença das condições da ação.

Os defensores da teoria eclética distinguem o direito constitucional de ação, também chamado direito de petição (consagrado constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXV), garantido a todos e de caráter extremamente genérico e abstrato, do “direito processual de ação”, que estaria condicionado à existência dos pressupostos processuais (a capacidade das partes, sua representação por advogado, entre outros), e das condições da ação: possibilidade

jurídica do pedido, legítimo interesse e legitimação para agir. Somente na presença desses requisitos tem lugar o julgamento da pretensão contida na demanda, havendo, assim, verdadeiro exercício da jurisdição.

O direito de petição “assegura a formação de um processo até mesmo fadado a um término infrutífero”. O direito de ação “garante, uma vez regularmente exercitado, um processo que atinge a sua verdadeira e precípua finalidade, justificando a atuação da jurisdição na sua faina de impor o direito objetivo aos casos concretos, de forma definitiva e imutável” (DONALDO ARMELIN, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, SP : RT, 1979, p. 35, *apud* MARINONI, 1993 : 137).

A teoria eclética da ação goza de grande prestígio na doutrina brasileira, tanto que foi adotada no atual Código de Processo Civil – CPC, pela mão de seu autor, Alfredo Buzaid, um dos maiores discípulos de Liebman no Brasil. Nesse sentido, as normas dos artigos 3º; 267, inciso VI; 268 e 468 do CPC⁷.

Cintra, Grinover e Dinamarco (1995 : 253) reforçam o argumento de que a teoria eclética da ação predomina na doutrina nacional, mas a ela se opõem aduzindo que “não tem procedência a doutrina da ação como manifestação do direito de petição, porque tal remédio constitucional visa a levar aos órgãos públicos representações contra abusos do poder e porque não configura, com a mesma clareza do direito de ação, o dever de resposta do Estado”.

Ovídio Baptista da Silva também critica a teoria eclética por ela considerar que a sentença de extinção do processo fundada na ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação não decide o mérito da causa, não fazendo coisa julgada e não impedindo a proposição de uma **nova ação**. Esclarece que essa conclusão parte do falso pressuposto de que a **nova ação** seria a **mesma ação** anteriormente rejeitada, pois a lide – o conflito de interesses preexistente ao processo – não teria sido resolvida, o que na verdade não se verifica, afinal:

... mudando-se as partes, transforma-se a demanda. Afirmando o juiz que o autor não tem legítimo interesse para a causa, sem dúvida estará afirmando que o conflito de interesses por ele descrito na petição inicial não merece que o Estado lhe outorgue proteção, o que significa declarar que tal conflito é irrelevante para o direito. E, neste caso, igualmente lhe falta a **ação de direito material**, ou esta seria ilegítima

⁷ Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 267 Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Art. 268 Salvo o disposto no art. 267, n. V, a extinção do processo não obsta que o autor intente de novo a ação. (...).

Art. 468 A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

por falta de interesse. Não a ação de direito processual que jamais será ilegítima por falta de interesse (BAPTISTA DA SILVA, 1991 : 90-1).

Por sua vez, Cândido Rangel Dinamarco, apesar de adotar em parte a teoria eclética da ação, assevera que há verdadeiro exercício da jurisdição desde o ajuizamento da petição inicial.

O Estado, quando provocado, dá início a uma série de atividades apontadas aos escopos de pacificação e atuação da vontade da lei, substituindo-se às partes em conflito; e, ainda que depois verifique que o demandante não tinha o poder de exigir um provimento definitivo sobre o objeto da sua demanda, mesmo assim não se pode negar que ele tenha agido com aqueles escopos, nem que se haja substituído às partes, isto é, não se pode negar que tenha agido jurisdicionalmente (DINAMARCO, 1997 : 370).

2.2. A ação como direito público subjetivo

Ovídio Baptista é contrário à doutrina dominante que conceitua a ação processual como o direito público subjetivo de acesso aos tribunais, argumentando que esse direito consiste no antecedente lógico da ação processual, afinal, num Estado de Direito, só é possível concebê-la como o exercício de um direito preexistente, que lhe dá legitimidade. “Uma coisa será o **direito subjetivo processual** por meio do qual a ordem jurídica reconhece a alguém o poder de tornar efetivo o direito através do exercício da ‘ação’ processual. Outra não o poder mas o exercício efetivo desse direito, por meio da ‘ação’” (BAPTISTA DA SILVA, 1991 : 61). Em resumo, para Ovídio Baptista (1991 : 71-2) a ação processual é o **agir para obtenção da tutela jurisdicional**.

Por razões diversas Cândido Rangel Dinamarco também contesta a definição da ação como direito público subjetivo, pois, como mencionado supra, prefere conceituá-la como um **poder**, que tem por sujeito passivo o Estado, argumentando que: entendendo-se a ação como direito subjetivo ficariam sem justificativa as ações nas quais o próprio Estado é o autor, como nas ações penais (especialmente, a pública incondicionada) e as ações civis propostas pelas pessoas jurídicas de direito público. Ademais, o Estado também tem interesse nas ações propostas pelos particulares, pois, assim, poderá realizar os escopos da jurisdição, principalmente o jurídico, garantindo a efetividade do direito material (DINAMARCO, 1997 : 350-4).

Apesar dessas considerações o fato é que os processualistas brasileiros, em grande maioria, conceituam a ação com um direito público subjetivo, entre os quais estão Humberto Theodoro Jr.⁸, Vicente Greco Filho⁹ e Moacyr Amaral Santos¹⁰.

2.3. Ação e direito material

Estabelecido que a jurisdição tem por escopo jurídico a atuação concreta do direito objetivo quando não for espontaneamente cumprido e que a ação é o meio posto à disposição do interessado para requerer do Estado a tutela jurisdicional, a qual este se obrigou desde que instituiu o monopólio estatal da justiça, é necessário tecer algumas considerações sobre a interdependência do direito material com a ação processual. Para isso serão resgatados os conceitos de pretensão e ação de direito material, conforme a lição de Pontes de Miranda, seguida por Ovídio Baptista, Luiz Guilherme Marinoni e Joel Dias Figueira Jr., dentre outros. Porém, não sem antes advertir que, atualmente, a maioria da doutrina não reconhece a existência desses institutos.

2.3.1. Pretensão

Segundo Pontes de Miranda (1970 : 52), pretensão “é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”. A pretensão pode localizar-se no âmbito das relações jurídicas de direito objetivo, caso em que é dirigida contra o sujeito

⁸ “Daí porque modernamente, prevalece a conceituação de ação como um *direito público subjetivo* exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da tutela jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem exerce” (THEODORO JR., 1997a : 50).

⁹ “O direito de ação é o direito subjetivo público de pleitear ao Poder Judiciário uma decisão sobre uma pretensão” (GRECO FILHO, 1996 : 75).

¹⁰ “A ação, em suma, é um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não se pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto” (SANTOS, 1997 : 159).

Apenas para ilustrar as divergências doutrinárias sobre o conceito de ação, demonstrando que, apesar dessa discussão existir há aproximadamente 150 anos, ainda não se alcançou um estágio ideal de sistematização (uniformidade), exponho o conceito de Arruda Alvim (1996 : 341): “Definimos a ação da seguinte forma: é o direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, à aplicação da lei (material).”

Essa definição contraria tudo o que foi até aqui exposto sobre o conceito de ação, seja como direito público subjetivo ou como exercício de um direito preexistente, pois defende que o nascimento do direito de ação está condicionado ao seu exercício. Parece ter sido um descuido do autor porque contradisse o seu conceito ao tentar explicá-lo, declarando que tanto os direitos materiais, quanto os processuais, “para se subjetivarem, isto é, para serem direitos subjetivos, necessariamente pressupõem a lei, que os define previamente. Assim a ação é o instituto processual, constante, pois, da lei processual, devendo esta traçar os seus requisitos de exercício (=condições da ação) e os efeitos jurídicos que, por intermédio daquela, se poderão obter” (ALVIM, 1996 : 341). Ora, conforme essa afirmação, a ação não é um direito que nasce com a manifestação da vontade do autor, mas um direito expressamente previsto na lei processual, que lhe dá os requisitos para o exercício e seus efeitos.

passivo daquela relação, ou seja o responsável pelo adimplemento da obrigação que tem por objeto o determinado bem da vida que entendemos nos ser confiado pelo direito material, como pode também ser exercida perante o Estado, para que outorgue a prestação jurisdicional, pois, desde que a natureza do Estado obrigou, se não à eliminação, pelo menos à grande diminuição da justiça de mão própria (como exceção pode-se citar o desforço incontente para recuperar a posse esbulhada, artigo 502 do Código Civil) e a instituição do monopólio da justiça (que tem por exceção a possibilidade de escolha do juízo arbitral, tanto aquele previsto na Lei nº 9.307, de 23.09.96, como o facultado à eleição das partes nos juizados especiais cíveis, artigo 24, da Lei nº 9.099/95), “tinha de prometer e assegurar a proteção dos que precisassem de justiça, isto é, prometer e assegurar a *pretensão à tutela jurídica*” (MIRANDA, 1970 : 231). Assim, toda pretensão tem por fim a satisfação, seja a satisfação do direito subjetivo material violado, seja da pretensão à tutela jurídica. A pretensão é somente meio, enquanto a satisfação é fim (MIRANDA, 1970 : 170).

Ovídio Baptista faz coro com Pontes de Miranda conceituando a pretensão como “**a faculdade de se poder exigir a satisfação do direito**” (BAPTISTA DA SILVA, 1991 : 62). Entretanto, a pretensão, assim como o direito subjetivo ao qual se refere, é somente um estado de que desfruta seu titular, diverso do verdadeiro exercício dessa faculdade de exigir, que é a primeira face dinâmica do direito. Mas enquanto me limito a exigir o cumprimento do dever jurídico, ainda não estou agindo para sua realização, ou, na conhecida fórmula de Pontes de Miranda, “enquanto limito-me a **exigir**, ainda não **ajo**” (1970 : 86-7), porque a realização do direito subjetivo ainda depende do agir voluntário do obrigado, cumprindo sua obrigação.

2.3.2. Ação de direito material

A partir do momento em que o obrigado não atende à exigência do titular do direito, deixando de satisfazê-lo, nasce para este a **ação de direito material** que consiste, segundo a feliz definição de Pontes de Miranda, no “agir – não mais o simples exigir – por meio do qual o titular do direito realizá-lo-á por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer outra conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado” (1970 : 110). Para Ovídio Baptista (1991 : 71) a ação de direito material corresponde àquela ação prevista no artigo 75 do Código Civil, *in verbis*: “A todo o direito corresponde uma ação que o assegura”.

Entretanto, a ação de direito material foi praticamente banida dos sistemas jurídicos modernos pela proibição da justiça de mão própria e pelo monopólio da justiça estatal. Atualmente,

... este agir para a realização há de ser veiculado através da ‘ação’ processual, ou seja, ao invés de o titular do direito agir privadamente para torná-lo efetivo ante a resistência do obrigado, deverá invocar a tutela jurídica estatal, a fim de que o órgão encarregado de prestar jurisdição, uma vez comprovada a existência do direito (eficácia declarativa da sentença), o realize no lugar de seu titular (BAPTISTA DA SILVA, 1991 : 66).

Isso não significa que a ação de direito material tenha desaparecido para dar lugar à ação processual, como entende a doutrina predominante.

Uma vez que a função jurisdicional tem por principal escopo a realização efetiva do direito material, através das mesmas atividades que proibiu ao seu titular, e não simplesmente a declaração da “vontade concreta da lei”, entendimento este comprometido com a ideologia liberal-burguesa, conclui Ovídio Baptista (1991 : 67) que a “**ação de direito material**, longe de desaparecer ou ser substituída pela ‘ação’ processual, simplesmente, verificado o monopólio da jurisdição, passou a ser exercida pelos órgãos estatais”. Surgiram, assim, duas ações, uma dirigida contra o obrigado e outra contra o Estado, para que, após declarado o direito, aja sobre o réu para satisfazê-lo.

3. PROCESSO

Estabelecidos os conceitos e as características principais da jurisdição e da ação é chegado o momento de tratar do meio através do qual esses dois institutos se realizam, completando a trilogia fundamental do direito processual.

A ação é exercida através do processo e é nele que a jurisdição será atuada. O conceito de processo foi amplamente debatido pelos doutrinadores, sendo comum a afirmação de que processo é o conjunto de atos, formas e maneiras a serem seguidos pelas partes para obtenção de uma decisão judicial.

Correlato ao processo está o procedimento. Enquanto o processo é um todo orgânico de atos, o procedimento é mais minucioso, consistindo na sucessão encadeada, insuprimível e insubversível desses atos. O procedimento é a exteriorização do processo, o seu modo de ser e se desenvolver¹¹.

3.1. Fases de desenvolvimento do direito processual

3.1.1. O sincretismo

Historicamente, as fases do direito processual correspondem aos estágios de evolução das teorias da ação. A primeira fase, era dominada pelo **sincretismo**, no qual confundiam-se os planos processual e material, não se reconhecendo a autonomia do direito processual, e, por conseguinte, dos seus institutos, afinal, a ação nada mais era do que uma qualidade do próprio direito subjetivo material, que, uma vez violado, adquiria feições dinâmicas legitimando a busca judicial da reparação à lesão sofrida. Nessa fase, marcada pelos princípios da teoria civilista da ação, o direito processual sequer era reconhecido como um ramo autônomo da ciência jurídica.

O processo era tido como um conjunto de atos para o exercício da ação, entendida como uma mera qualidade acessória do direito subjetivo material, produzida pela sua

¹¹ Conforme Pontes de Miranda: "O *processo* é a atividade para a estrutura temporal e a eficácia da relação jurídica processual: vai da petição inicial ao último ato que diz respeito à relação jurídica processual. Por isso mesmo, há atos processuais *anteriores* à relação jurídica processual e atos *posteriores* a ela. Com o trânsito em julgado da sentença, ainda há atos que concernem à eficácia sentencial, a despeito de ter terminado a relação jurídica processual, como é o caso do ofício para que algo se registre com efeito mandamental imediato, ou efeito constitutivo imediato ou efeito executivo imediato, ou como a assinatura de cartas de sentença ou certidões de que se há de tirar eficácia imediata. *Procedimento* é a forma do processo, o seu rito, a sua estruturação exterior." (1997 : XXIII).

violação, “sob a condução pouco participativa do juiz. Era o campo mais aberto, como se sabe, à prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais –, que são diretos descendentes jurídicos do liberalismo político então vigorante (*laissez faire, laissez passer et le monde va de lui même*)” (DINAMARCO, 1993 : 18).

3.1.2. Fase autonomista ou conceitual

A fase sincretista somente entrou em declínio no início da segunda metade do século XIX, com a polêmica entre os romanistas alemães Windscheid e Muther, que resultou na distinção entre a *actio romana* (um instituto de direito material, dirigido contra o adversário, que tinha por objeto o bem litigioso) e a ação moderna, concebida como um instituto de direito processual, endereçada ao juiz, tendo por objeto a tutela jurisdicional, bem como dos estudos de Oskar Von Büllow, sistematizando a relação jurídica processual como uma realidade distinta da relação de direito material.

Foi o período das grandes pesquisas científicas que sustentavam a autonomia da ação e do processo e estabeleceram as bases do direito processual, que, com isso ganhou foros de ciência, dotado, nessa condição, de objeto e institutos próprios (DINAMARCO, 1993 : 18-9).

Os estudos doutrinários eram marcados pelo tecnicismo exacerbado, conseqüência da intenção dos processualistas de purificarem os institutos processuais das noções de direito material, assentando conceitos e regimes antagônicos àqueles da fase imanentista da ação, com isso, a abstração da ação foi elevada à máxima potência, desconsiderando-se qualquer relação com o direito material que pretendia ver realizado.

Entretanto, como advertem Cintra, Grinover e Dinamarco (1995 : 43):

... faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero *instrumento técnico* predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.

Essa postura científica voltada a premissas exclusivamente jurídicas, desvinculada da realidade fática, afastou o processo dos seus escopos e fez surgir uma forte crítica e insatisfação da sociedade com o Poder Judiciário.

3.1.3. Fase instrumentalista

Durante a **fase conceitual**, a ciência do direito processual evoluiu a tal ponto que as discussões em torno da natureza da ação e do processo, bem assim, das demais categorias processuais, já não tinham mais importância capital, pois os seus conceitos já estavam satisfatoriamente estabelecidos. Do ponto de vista técnico-dogmático a ciência processual havia atingido um adiantado nível de desenvolvimento.

Os juristas, então, gradativamente perceberam que envidaram esforços durante quase um século para criar uma ciência “pura” (em reação ao **período de sincretismo**), expurgando as idéias e elementos inspirados em outros ramos do direito, mas aquele universo, recém criado, estava isolado do mundo fático, como se fora uma bolha hermeticamente fechada. As pesquisas tinham por objetivo demonstrar a abstração da ação, e, por consequência de todo o sistema processual. Justamente, por essa abstração máxima a ciência processual distanciou-se da realidade.

Era o momento de equilibrar os avanços da ciência processual com as necessidades das pessoas, os usuários, ou consumidores do sistema como prefere Mauro Capelletti.

Surgiu a consciência de que o processo não é um fim em si mesmo, mas o instrumento de que se utiliza o titular de um direito para perseguir-lo judicialmente. Com isso não se pretende negar a autonomia da ação, porque o direito de ação não estará condicionado à existência do direito subjetivo, mas, tão somente, lembrar que a sua missão é a realização do direito subjetivo material violado nela deduzido.

Nessa tarefa de ajustar o sistema processual às necessidades dos jurisdicionados foi necessário resgatar a ligação do processo com os demais ramos do direito e, também, com outras ciências sociais, como a ciência política, a sociologia e a filosofia. Nesse sentido a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (1995 : 45):

É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.

O reconhecimento das conotações ideológicas do processo constitui um dos passos mais significativos da doutrina processual contemporânea. A mudança de **mentalidade** em relação ao processo é uma necessidade, para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam a sua própria existência.

Na doutrina brasileira a fase instrumentalista foi consagrada e sistematizada na obra “A instrumentalidade do processo”, de Cândido Rangel Dinamarco. Muito do que foi dito até

aqui e do que será nas linhas seguintes é inspirado nesse livro, de leitura obrigatória para os operadores jurídicos.

Dinamarco (1993 : 265-6) adverte que a instrumentalidade de que fala não é do processo, como instituto do direito processual, mas como expressão resumida do próprio sistema processual. Para melhor estudar a matéria subdividiu-a em duas categorias: na primeira trata do aspecto negativo da instrumentalidade e na segunda do aspecto positivo.

3.1.3.1. O aspecto negativo da instrumentalidade

Tem por escopo reduzir os exageros tecnicistas da fase “autonomista” do direito processual, ressaltando a prevalência dos fins dos institutos processuais sobre as suas formas e a adequação dos rigores procedimentais às características de cada relação jurídica processual, individualmente considerada. Realça a relativização do binômio direito-processo.

O aspecto negativo da instrumentalidade “corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir” (conclusão nº 45, DINAMARCO, 1993 : 319)¹².

3.1.3.2. O aspecto positivo e a efetividade do processo

A efetividade do processo pode ser conceituada como a idéia de que o “*processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*” (DINAMARCO, 1993 : 270).

José Carlos Barbosa Moreira, em artigo escrito em dezembro de 1981, foi o primeiro processualista brasileiro a sistematizar a efetividade do processo. Nesse estudo, intitulado “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”, reuniu as principais características apontadas pela doutrina para a efetividade da prestação jurisdicional: (a) a capacidade do processo em dispor de instrumentos adequados a todos os direitos, seja por expressa previsão normativa ou por dedução do sistema; (b) a possibilidade concreta de utilização desses instrumentos por todos os titulares dos direitos deduzidos em juízo, inclusive se se tratarem de direitos coletivos ou difusos; (c) a aptidão dos meios de provas de reconstituírem de modo exato e completo os fatos relevantes ao julgamento da causa, a fim de que o convencimento

¹² Em Pontes de Miranda encontra-se uma das primeiras referências ao caráter negativo da instrumentalidade: “A principal regra jurídica de interpretação do direito processual é a que se pode formular do modo seguinte: ‘A regra jurídica processual há de entender-se mera regra para que se realize o direito objetivo e, pois, no sentido de não atingir o direito material, heterotópica, a que se deve tal derrogação’. Na interpretação mesma da regra de direito processual não se deve adotar a que lhe atribua dificultar ou diminuir eficácia das regras de direito material, como se ela criasse óbice ou empecilho à prestação de direito material.” (1997 : 68-9).

do juiz corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (d) o resultado do processo deve propiciar ao demandante o gozo pleno do bem da vida a que tem direito segundo o ordenamento; e) esse resultado deve ser alcançado com o mínimo dispêndio de tempo e energia.

Esclareceu que as duas primeiras questões referem-se aos âmbitos de atuação do processo - o objetivo (estabelecendo os conflitos suscetíveis de apreciação pelo Judiciário) e o subjetivo (consistente na previsão dos legitimados a ingressarem em juízo para requerer a atuação daqueles direitos). Enquanto as demais dizem respeito ao modo de ser do processo.

Cândido Rangel Dinamarco (1993 : 273) preferiu dividir em quatro os pontos fundamentais de investigação da efetividade: (a) a admissão em juízo; (b) o modo de ser do processo; (c) a justiça das decisões; e (d) a sua utilidade. No entanto, reconhece que a sua divisão segue em parte aquela proposta por Barbosa Moreira.

A **admissão em juízo** tem por objetivo maior a universalização da tutela jurisdicional, vencendo as dificuldades de acesso à via processual situadas no campo econômico (pobreza e alto custo do processo – custas, honorários de advogado e despesas com produção de provas), no campo psicossocial (desinformação e descrença na Justiça) e no jurídico (legitimidade ativa individual).

Essa última classe de obstáculos tem origem na concepção privatista e individualista do direito e do processo, herdada do direito romano e predominante nos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX, contrária às tendências sociais do Estado de direito contemporâneo.

Na fase autonomista do processo, os procedimentos criados para solução dos litígios refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. “Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação” (CAPELLETTI & GARTH, 1988 : 9).

Dinamarco (1993 : 278) ressalta que “hoje, importa menos ‘dar a cada um o que é seu’, do que promover o bem de cada um através do bem comum da sociedade, tratando o indivíduo como membro desta e procurando a integração de todos no contexto social”.

O interesse em torno do acesso efetivo à Justiça deu origem a **três ondas renovatórias**, tendo início em 1965, que se sucederam em ordem mais ou menos cronológica: a) a primeira onda ressaltou o incremento da assistência judiciária aos pobres; b) a segunda dizia respeito às reformas tendentes a propiciar a adequada proteção aos interesses supra-individuais (coletivos e difusos), especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; c) a terceira tem por fundamento as anteriores, no entanto é muito mais abrangente. “Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e

procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”, pondo em relevo a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil a cada tipo de litígio (CAPELLETTI & GARTH, 1988 : 67/73).

Sente-se, atualmente, a necessidade de distribuir justiça a toda a coletividade, principalmente aos menos favorecidos em termos econômicos e culturais. É o reconhecimento da hiposuficiência¹³, a exigir a revisitação dos institutos e procedimentos, no objetivo de construir um sistema processual apto a reduzir as desigualdades substanciais entre as partes.

O reconhecimento dessa necessidade urgente [centrar o foco de atenção no homem comum – poder-se-ia dizer no homem pequeno – e criar um sistema que atenda suas necessidades...] reflete uma mudança fundamental no conceito de ‘justiça’. No contexto de nossas cortes e procedimentos formais, a ‘justiça’ tem significado essencialmente a aplicação das regras corretas de direito aos fatos verdadeiros do caso. Essa concepção de justiça era o padrão pelo qual os processos eram avaliados. A nova atitude em relação à justiça reflete o que o Professor Adolf Homburger chamou de ‘uma mudança radical na hierarquia de valores servida pelo processo civil’ (190). A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a ‘justiça social’, isto é com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns.

.....

Um sistema destinado a servir às pessoas comuns, tanto como autores, quando como réus, deve ser caracterizado pelos baixos custos, informalidade e rapidez, por julgadores ativos e pela utilização de conhecimentos técnicos bem como jurídicos (CAPELLETTI & GARTH, 1988 : 93-4).

O **modo-de-ser do processo** envolve quatro temas: contraditório, inquisitividade, prova e procedimento.

É a participação efetiva das partes, em igualdade de condições, que dá legitimidade ao processo. Não se trata somente da participação de autor e réu, mas, também do juiz, que deve dirigir os atos procedimentais com vistas a esse escopo, “respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de ofício inesperadas” (DINAMARCO, 1993 : 285). Não se tolera mais dos juízes a atitude de meros espectadores da batalha travada entre as partes. Conscientes do seu papel de agentes estatais, nessa condição, comprometidos com a realização dos objetivos

¹³ O legislador brasileiro mostrou-se sensível a essas ondas renovatórias ao editar o Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Todo o Código é inspirado no ideal de favorecer a parte hiposuficiente da relação de consumo (o consumidor), tanto por normas de direito material quanto processual. Dessa última natureza destacam-se a inversão do ônus da prova (art. 6º) e a legitimação coletiva para a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas quando se tratar de interesses ou direitos difusos, coletivos e, aqui a maior inovação, individuais homogêneos (art. 81).

eleitos pela nação, devem chamar a si a responsabilidade pela condução do processo, determinando a produção das provas que entender indispensáveis ao melhor esclarecimento dos fatos e repartindo os ônus das provas entre as partes na medida das suas possibilidades.

O procedimento tem por missão aproximar o juiz da causa. É através dele que irá se desenvolver a cooperação entre as partes e o julgador, na tentativa de equilibrar o contraditório e a inquisitorialidade. O procedimento deve “afeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio, mediante a aplicação do princípio da *adaptabilidade*”, sendo de vital importância a “interpretação inteligente dos princípios e a sua observância racional em cada caso” (DINAMARCO, 1993 : 290).

O grau de participação dos atores processuais constitui um importante fator de efetividade do processo, do ponto de vista jurídico de atuação da vontade concreta do ordenamento (DINAMARCO, 1993 : 293).

O conceito de justiça é variável no tempo e no espaço, afinal, não é objeto das ciências exatas, mas das sociais. Assim, na mesma medida em que a sociedade evolui e se transforma, a noção de justiça também se modifica. Por esse motivo, a **justiça nas decisões** deve ser avaliada pela sua conformidade com os princípios e valores eleitos pela sociedade na qual está inserido o conflito de interesses, valores esses que devem ser extraídos por meio de uma interpretação axiológica da ordem jurídica positiva (porque o legislador é o agente legitimado a materializar os anseios da sociedade) em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) (DINAMARCO, 1993 : 295).

É necessário advertir que a lei é o limite à averiguação do conceito de justiça corrente na sociedade. Não compete ao magistrado substituir as escolhas do legislador (legítimo representante da vontade pública)¹⁴, por seus próprios critérios de justiça e equidade, impondo-os na solução da lide. Porém, “esses limites têm valor relativo, a saber: sempre que os textos comportem mais de uma interpretação razoável, é dever do juiz optar pela que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual é portador (ainda que *as palavras* da lei ou a *mens legislatoris* possam insinuar solução diferente)” (DINAMARCO, 1993 : 320).

¹⁴ Sem entrar no mérito da adequação das normas postas pelo legislador à vontade dos eleitores (representados). Porém, dada a notória insatisfação dos brasileiros com os Poderes do Estado, pode-se inferir que o trabalho dos nossos representantes não tem correspondido aos anseios e interesses da sociedade, desvirtuando o voto de confiança que receberam nas urnas e pondo em dúvida a legitimidade dessa representação, não pela forma de sua instituição (tendo em vista a democracia vigente no Brasil) mas pelos seus pífios e, porque não dizer, nocivos resultados.

Entretanto, na prática, é muito tênue a linha divisória entre uma decisão contra lei e outra fundada em interpretação sistêmica do ordenamento. A difícil tarefa de aplicar a prescrição genérica e abstrata da lei às circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, ínsita a qualquer julgamento, exige do magistrado, primeiro, o pleno conhecimento da lide (verificada no plano fenomênico) e das normas que dispõe sobre as pretensões e argumentos deduzidos pelas partes, e, segundo, a aptidão para subsumir a norma adequada ao caso.

Na **utilidade das decisões**, se faz mais presente o problema da efetividade do processo, que, como já mencionado, deve ser avaliada conforme a sua aptidão em realizar os escopos do processo. Nesse sentido, as decisões de maior utilidade são aquelas que além de promover a atuação da lei no caso concreto (escopo jurídico), contribuem para a pacificação social e a educação da população (escopos sociais), reafirmando a autoridade do poder estatal e a garantia da liberdade, estimulando, por consequência, a participação dos indivíduos nos rumos do Estado (escopos políticos).

As decisões mais úteis, portanto, são as que realizam em maior grau esses escopos, dependendo das peculiaridades de cada ação¹⁵ o conteúdo ideal da prestação jurisdicional para que atinja o nível máximo de utilidade. Entretanto, restringindo-se o campo de análise ao âmbito da relação processual e aos efeitos da prestação jurisdicional às partes do processo, pode-se antecipar algumas qualidades universais das decisões tendo em vista a sua utilidade tanto ao autor quanto ao réu. Essa investigação mais restrita, aliás, atinge o primeiro escopo do processo que é a atuação do direito objetivo, e põe em relevo as expectativas dos jurisdicionados, afinal “todos encaram o processo de seu ponto de vista individual, como meio de conseguir bens da vida, através da atuação da lei que lhos garante” (CHIOVENDA, 1998a : 64).

Os estudos sobre a **efetividade do processo**, principalmente das duas últimas décadas, produziram a sistematização das idéias em torno da utilidade das decisões. A sua origem remota está na lição consagrada e muitas vezes repetida de Chiovenda, segundo a qual “*o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*” (CHIOVENDA, 1998a : 67).

É interessante notar que essa frase surgiu no momento de afirmação da teoria da ação como direito autônomo e abstrato, justamente a fase hoje apontada como responsável pelo

¹⁵ As desigualdades das partes, o seu empenho na instrução do processo, os meios de prova aptos há provar suas alegações, a capacidade econômica e técnica de produzir essas provas, a natureza e a repercussão social do direito e da tutela jurisdicional requeridos.

afastamento do processo do direito material, o que acabou gerando, ao longo dos anos, o descontentamento, cada dia maior, com o exercício e os resultados do processo e da ação.

Deve-se reconhecer que o processo jamais conseguirá alcançar aquele objetivo proposto por Chiovenda, pois não se trata apenas de dar a cada um o que é seu, tratando todas as relações jurídicas materiais como relações exclusivamente patrimoniais, nas quais o demandado-devedor resiste à pretensão do autor em ter satisfeito o seu crédito. Existem direitos não-patrimoniais aos quais também é devida a proteção jurisdicional, como os direitos ligados ao meio ambiente e à defesa dos consumidores.

Ademais, mesmo nas causas nas quais se discutem questões meramente patrimoniais, ainda que o autor obtenha exatamente o bem perseguido, seja em espécie ou em pecúnia, não haverá coincidência entre a realização espontânea do direito e o seu sucedâneo pela atuação substitutiva estatal através da jurisdição, pois haverá transcorrido um tempo considerável entre aquele primeiro momento no qual o direito deveria ser cumprido pelo obrigado e a data do ingresso do bem perseguido em juízo no patrimônio do autor.

Essa demora para o autor obter através do processo o bem da vida que lhe é conferido pelo direito material é apontada como o principal fator para o descontentamento com a tutela jurisdicional. Nesse sentido, a redução do tempo de duração do processo é o primeiro elemento a ser considerado no objetivo de elevar a satisfatividade do processo, ao lado de questões como a necessidade de se privilegiar a tutela específica da obrigação em detrimento da prática usual de substituição pelo seu equivalente pecuniário, a redução do custo do processo, a participação ativa do juiz na direção do processo (principalmente na instrução probatória).

4. COGNIÇÃO

4.1. A cognição como técnica processual

As ações são classificadas não só conforme a eficácia preponderante da sentença¹⁶, assim fala-se em ações declaratórias, condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas, mas também segundo as diferentes modalidades de cognição típicas em cada ação¹⁷.

Kazuo Watanabe (1987 : 27-8) adverte que seria mais coerente uma primeira classificação sob o critério da cognição, em ação de cognição plena, ação de cognição sumária e ação de cognição rarefeita, pois inexistente ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição e, mesmo nas ações de conhecimento, o provimento jurisdicional é consequência da atividade cognitiva do juiz e somente após surge a subclassificação em ações declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas.

No confronto entre o processo de conhecimento e o processo de execução percebe-se com facilidade a influência da técnica da cognição nos processos judiciais. No processo cautelar, porém, a diferença não é tão evidente porque a tutela nele outorgada exige a prévia inquirição do conflito de interesses, ainda que em profundidade menor do que no processo de conhecimento, como será oportunamente demonstrado.

O processo de conhecimento e o processo de execução distinguem-se principalmente pelas suas finalidades. Enquanto o primeiro tem por objetivo a composição da lide mediante a atuação da vontade concreta da lei, o segundo visa a realização prática dessa vontade declarada na sentença ou no título executivo extrajudicial. Daí resulta o diferente grau de cognição em cada um. Como o processo de conhecimento é marcado pela função de accertamento do direito, o que só é possível se houver o pleno conhecimento da relação jurídica material, as atividades de instrução, através das quais as partes envidam esforços para prover o julgador com os elementos aptos a comprovarem suas alegações, representam a fase primordial desse processo.

É certo que se pode chegar a uma sentença de mérito sem que o julgador disponha de elementos suficientes para formar sua convicção, até porque ela é dispensável, como nos casos de reconhecimento da procedência do pedido e transação entre as partes (CPC, artigo

¹⁶ A melhor doutrina brasileira sobre a eficácia das sentenças foi escrita por Pontes de Miranda, e pode ser encontrada no "Tratado das Ações", vol. 1, capítulo II, entre outras obras desse autor.

¹⁷ Pode-se consultar nesse sentido: "Teoria geral do processo", CINTRA et al, 1995, p. 264.

269, II e III), mas isso não infirma a regra do pleno conhecimento das razões dos litigantes, que consiste num requisito indispensável para a decisão da causa.

Nas ações de conhecimento em que o julgador não dispor dos meios reclamados para se pronunciar sobre o pedido, poderá de ofício intimar as partes para que realizem as provas que entende necessárias. Afinal o processo não pode ser encerrado com um *non liquet*.

O princípio dispositivo pelo qual incumbe as partes estabelecerem os limites do conflito e da investigação do juiz, tem sofrido severos temperamentos que culminaram na adoção pelo legislador de um sistema equilibrado entre esse princípio e seu oposto, o princípio inquisitório¹⁸. Quanto à escolha dos fatos a serem investigados, ainda predomina a livre disposição das partes. Entretanto, na escolha das provas ampliou-se muito a faculdade de iniciativa do juiz. Trata-se da regra insculpida no artigo 130 do CPC¹⁹.

As atividades de instrução destinam-se a preparar o momento seguinte e final do processo, a fase decisória, na qual o juiz, cotejando as afirmações das partes com as provas produzidas, aplicará a lei ao caso concreto, declarando qual delas tem razão.

Na hipótese da sentença conter carga de eficácia condenatória e o demandado não cumprir voluntariamente a medida imposta, ao processo de conhecimento seguir-se-á o processo de execução, que visa tão somente realizar o comando expresso na sentença.

A razão histórica para essa distinção, na lição de Pontes de Miranda, repetida por Kazuo Watanabe, está no encontro de duas concepções chamadas princípio-tese e princípio-antítese:

¹⁸ O Prof. Liebman em notas à edição brasileira do “Instituições de direito processual civil”, de Chiovenda (1998b : 410/411), adaptando essa obra à doutrina nacional e às normas do Código de processo civil brasileiro de 1939, já asseverava a relativização do princípio dispositivo no nosso direito. Aduziu que naquele diploma se estabelecerá um regime de colaboração e corresponsabilidade entre as partes e o juiz:

"260. Uma das principais diretivas do Código de Processo Civil consiste no aumento dos poderes do juiz em confronto com as atividades e as iniciativas atribuídas às partes, em conformidade, aliás, com a concepção publicística do processo que presidiu à elaboração do Código (V. Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos). Assim, mesmo na colheita e na formação do material de decisão, conferem-se ao juiz faculdades mais amplas, não só em contraste com as que lhe reconheciam as leis anteriores, mas também com as regras que o A. expõe no texto como válidas para o direito italiano. (...) Esse temperamento de princípios contrários é possível porque ambos são, na concepção moderna, apenas meios e instrumentos diversos para a consecução do mesmo escopo, em que o Estado se sente diretamente interessado, o descobrimento da verdade. Também o princípio dispositivo (como demonstra o A. no texto) não é nem um dogma, nem uma consequência deduzida lógica e necessariamente da natureza do processo civil ou do caráter eminentemente privado dos direitos controversos, mas apenas um critério de conveniência que terá de ceder toda vez que se patenteie inadequado ou insuficiente".

¹⁹ Conforme Liebman, na p. 413 da mesma obra: "261. Ainda mais que na escolha dos fatos (cf. *supra* a nota 260), o reforço dos poderes do juiz manifesta-se na disposição das provas: na prática a indicação e o requerimento dos meios aptos a demonstrar a verdade dos fatos correspondem, antes de tudo, às partes (arts. 158, V; 159 e 180, CPC), porque elas, melhor do que ninguém, estão em condições de saber quais podem ser essas provas e onde se podem encontrar. Mas a regra consiste em que as providências do juiz para a instrução da causa não se subordinam a tal requisição, e ele pode mesmo de ofício ordenar as diligências que se lhe prefigurem necessárias, assim como pode indeferir as inúteis ou as que forem requeridas com propósito manifestamente protelatório (arts. 117 e 225)" [atual art. 130, do CPC].

a) *Princípio-tese* é o que provém do direito romano, ‘segundo o qual só se executa forçadamente a pretensão depois de ter havido cognição completa e coisa julgada’. É o ‘*princípio da executabilidade forçada dependente da cognição completa*’ (...). b) *Princípio-antítese*, ‘que se acentuou, principalmente, após o século XIII, e foi o da execução dos negócios jurídicos, baseada em títulos instrumentais sem a força de sentença [portanto sem prévio conhecimento do Estado, típico do antigo direito germânico]. E c) *Síntese* estaria nas ‘diferentes soluções, que as leis processuais adotam para a execução que atenda ao princípio (b)’ tentativas essas ‘reguladoras da execução sem completa cognição - e assentam na definição ou na enumeração dos casos de *cognição incompleta*, suficiente. (WATANABE, 1987 : 34).

A importância da cognição como técnica processual é dada não só pela dicotomia processo de conhecimento e execução. Ela resulta principalmente da própria natureza da atividade do juiz que, como terceiro que se interpõe às partes em conflito, primeiro deve ter ciência das razões para só então declarar a vontade concreta da lei e preparar o caminho para a realização do comando emitido na sentença. Decorre também da utilização pelo legislador de diferentes modalidades de cognição para a construção de procedimentos adaptados às peculiaridades das relações jurídicas, visando a efetiva tutela dos direitos (WATANABE, 1987 : 35-6).

4.2. Origem

O termo “cognição” derivou do verbo *cognoscere* e do substantivo correlato *cognitio*, utilizados com frequência no direito romano a partir de Cícero. Apesar do vocábulo *cognitio* ser de uso mais recente do que o verbo *cognoscere*, com o tempo sobrepujou seu predecessor e passou a identificar não só a atividade cognoscitiva e valorativa do magistrado, mas também todo o procedimento desenvolvido perante aquela autoridade. Essa duplicidade de significados ultrapassou o direito romano e chegou até o nosso processo civil, sem maiores alterações, a despeito da complexidade do atual processo se comparado com as formas conhecidas no direito romano (WATANABE, 1987 : 37/40).

Ainda sobre esses dois termos, Watanabe (1987 : 40) apresenta a crítica de Pontes de Miranda apontando o erro da sinonímia entre “cognição” e “conhecimento”, o que equivaleria a não distinguir “descobrimento” de “descoberta”. Não obstante a procedência e autoridade da afirmação, neste trabalho, por não comprometer o seu entendimento, manter-se-á o uso corrente desses termos, que serão, portanto, empregados indistintamente.

4.3. Conceito de cognição

“A cognição é 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” (WATANABE, 1987 : 41).

O conhecimento apresenta-se como a relação pela qual o sujeito pretende apreender o objeto, formando uma “imagem” deste. A “imagem” não se confunde com o objeto, apesar de conter os seus traços fundamentais, situando-se, de certo modo, entre o sujeito e o objeto. Segundo o Prof. Johannes Hessen (1980 : 28), os objetos são classificados em reais e ideais. Chamam-se reais todos aqueles que são dados pela experiência externa ou interna, ou dela se inferem. Os objetos ideais, ao contrário, apresentam-se como irrealis, como meramente pensados (ex.: os objetos da matemática, números e figuras geométricas).

O conhecimento do magistrado tem por alvo tanto objetos reais quanto ideais, pois no seu mister investigará a correspondência das alegações das partes com as provas constantes nos autos (objetos reais), no objetivo de reconstruir intelectualmente as afirmações de fatos, e, assim, escolher no universo jurídico as leis (objetos ideais) pertinentes à solução da lide.

Costuma-se reduzir a atividade judicial a um silogismo no qual a regra jurídica abstrata representa a premissa maior, os fatos a premissa menor, e o julgamento seria a conclusão, com a subsunção dos fatos à norma. Mas essa simplificação não corresponde à verdade. A operação lógica do juiz é via de regra bem mais complexa que essa sintética fórmula. Durante o curso do processo o juiz profere inúmeros despachos e decisões interlocutórias para dar impulso ao processo e decidir a respeito das condições da ação e dos pressupostos processuais, além de conflitos em torno da instrução probatória (cabimento, modo e oportunidade da produção das provas), e de outras questões prejudiciais inerentes à cada ação e relação jurídica material (WATANABE, 1987 : 42).

4.4. Objeto da cognição

No âmbito do direito processual a cognição tem por objeto imediato o trinômio pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. Para cada um desses dados há sempre dois objetos mediatos de conhecimento: o direito e os fatos. Mas essa regra tem exceções. Em alguns processos os fatos podem não ser objeto de conhecimento por não terem atingido o *status* de questões controvertidas, o que se daria por exemplo pelo seu

reconhecimento pela parte contrária, ou pela solução do litígio através da manifestação de vontade das partes (transação, reconhecimento, desistência).

Isso não ocorre com o direito, pois a decisão judicial, apesar de poder ser desconforme aos fatos por estarem à livre disposição das partes (exceto quanto aos fatos relevantes, que podem ser conhecidos ainda que não controvertidos, segundo WATANABE, 1987 : 79), jamais poderá ser contrária ao ordenamento jurídico. O juiz não fica adstrito aos fundamentos de direito aduzidos pelas partes, sua missão é aplicar o direito ao caso concreto, independentemente das normas invocadas pelo autor ou réu. Conseqüência do adágio latino *iure novit curia*.

A cognição tem início com o recebimento da petição inicial, mas no limiar do processo, via de regra, o juiz ainda não dispõe de elementos suficientes para avaliar as questões de mérito, estando, assim, limitado à verificação da existência dos pressupostos processuais e das condições da ação, que poderão ser investigadas em qualquer fase do processo em confronto com as provas constantes nos autos.

“No âmbito do mérito o juiz deve conhecer de todas as questões suscitadas pelas partes e também daquelas que por ofício lhe caiba conhecer, cumprindo assim, por inteiro, a atividade cognitiva que deverá servir de fundamento à decisão” (WATANABE, 1987 : 82).

4.5. Os planos da cognição

A cognição pode ser estudada em dois planos distintos: **horizontal** (extensão, amplitude) e **vertical** (profundidade).

No **plano horizontal**, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo: questões processuais, condições da ação e mérito. Podendo ser **plena ou limitada (parcial)** segundo a extensão permitida (WATANABE, 1987 : 83).

No **plano vertical** a cognição é classificada segundo o grau de sua profundidade em **exauriente** (completa), **sumária** (incompleta) e **superficial**, independentemente da amplitude da investigação sobre os elementos objetivos do processo. Há, ainda, a cognição em sua forma mais tênue e **rarefeita**, sendo mesmo eventual, que é a exercida no processo de execução (WATANABE, 1987 : 83).

Assim, se é permitida a cognição sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, plena portanto, mas se a cognição dessas questões é limitada no plano vertical, ela é sumária quanto à profundidade. Seria ao mesmo tempo ampla em extensão mas sumária em profundidade. Ao contrário, se uma ou mais questões do conflito são eliminadas da cognição, ela é limitada em extensão, mas pode ser exauriente em profundidade se não houver restrição

quanto à investigação pelo juiz das questões admitidas. Ter-se-ia, nesse caso, cognição limitada em extensão mas completa ou exauriente em profundidade (WATANABE, 1987 : 84).

4.6. Combinação das modalidades de cognição para a concepção de procedimentos diferenciados

Watanabe (1987: 86/91) observa que da combinação dessas modalidades de cognição obtém-se vários outros procedimentos ou fases de procedimentos, que estão abaixo elencados.

a) Procedimento de **cognição plena e exauriente**: não há qualquer restrição quanto à profundidade da investigação ou dos elementos do conflito que podem ser conhecidos. É o procedimento comum do processo de conhecimento, seja ordinário ou sumário.

b) Procedimento de **cognição limitada (ou parcial) e exauriente**: com limitação quanto à amplitude do debate das partes e conseqüentemente da cognição do juiz, mas ilimitado no sentido vertical, da profundidade do conhecimento. Geralmente é formado por limitações quanto à matéria de defesa, estabelecidas em função da natureza do direito ou da pretensão material, ou por proibição de controvérsia sobre alguma questão do processo, com o objetivo de simplificá-lo e torná-lo mais célere, ressalvado o direito de discutir em ação autônoma os pontos proibidos de inquirição.

Alguns exemplos dessa modalidade de cognição: (a) a contestação na conversão da separação judicial em divórcio somente pode fundar-se em: “I – falta do decurso de um ano de 1 (um) ano da separação judicial; e II – descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação” (parágrafo único, artigo 36, da Lei nº 6.515/77); (b) no processo de embargos de terceiro, segundo o artigo 1.054 do CPC, o embargado só poderá alegar contra os embargos do credor com garantia real, que: “I – o devedor comum é insolvente; II – o título é nulo ou não obriga a terceiro; e III – outra é a coisa dada em garantia”. No processo de busca a apreensão de bem dado em alienação fiduciária também há restrições quanto à matéria de defesa, pois o requerido na contestação só “poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais” (Decreto-lei nº 911/69, artigo 3º, § 2º); (c) já nos embargos à execução fundada em sentença (artigo 741 do CPC), cujo objeto litigioso é mais reduzido do que nos embargos à execução por título extrajudicial (artigo 745, do CPC), Watanabe (1987 : 87) adverte que, em termos estritamente processuais, não há cognição parcial, pois “só se pode falar em limitação à cognição quando instituída em função

de um objeto litigioso já estabelecido”, apesar de reconhecer que no âmbito do direito material a perquirição do juiz não atinge toda a realidade fática.

Um exemplo de limitação à cognição no plano horizontal instituído em lei de direito material é a proibição à oposição de defesa pessoal a terceiro portador de boa-fé de título cambiário emitido com abstração de causa (artigo 25, da Lei nº 7.357/85 - Lei do Cheque; e artigo 51, do Decreto nº 2.044/08 - Letra de câmbio).

Watanabe cita como exemplo da limitação à cognição com a reserva do direito de discutir-se as questões proibidas em outro processo, a vedação do juiz decidir no processo de desapropriação se se verificam ou não os casos de utilidade pública (Decreto-lei nº 3.365/41, artigo 9º, c/c artigo 35).

Inobstante, chama a atenção para o fato de que essas limitações ao contraditório e, por conseqüência, da cognição do juiz, sejam estabelecidas em leis materiais ou processuais, serão inconstitucionais²⁰ por ofensa ao princípio da inafastabilidade (artigo 5º, XXXV, da CF/88, e § 4º, do artigo 153, da CF/67) se impossibilitarem a “efetiva tutela jurisdicional do direito contra qualquer forma de denegação da justiça” (1987 : 88).

Cabe ressaltar que, segundo Watanabe, as sentenças prolatadas nesses processos são aptas a produzirem coisa julgada material, porque a cognição é exauriente em relação aos pontos e questões passíveis de conhecimento pelo juiz.

c) Procedimento, ou fase de procedimento de **cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis***: sem limitação na extensão da matéria a ser debatida e conhecida, mas com condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes. É utilizada para conceber procedimentos mais simples e céleres, por motivo de técnica processual, impedindo o debate de questões prejudiciais se não houver elementos suficientes para criar um juízo de certeza no julgador, ou, ainda, por motivo de política legislativa “(evitar, quando em jogo interesse coletivo, a formação de coisa julgada material a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente e formado mais à base de regras de distribuição do ônus da prova)” (WATANABE, 1987 : 85-6).

²⁰ Em relação à desapropriação a jurisprudência orienta-se no sentido da mitigação da regra inserta no art. 9º: “Cabe ao Poder Judiciário decidir se a desapropriação corresponde à finalidade constitucionalmente prevista de destinar-se o bem expropriado a fins de necessidade ou utilidade pública de interesse social” (RTJ 72/479 in NEGRÃO, 1998 : 864, nota 1 ao art. 9º). Na mesma linha: “Conquanto ao Judiciário seja defesa incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação, pode e deve ele escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato, bem como a finalidade, pois aí reside o freio à discricionariedade” (RSTJ 13/272 in NEGRÃO, 1998 : 864, também na nota 1 ao art. 9º).

No processo de inventário encontra-se um exemplo de restrição à cognição para se preservar o desenvolvimento regular do processo. Se há disputa sobre a qualidade de herdeiro e, pelos elementos constantes nos autos, é impossível a decisão com elevado grau de convencimento, o juiz reconhecerá que se trata de “matéria de alta indagação”, remetendo as partes às vias ordinárias para a sua solução (CPC, artigo 1.000, inciso III, parágrafo único).

Outro exemplo dessa modalidade de cognição, muitíssimo freqüente no foro, é o **mandado de segurança**. Sendo uma ação constitucionalmente dirigida à proteção de direito líquido e certo, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXIX, da CF/88, a afirmação da existência do direito²¹ deve estar perfeitamente demonstrada em prova preconstituída, anexa à petição inicial, não havendo outra oportunidade para produção de elementos destinados à formação do convencimento do juiz. Portanto, essa prova será sempre exclusivamente documental, não se admitindo os demais meios (testemunhal, pericial, inspeção judicial e depoimento pessoal das partes), ainda que tenham sido realizadas antecipadamente²².

d) Procedimento de **cognição eventual, plena ou limitada e exauriente**: a cognição depende da iniciativa do demandado em instaurar o contraditório, caso não o faça, deixando de apresentar defesa no tempo e modo oportunos, a cognição prevista no esquema abstrato da lei ficará prejudicada. É o caso da ação monitória, que será analisada no subitem 6.3.

e) Procedimento de **cognição sumária**: é empregado nos casos em que a urgência e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação exigem a atuação iminente do magistrado, concedendo a tutela jurisdicional capaz de evitar aquela lesão, seja através de uma medida acautelatória do direito ameaçado, preservando-o até a solução da demanda ou de um processo principal, seja pela antecipação do provimento final (permitida nos artigos 273 e 461 do CPC, além das medidas liminares em geral, concedidas nos procedimentos especiais regulados no Código e em leis extravagantes como no mandado de segurança e na ação civil

²¹ Marinoni destaca que no mandado de segurança não se prova a veracidade dos fatos porque “o fato não pode ser qualificado de ‘certo’, ‘indivíduo’ ou ‘verdadeiro’, o fato apenas existe ou não existe. Como o direito existe independentemente do processo, este serve apenas para declarar que o *direito afirmado* existe, isto é, prova-se a afirmação de fato para que se declare que o direito afirmado existe. Acentue-se que a sentença de cognição exauriente limita-se a declarar a *verdade de um enunciado*, ou seja, a afirmação de que o direito existe é, de acordo com as provas produzidas e o juízo de compreensão do juiz, verdadeira; em outras palavras, o direito que o processo afirma existir pode, no plano substancial, não existir e vice-versa” (1994 : 21).

²² Essa afirmação é encontrada na lição de Marinoni segundo a qual não se pode confundir prova documentada, como é o caso da produção antecipada de prova, com prova documental. “O documento que contém a declaração testemunhal antecipada prova apenas a declaração testemunhal e não a afirmação de fato que tal declaração pretende provar. [...] O testemunho, como ato humano, não demonstra, por si só, um fato, enquanto o documento, que é uma coisa, é suficiente para representar um fato” (1994 : 22).

pública), “ou ainda em virtude da particular disciplina da lei material, faz-se suficiente a cognição superficial para a concessão da tutela reclamada” (WATANABE, 1987 : 86).

f) Procedimento de **cognição superficial**: para Watanabe as expressões “sumária” e “superficial” são sinônimas designando a mesma espécie de cognição (como ficou demonstrado na lição acima transcrita). Luiz Guilherme Marinoni, ao contrário, estabelece uma distinção entre esses dois termos, para ele a **cognição sumária é própria dos juízos de probabilidade**, que tem sede no julgamento final das ações cautelares e sumárias antecipatórias, porque a afirmação dos fatos é confrontada com as provas produzidas pelas partes. Enquanto a **cognição superficial**, menos profunda do que a cognição sumária, é **própria dos juízos de verossimilhança**. “Trata-se da cognição típica das liminares proferidas em atenção à verossimilhança de que o fato afirmado existente possa vir a ser provado durante a instrução sumária” (MARINONI, 1992 : 26).

Aceita-se, em parte, a distinção formulada por Marinoni, porque é necessário reconhecer a diferença entre um juízo de probabilidade e um juízo de mera verossimilhança, conforme se verá no subitem 5.2. Entretanto, faz-se a ressalva de que a distinção entre cognição sumária e superficial, não é dada exclusivamente pelos diferentes momentos procedimentais da decisão, se logo no início, antes mesmo da citação do réu, após a contestação e a produção de provas, ou na oportunidade da decisão final de mérito.

A nota característica está na exigência feita pelo legislador do grau de convencimento do juiz ou da maior ou menor proximidade com a verdade do direito objeto da decisão. Trata-se, portanto, dos **resultados da atividade cognitiva**. Para a cognição superficial basta a verossimilhança do direito afirmado, enquanto a cognição sumária exige mais, a probabilidade que o direito exista.

Pode-se presumir que nos processos sujeitos a medidas liminares, a atividade cognitiva do magistrado apresenta graus diferentes no plano vertical conforme a fase do procedimento. Assim, no primeiro instante, para o deferimento das medidas liminares requeridas na petição inicial, exige-se menos evidências do direito ou da situação afirmados, afinal o processo recém iniciou seu curso e a relação processual sequer está completa, o que se dará com a sua angularização pela citação válida e regular do réu. Nesse caso, o pedido de medida liminar será analisado quando do primeiro contato do juiz com a lide, a partir dos elementos oferecidos exclusivamente pelo autor na inicial. Não sendo caso de ordenar a emenda da exordial, conjuntamente com o despacho de recebimento será decidido o pedido de

liminar, determinando-se a citação do requerido e, se deferida a liminar, as providências necessárias ao seu cumprimento.

Entretanto, há ações em que a medida liminar não é requerida *in limine litis*, mas em fase mais adiantada do processo, afinal os requisitos da medida podem ter se aperfeiçoado quando, por exemplo, os autos estivessem conclusos para sentença (pedido de tutela antecipada em razão de uma situação nova expor o direito a perigo de dano irreparável ou de difícil reparação). Nessa hipótese as partes já teriam debatido amplamente suas alegações e produzido todas as provas que podiam ou entendiam necessárias, e, inclusive, apresentado razões finais. Seria então o caso de exigir-se do juiz a declaração de “certeza” do direito afirmado para a concessão da medida, haja vista que as partes não teriam mais provas a produzir? É certo que não. A decisão estará circunscrita a aferir a aparência do direito, será tomada, portanto, mediante cognição sumária. Inobstante, os elementos serem os mesmos que o juiz disporá para formar o seu convencimento na futura sentença de mérito.

Assim, tem-se que a distinção funda-se, principalmente, no **resultado da cognição**, segundo previsto na lei. A possibilidade das partes contraditarem seus argumentos e o juiz decidir com base nas provas produzidas em instrução plena, são indicadores da modalidade de cognição que o legislador estatuiu para o procedimento. Mas, repita-se, não passam de indicações que podem ser suplantadas por regras que estabeleçam o grau de convencimento do juiz e a probabilidade de que exista o direito tutelado.

Nos subitens destinados à tutela antecipada e à ação monitória voltar-se-á a tratar desse assunto, onde, com mais subsídios, pretende-se esclarecê-lo.

g) Processo de **cognição rarefeita**, que é o de execução. Conforme foi dito *supra*, em todos os processos há atividade de conhecimento, porque o juiz deve decidir inúmeras questões que, se não constituem o mérito do pedido, pelo menos legitimam o exercício do direito de ação. Araken de Assis já reconhecia que o “processo de execução, apesar de endereçado a operações práticas no mundo dos fatos, não é completamente estranho a juízos de apreciação do órgão jurisdicional, e, portanto, ao surgimento de uma limitada atividade cognitiva” (1987 : 32). Entre essas atividades menciona a análise da avaliação dos bens penhorados e o valor ou regularidade da arrematação. Nesses casos o núcleo do ato do juiz “se aproxima de um ato de cognição ou apreciação que caracteriza o processo de conhecimento” (ASSIS, 1987 : 32).

O reconhecimento pacífico pela doutrina e jurisprudência da possibilidade de discussão, nos próprios autos da execução, sobre o crédito que o credor pretende ver

satisfeito, produziu uma sensível alteração nesse quadro, reduzindo a oposição entre processo de conhecimento e processo de execução, pelo menos no que toca à modalidade de cognição em cada um.

A defesa do devedor nos autos da execução, portanto, independentemente da segurança do juízo e da oposição de embargos, denomina-se **exceção de pré-executividade**.

Nelson Rodrigues Netto (1999 : 33) afirma que um dos antecedentes históricos mais remotos da exceção de pré-executividade foi cunhado pelo gênio de Pontes de Miranda, em parecer datado de julho de 1966. Desde então multiplicaram-se as opiniões doutrinárias favoráveis à exceção de pré-executividade e, atualmente, é entendimento assente na doutrina, entre os seus defensores estão Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Jr. e Sálvio de Figueiredo Teixeira (RODRIGUES NETTO, 1999 : 33-4).

A exceção de pré-executividade destina-se a “impedir o prosseguimento de um processo de execução nulo, obstando a eventual realização abusiva de penhora” (RODRIGUES NETTO, 1999 : 32). Assim, são alegáveis matérias de ordem pública, que, aliás, podem ser conhecidas de ofício pelo juiz: os pressupostos processuais (de constituição como jurisdição e capacidade postulatória, de validade como a competência e a citação válida e os pressupostos negativos, coisa julgada, litispendência e perempção), além das condições da ação.

Para Nelson Rodrigues Netto outras matérias poderiam ser argüidas por um critério de justiça das decisões, impedindo o prosseguimento de uma execução que se apresenta manifestamente infundada. Seria o caso de: “pagamento, transação, compensação, prescrição e decadência, ou qualquer fato impeditivo, modificativo ou impeditivo [parece que o autor queria dizer extintivo] do direito do credor” (1999 : 36). Alberto Camiña Moreira acrescenta a essas hipóteses o excesso de execução e a novação (1998 : 136/170).

Nesse incidente vigora a modalidade de **cognição exauriente *secundum eventum probationis***, semelhante a do mandado de segurança. Assim, se a decisão for de procedência fará coisa julgada, caso contrário, os mesmos argumentos de defesa poderão ser utilizados nos embargos à execução. No plano horizontal existe cognição **parcial**, pois há limitação quanto às matérias suscetíveis de alegação e, portanto, de conhecimento.

4.7. Cognição, procedimento e cláusula do devido processo legal

Fala-se em procedimento de cognição plena, procedimento de cognição parcial, procedimento de cognição sumária e assim por diante, porque é no procedimento que as

diversas espécies de cognição serão ordenadas para produzirem processos²³ mais adequados às diferentes características das situações litigiosas, otimizando-os no objetivo de preservar a fruição de um direito ameaçado ou mesmo antecipar a sua realização à decisão final da causa.

Segundo Watanabe o procedimento, estabelecido como *iter* a ser seguido para a obtenção de uma decisão judicial, constitui a ossatura do processo, sem o qual ele seria algo amorfo, disforme. Considerando-se o processo no plano abstrato da previsão normativa, é ele procedimento qualificado pelo contraditório. Por esse estudo é possível avaliar “se um determinado processo concebido pelo legislador, antes mesmo de sua realização em concreto [relação jurídica iniciada pela demanda e constituída plenamente com a citação válida do réu], atende ou não todas as exigências da cláusula do devido processo legal” (WATANABE, 1987 : 92-3).

É justamente no procedimento que serão empregadas as várias modalidades de cognição, considerada nos planos vertical e horizontal, criando-se tipos diferentes de processos que, “consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender as opções técnicas e políticas do legislador” (WATANABE, 1987 : 94).

A insuficiência do procedimento ordinário para atender às exigências da sociedade moderna quanto à celeridade e efetividade do processo provocou inúmeros estudos doutrinários sobre essas questões e permeou todas as recentes microreformas do Código de Processo Civil. Nesse sentido, a cognição é uma técnica que, se bem empregada, pode conduzir prontamente à efetividade do processo, elevando o direito à adequada cognição da lide em nível de garantia individual, integrando o princípio do devido processo legal.

O direito à *cognição adequada* à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários, do conceito de ‘devido processo legal’, assegurado pelo art. 153, § 4º, da Constituição Federal. ‘Devido processo legal’ é, em síntese, processo com procedimento

²³ Enquanto para Watanabe em função da cognição surgem processos distintos, para Marinoni (1992 : 29), que em linhas gerais segue a lição de Watanabe, da combinação das diversas modalidades de cognição **surgem diferentes espécies de tutelas**, conforme se constata na afirmação de que “através da combinação das diferentes espécies de cognição, podemos caminhar na busca do procedimento adequado, visando tornar eficaz o direito à adequada tutela jurisdicional”. Infere-se dessas palavras que Marinoni confunde a tutela jurisdicional entendida como o conjunto de medidas aptas a tornar efetivo um direito reconhecido em sentença com a atividade judicial de direção do processo, preparatória da decisão. Conclusão, aliás, comprovada pela lição adiante transcrita, extraída da obra “Novas Linhas do Processo Civil”, p. 84, na qual Marinoni cita o pensamento de Proto Pisani no sentido de que para ser efetiva a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela “deve traduzir-se na disposição prévia dos **meios de tutela jurisdicional (de procedimentos, provimentos e medidas coercitivas)** adequados às necessidades de tutela de cada uma das situações de direito substancial.” (sem grifo no original). Sobre o conceito de tutela jurisdicional vide o subitem 5.4.

adequado à realização plena de todos esses valores e princípios.
(WATANABE, 1987 : 93-4).

Assim, na criação de processos diferenciados o legislador poderá diminuir as exigências quanto à extensão e profundidade do conhecimento do julgador, manipulando as diferentes espécies de cognição para ajustar o procedimento às peculiaridades do direito afirmado. Nessa tarefa o procedimento ordinário consistirá sempre o ponto de partida, porque, como se destina a produzir a certeza no julgador quanto à relação jurídica material controvertida, foi construído para gerar um conhecimento pleno e exauriente dessa relação e do direito que a regula. Infelizmente esse nível máximo de conhecimento faz com que o processo se desenvolva por tempo muito além do desejado pelas partes e mesmo pelo Estado: afinal podem se referir a todos os fatos pertinentes ao direito postulado e requererem a produção das provas que bem quiserem e entenderem necessárias para comprovar suas alegações.

O fator tempo está indissociavelmente ligado ao processo, mas se apresenta em razão inversa à sua efetividade. Quanto maior o tempo compreendido entre o ajuizamento da ação, a sentença e, finalmente, a concreta fruição do direito declarado, menor será a satisfação do autor-vencedor com o resultado do processo. Por isso o tempo da prestação jurisdicional deve ser reduzido ao mínimo necessário à preservação da cláusula do devido processo legal.

A cognição parcial - limitação dos objetos sobre os quais o juiz formará o seu convencimento - favorece a aceleração do processo porque, em tese, haverá menos fatos a serem comprovados e, portanto, menos provas a serem produzidas. Entretanto, sendo ilimitada a profundidade da cognição, o direito deve apresentar-se evidente ao olhos do julgador, o que pode provocar a dilação da instrução probatória até o ponto em que esteja formado o conhecimento exauriente da lide.

Por esse motivo, para a aceleração do processo, a restrição da cognição no plano vertical é mais eficiente do que no plano horizontal. Não estando o processo predisposto ao conhecimento exauriente da lide, o magistrado pode emitir seu julgamento, ainda que temporário, com base na probabilidade ou verossimilhança de que o direito afirmado realmente exista, sendo desnecessária a prova cabal do direito e mesmo a ouvida da parte contrária.

Cumprе ressaltar que o direito à adequada cognição da lide assiste tanto ao autor quanto ao réu. As partes têm o direito de controverter amplamente suas razões e comprovar suas afirmações, assim, a concepção das várias modalidades de procedimento pela técnica da

cognição é limitada pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e de outros princípios que compõem a cláusula do devido processo legal (WATANABE, 1987 : 94).

A ação é dirigida contra o Estado mas os efeitos concretos da sentença de procedência serão sentidos por outra pessoa: o réu, fazendo surgir neste a pretensão de que o pedido do autor seja julgado improcedente. O que implica na bilateralidade da ação e do processo (CINTRA et al, 1995 : 270), instaurando-se, assim, o contraditório (possibilidade de ter ciência dos termos e atos do processo e opor-se a eles). Ademais a ampla defesa é assegurada constitucionalmente (artigo 5º, inciso LV, da CF/88) constituindo, ao lado da adequada cognição da lide, um dos corolários do devido processo legal.

O Estado é obrigado a garantir e possibilitar a fruição do direito do autor, seja liminarmente ou no final do processo, mas o réu detém o direito contraposto de insurgir-se às pretensões do autor, o que equivale dizer direito à ampla defesa. Ao réu assiste o direito de resistir às invasões da sua esfera jurídica (consequência da sentença de procedência do pedido), utilizando todos os meios de prova aptos a afastarem as afirmações do autor. Portanto, o direito à adequada cognição deve ser visualizado tanto pelo prisma do autor que, via de regra, é favorecido com modalidades de cognição parcial e sumária, quanto pelo prisma do réu, para quem as chances de êxito são diretamente proporcionais à possibilidade de ampla defesa e à intensidade do contraditório, típica do procedimento de cognição plena e exauriente.

A escolha de qual desses interesses será preterido depende dos atributos de cada relação jurídica e das situações as quais está exposta.

5. COGNIÇÃO SUMÁRIA

5.1. Origem

A classificação da cognição parte sempre dos planos sobre os quais é analisada. Nesse sentido, pode-se conceituar a cognição sumária como “uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical” (WATANABE, 1987 : 95).

A técnica da cognição sumária remonta ao direito romano, no qual era empregada para concepção de processos mais céleres do que o ordinário. Foi na legislação de Justiniano que a cognição sumária ganhou regramento mais preciso e orgânico, principalmente no que toca às provas sumárias. Admitia-se, então, decisões urgentes com fundamento na verossimilhança das alegações, através de provas parciais. Essas decisões, assim como hoje, poderiam ser revertidas num procedimento com ampla instrução probatória, único apto a formar um convencimento definitivo²⁴ (WATANABE, 1987 : 98).

Ovídio Baptista esclarece que a principal atividade do pretor, conceder ou denegar a ação, era proferida sob a forma de cognição sumária, pois a decisão era tomada mediante a avaliação, até certo ponto, discricionária da causa:

A cognição sumária do pretor era, em verdade, inerente ao seu ofício, e, nos juízos interditaes, a *causae cognitio* podia ser mesmo decisão definitiva, na medida em que encerrava o procedimento e, em certo sentido, ainda sumária, enquanto reservava para o futuro juízo ordinário (...) as questões cuja alegação fossem vedadas no juízo interdital (1985 : 36-7).

No direito pátrio, o Código de Processo Civil de 1939 conheceu duas modalidades de procedimentos de cognição sumária. Um na ação cominatória do artigo 302, pela qual o autor obtinha uma decisão liminar de natureza condenatória e condicionada ao não oferecimento de resposta. Se o réu comparecesse, a medida convertia-se em mera citação, caso contrário, adquiria eficácia de coisa julgada, transformando-se em título executivo.

O outro procedimento de cognição sumária estava previsto no artigo 298 daquele Código, pelo qual se adiantava liminarmente a realização da penhora, antes da condenação. Era a chamada ação executiva, destinada à cobrança de dezoito categorias de títulos executivos extrajudiciais, elencados no citado artigo 298. Consistia numa “autêntica e

²⁴ A ação monitória, entretanto, é uma exceção a essa regra, pois o mandado inicial dirigido ao réu para que pague ou entregue o bem ou coisa móvel em seu poder, ou ofereça defesa, é deferido com base em cognição

completa execução forçada por quantia certa, entremeada pelos atos todos de um procedimento ordinário cognitivo. Após o ajuizamento da demanda e citação para pagar, vinha a penhora e podiam sobrevir embargos” (DINAMARCO, 1997 : 77). Nos dois exemplos a decisão liminar era outorgada com base em cognição sumária²⁵, “o que equivale dizer que a provisão judicial apoiava-se em *fumus boni iuris*, demonstrado pelo autor com os elementos de prova que haveria de oferecer desde logo com a inicial” (BAPTISTA DA SILVA, 1985 : 36).

5.2. Limites da cognição sumária

Os doutrinadores geralmente conferem o caráter sumário à cognição dos procedimentos em que o contraditório é mitigado e não se permite às partes a ampla produção de provas. Poucos diferenciam as limitações da atividade cognitiva nos planos horizontal (extensão) e vertical (profundidade). Conseqüentemente a terminologia apresentada no Capítulo 4 não é observada com rigor.

Somente a partir da publicação dos estudos de Kazuo Watanabe, a doutrina nacional passou a tratar desse tema com a correção terminológica necessária ao bom desenho dos institutos processuais.

Como historicamente a cognição sumária foi e é empregada no âmbito das medidas liminares, costuma-se afirmar que todo o procedimento ou decisão que não tem por objetivo a composição definitiva da lide, só possível mediante uma investigação exaustiva das razões das partes, resolve-se por um julgamento fundado em cognição sumária. Mas, isso não é suficiente para estabelecer os limites entre a cognição sumária e a exauriente.

Segundo a conhecida lição de Calamandrei, adotada uniformemente pela doutrina, através da cognição sumária busca-se “*un giudizio di probabilità e di verosimiglianza*” (*Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*, 1936, § 21, p. 63, *apud* WATANABE, 1987 : 95).

sumária, e, no caso do réu não oferecer embargos, constituir-se-á em decisão definitiva, a única desse processo. Sobre a cognição na ação monitória *vide* o subitem 6.3.

²⁵ Ovídio Baptista afirmou que se tratava de tutela concedida mediante *cognitio non plena*, entretanto segundo a classificação adotada nesta monografia, os adjetivos “plena” e o seu oposto “parcial” são empregados para designar a extensão da cognição no plano horizontal, enquanto nos procedimentos da ação cominatória e da ação executiva havia limitação cognitiva no plano vertical, profundidade, por isso falou-se em cognição sumária.

José Carlos Barbosa Moreira no ensaio “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, de 1978, já havia classificado como sumária a cognição na ação cominatória: “... após cognição inicial sumária e provisória, ordenava o juiz ao devedor que se abstivesse do ato proibido, ou que praticasse o ato devido, sobre ameaça de pena (*lato sensu*) para o caso de descumprimento.” (1980 : 28).

Watanabe afirma que a probabilidade tem graus e para apresentá-los utiliza a seguinte graduação concebida por Malatesta, em matéria criminal, mas que entende aplicável ao campo do processo civil: “relativamente a determinado objeto, é possível uma *mínima* probabilidade, que denomina *verossímil*, uma probabilidade *média*, que chama de *provável* e a probabilidade *máxima*, que seria o *probabilíssimo*” (1987 : 96).

Na seqüência, Watanabe afirma que “a convicção do juiz, na cognição sumária apresenta todos esses graus. Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, enfim, à especificidade do caso concreto” (1987 : 97).

Cândido Rangel Dinamarco também se apoiou em Malatesta para aduzir que:

Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. A probabilidade é *menos que a certeza*, porque lá, os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a *credibilidade*, ou verossimilhança, em que na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar (1993 : 238-9).

Porém, é preciso advertir, como faz Dinamarco, que “a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera *probabilidade*, variando somente o grau de probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis dos riscos” (1993 : 238).

Calamandrei já havia alertado para a ilusão da busca da certeza no seu “*Verità e verosimiglianza nel processo civile*” ao afirmar que “as verdades históricas não passam de probabilidades” e “no momento final do julgamento, intervém na consciência do juiz uma espécie de iluminação irracional, um autêntico *ato de fé*, que transforma a probabilidade em certeza” (*in Revista di diritto processuale*, 1955, p. 166, *apud* DINAMARCO, 1993 : 237-8).

Mas, se a certeza é uma qualidade improvável dos julgamentos porque a doutrina continua postulando sua existência? Por duas razões: (a) “todo sistema jurídico se desenvolve, de modo mais ou menos minucioso e eficiente no sentido de produzir um estado de certeza quanto a direitos e obrigações”, seja pelas normas vigentes, ou pelas decisões judiciais, as quais devem ser “tomadas mediante critérios de certeza”, para com isso minimizar “os riscos de injustiça e erro”. Pela soma de leis claras e precisas com decisões judiciais conformes à realidade tem-se como produto a **segurança jurídica**, “que é fator de paz social e constitui um importante escopo processual” (DINAMARCO, 1993 : 237); (b) apesar da certeza ser um

valor quase inatingível, a sua busca não deve ser desprezada, porque a freqüente incapacidade de se chegar ao resultado pretendido não significa que se deva abandonar a pretensão de alcançá-lo. A importância da certeza como caminho para a segurança jurídica justifica os esforços para sua realização, inobstante a falibilidade dessa empreitada.

Correlata à noção de certeza está a de verdade.

Para exposição do problema da verdade no processo civil, nada mais aconselhável do que as palavras de Francesco Carnelutti, proferidas em momento de revisitação à sua extensa obra jurídica:

Quando parti, nos meus estudos do processo, com a *Prova Civile*, falei de **verdade**, assinalando como escopo do processo a investigação da verdade substancial e, como resultado, a obtenção de uma **verdade formal**. Mas não era, embora algo comum, uma distinção fundada. A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e porque, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem. (1998 : 606).

E não pode porque “a verdade está no **todo**, não na **parte**; e o todo é demais para nós”. Para conhecer a verdade de uma coisa é preciso “conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa” (CARNELUTTI, 1998 : 607).

O Prof. Johannes Hessen apresenta um conceito de verdade: “a verdade do conhecimento consiste na concordância do conteúdo do pensamento com o objeto” (1980 : 147). Em outras palavras, “o conhecimento consiste em forjar ‘uma imagem’ do objeto, e a verdade do conhecimento é a concordância desta ‘imagem’ com o objeto”. (HESSEN, 1980 : 33).

Qual seria, então, um método para avaliar a correspondência da “imagem” com o objeto? “A ausência de contradição é, com efeito, um critério de verdade” (HESSEN, 1980 : 152). Porém, é válido somente para as ciências formais ou ideais.

Pense-se na lógica ou na matemática: o pensamento não se encontra com objetos reais, mas sim com objetos mentais, ideais; permanece, de certo modo, dentro da sua própria esfera. (...). O meu juízo é, neste caso, verdadeiro, quando está formado consoante as leis e normas do pensamento. E conhecemos que é assim na ausência de contradição.

Mas esse critério fracassa logo que se não trate de objetos ideais, mas sim de objetos reais” (HESSEN, 1980 : 153).

Aí está a grande bifurcação em que se encontra a ciência jurídica, notadamente quando analisa a atividade de julgar, formar um convencimento verdadeiro do confronto dos objetos ideais (leis) com os objetos reais (fatos).

Atualmente, a doutrina é praticamente unânime em afirmar que a verdade não constitui o objetivo do processo, “tendo em vista a impossibilidade de alcançá-la.(...) A busca da verdade, a aproximação com a realidade, são apenas meios para que o processo atinja seu objetivo: resolver conflitos de interesses, com justiça” (RODRIGUES, cap. IV, 1996 : 33).

Carnelutti reconheceu o erro em “atribuir ao processo a busca da verdade”, o correto seria substituir “a investigação da **verdade** pela da **certeza**” (1998 : 607).

Mas, no que consiste a certeza para Carnelutti?

A certeza implica na escolha entre as diversas soluções possíveis, isso faz emergir a noção de dúvida, que para ele é o contraste ou a incompatibilidade entre dois raciocínios. Mas, quando a dúvida seria eliminada? Segundo Carnelutti **nunca**:

Assim o juiz, após ter examinado as provas, após ter escutado as razões, após tê-las valorado, continua a encontrar-se, em realidade, defronte àquela dúvida que o seu pensamento não consegue, de nenhum modo, eliminar. Existirão dúvidas macroscópicas e microscópicas, mas bastam somente estas últimas para constituir a sua dificuldade e o seu tormento (1998 : 608).

Dinamarco sustenta que a **certeza** tem estreita relação com a **verdade**, da qual constitui “manifestação subjetiva” (1993 : 236). No entanto, o contato entre elas não é tão próximo quanto afirma, porque a **certeza** é a **convicção** sobre um determinado enunciado, tanto no sentido da sua existência ou correção, quanto da inexistência ou incorreção, assim, é desnecessária a correlação da certeza com a verdade, pois, subjetivamente, podemos estar convictos quanto a uma dada proposição, qualquer que seja o seu conteúdo, mas essa proposição ser completamente desconforme à realidade, portanto, inverídica.

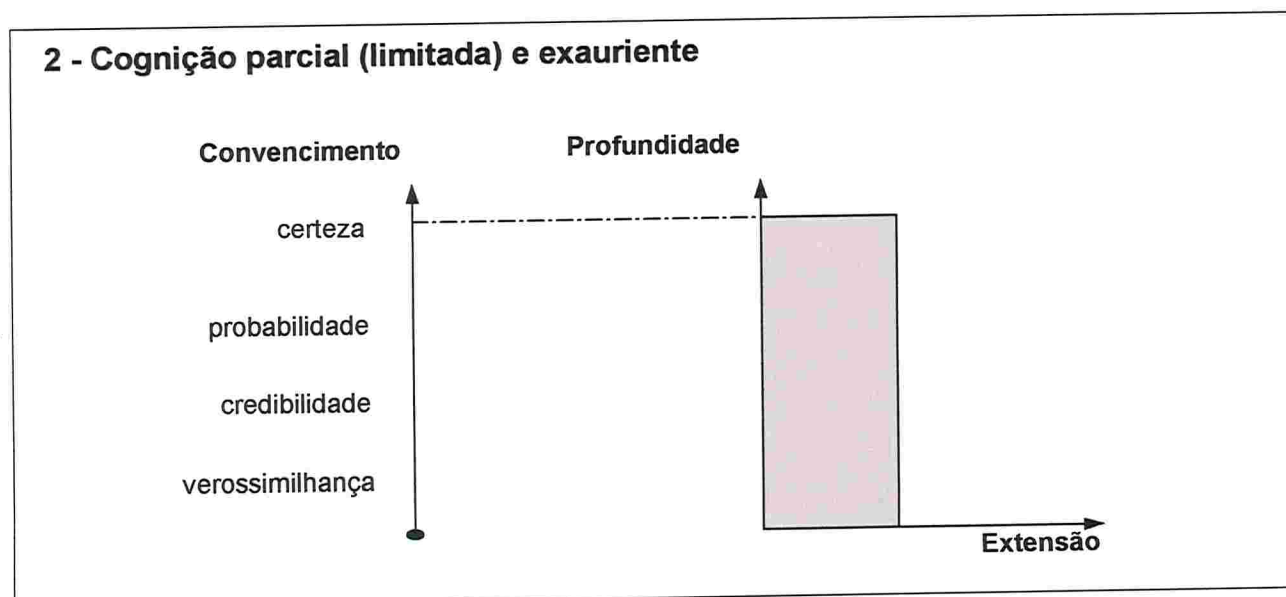
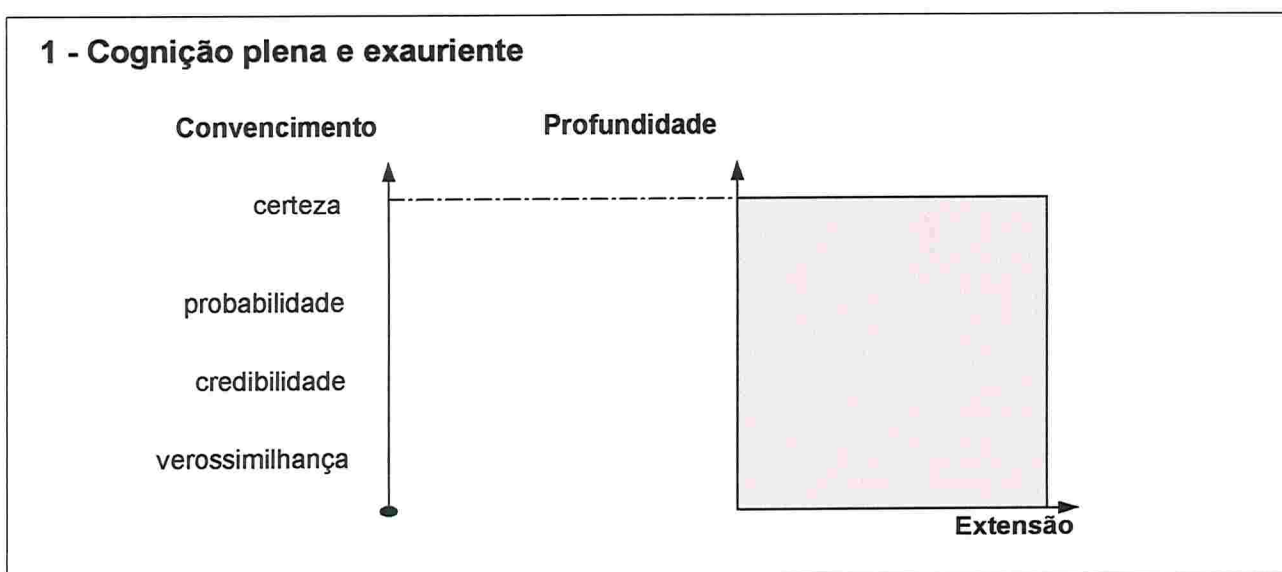
Entretanto, idealisticamente, as decisões judiciais devem ser fruto da convicção do juiz sobre os fatos, os quais devem corresponder, na medida do possível, à verdade.

Feitas essas observações, pode-se, a contento, concluir que mediante a cognição sumária busca-se um juízo de probabilidade ou credibilidade quanto às afirmações das partes e fatos pertinentes à solução da causa. Reservado o juízo de verossimilhança à cognição superficial.

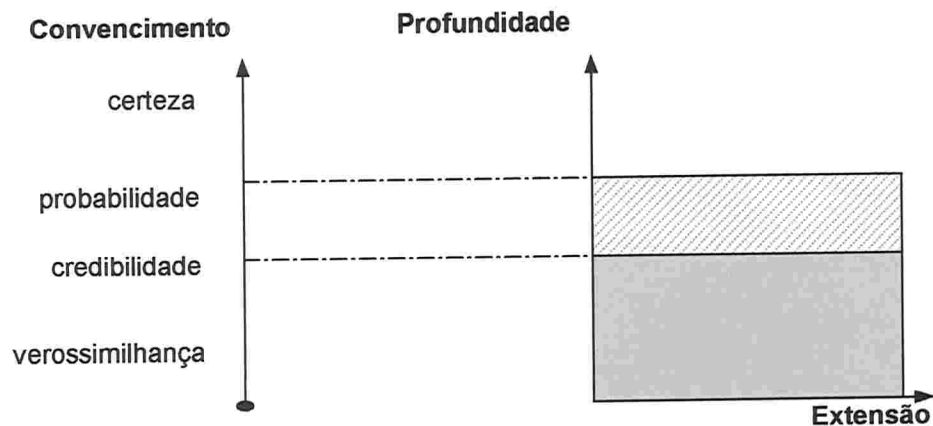
Percebe-se que há uma escala entre os resultados da atividade cognitiva: a **certeza**, correspondente à **cognição exauriente**, está no ápice do plano dos resultados; a **probabilidade** está num patamar inferior, e abaixo dela a **credibilidade**, mas ambas

correspondem à **cognição sumária**; no último nível encontra-se a **verossimilhança**, que é reservada à **cognição superficial**.

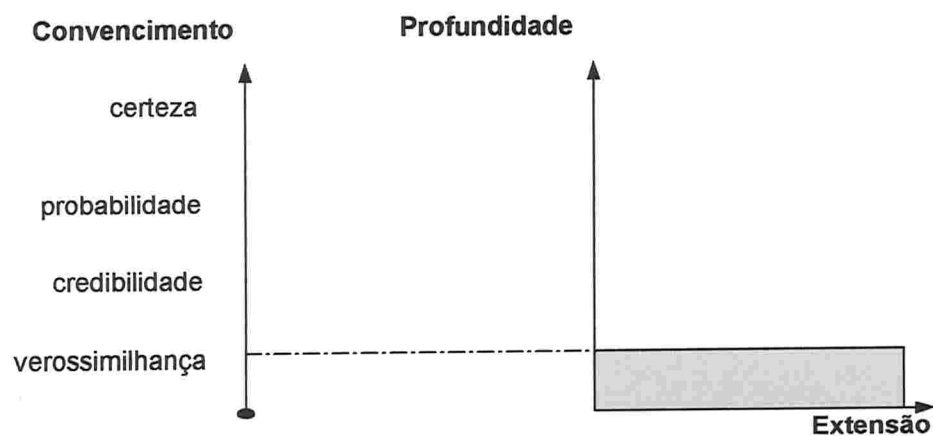
Dessa forma, traçando-se um plano de resultados paralelo ao plano vertical da cognição tem-se que a cognição exauriente e a certeza estão no mesmo nível, no patamar mais elevado dos referidos planos, logo abaixo está a cognição sumária, que envolve os dois níveis seguintes de resultados, a probabilidade e a credibilidade, e no ponto menos profundo estão lado a lado a cognição superficial e a verossimilhança.



3 - Cognição plena e sumária



4 - Cognição plena e superficial



5.3. Sumariedade material e sumariedade formal

A sumariedade material está nas limitações à exigência de prova completa e cabal sobre as alegações das partes, ao passo que a sumariedade formal está na aceleração do procedimento, pela supressão de atos e diminuição de prazos.

É importante não confundir o procedimento sumário, regulado nos artigos 275 a 281 do CPC, com o procedimento de cognição sumária. Naquele a expressão “sumário” designa a abreviação procedimental - em contraposição à plenariedade do procedimento ordinário - motivada pela presunção de menor complexidade da lide e seu reduzido valor econômico. Apesar da sumarização procedimental, não há urgência quanto a outorga da tutela

jurisdicional requerida, porque o legislador não levou em consideração o perigo de dano ao direito da parte, o que implicaria na sumariedade material, ou seja, da cognição. A simplicidade do direito em questão e a menor complexidade da matéria fática constituem a pedra de toque para a construção do procedimento sumário, características que levaram à criação de um procedimento mais célere, informado pelos princípios da economia processual, oralidade, concentração e simplicidade.

Sendo a limitação meramente procedimental, não importando em restrição à atividade cognoscitiva do juiz, podendo as partes provarem exaustivamente suas alegações, a decisão do pedido terá assento em **cognição plena e exauriente** sobre todas as questões deduzidas pelas partes e as provas constantes dos autos.

Não se afasta, contudo, a possibilidade de cognição sumária no procedimento sumário, desde que o exija a situação posta em julgamento, seja para conservação ou para antecipação (FIGUEIRA JR., 1996 : 78), ou seja, admite-se a antecipação de tutela no procedimento sumário, conclusão, aliás, evidente, pois a tutela antecipada foi inserida no artigo 273 do CPC, no capítulo destinado às disposições gerais do processo e procedimento, portanto, aplicável irrestritamente aos procedimentos ordinário e sumário.

5.4. Tutela jurisdicional

Antes de prosseguir na análise da cognição sumária é necessário esclarecer o conceito de tutela jurisdicional, em razão dessa modalidade de cognição ser empregada nas chamadas tutelas de urgência, como a tutela cautelar e a tutela antecipada, e, também, pelo uso titubeante do termo “tutela” pela doutrina, como será apresentado.

Desde que o Estado avocou o monopólio da distribuição da justiça, proibindo a autotutela privada, nasceu um novo direito para os jurisdicionados, o direito à tutela jurisdicional, ao qual corresponde o dever estatal de prestá-la.

“O Estado não prometeu sentença favorável, prometeu sentença, prestação jurisdicional” (MIRANDA, 1970 : 239).

Enquanto imperou o sincretismo entre direito e processo via-se na tutela jurisdicional a função única de tornar concreto o direito subjetivo violado. Essa posição foi superada na fase autonomista, afastando-se toda a repercussão do direito sobre o processo. Assim firmou-se o entendimento de que através da tutela jurídica buscava-se realizar a vontade concreta da lei. No momento atual os processualistas esforçam-se em construir uma síntese dessas duas concepções, realçando o fato de que o processo é um imperativo para a estabilidade social e é

exercido precipuamente pelas pessoas para a fruição dos seus direitos mediante a solução dos conflitos entre o suposto titular do direito e aquele que se contrapõe à sua pretensão.

O substantivo tutela derivou do verbo tutelar que significa proteger, amparar, defender. Pode-se afirmar que a tutela constitui o fim último do Estado, pois se ele existe e é mantido pelos nossos esforços e vontades, é para termos algum proveito com isso. A tutela é a contrapartida devida às pessoas pelo Estado.

A tutela jurisdicional é uma espécie do gênero tutela jurídica estatal. Esta é conceituada como a proteção conferida pelo Estado ao homem para a “consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade” (DINAMARCO, 1996b : 61).

A tutela jurídica estatal realiza-se em dois planos: o da definição das regras de convivência e das conseqüências da sua inobservância, denominado direito material, e o das atividades destinadas à efetividade desses preceitos (DINAMARCO, 1996b : 61-2).

A tutela jurisdicional insere-se no segundo plano, ao lado da tutela administrativa, e não se confunde com o serviço realizado pelos juizes no exercício da função jurisdicional, como freqüentemente se refere a doutrina²⁶. A tutela é o resultado do processo sobre a vida das pessoas, em suas relações recíprocas e com seus bens. A sentença judicial não é tutela porque não opera modificações no meio social, exceto quando a pretensão das partes dirige-se exclusivamente à declaração²⁷, pleiteavam “no processo a certeza jurídica e nada mais” (CHIOVENDA, 1998a : 261).

Assim pode-se conceituar a tutela jurisdicional como os efeitos projetados pela sentença ou decisão para fora do processo e sobre as relações entre as pessoas (DINAMARCO, 1996b : 63).

No processo executivo, a tutela só haverá quando o titular do direito tiver obtido o bem desejado. No cognitivo, o momento tutelar depende da espécie de *cride jurídica* a debelar e, portanto, da natureza da sentença que acolhe a demanda do autor. As crises das situações jurídicas e as de certeza são desde logo debeladas pela própria

²⁶ Nesse sentido: Flávio Luiz Yarshell: “... a expressão tutela jurisdicional, aqui empregada para designação do exercício da função estatal que é a jurisdição (e também do resultado dessa atividade, qualquer que seja ele)...” (1993 : 18).

²⁷ De acordo com Chiovenda (1998a : 260-1): “As sentenças declaratórias, ao contrário, são *somente* sentenças declaratórias. O autor que requer uma sentença declaratória não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado, seja que consista na modificação do estado jurídico atual; quer, tão-somente, saber que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário; pleiteia no processo a certeza jurídica e nada mais.” A lição do mestre italiano deve ser vista com ressalvas, pois, como assentou Pontes de Miranda, não há sentença pura, ou seja, sentença exclusivamente declaratória, ou exclusivamente condenatória, ou constitutiva, ou mandamental, ou executiva. As sentenças são compostas por todas essas cargas de eficácia, divergindo na intensidade de cada uma.

sentença (constitutiva ou meramente declaratória²⁸, conforme o caso), dando-se desde logo a tutela, mas as de adimplemento perduram depois da sentença condenatória e a tutela efetiva só poderá advir como fruto do processo de execução (DINAMARCO, 1996b : 63).

Segundo Dinamarco a “verdadeira *tutela jurisdicional* socialmente útil é aquela que se outorga, mediante o exercício *consumado* da jurisdição, a quem tem razão segundo o direito material” (1996b : 66). Essa é a tutela jurisdicional plena porque satisfaz diretamente as pretensões de direito substantivo. Já a tutela condenatória, que se limita a abrir as vias executivas e a tutela cautelar, que visa assegurar uma execução futura, não tendo a aptidão de satisfazer concretamente as pretensões, sem oferecer ao sujeitos por si sós, o gozo de alguma situação favorável em face do bem postulado, são consideradas tutelas jurisdicionais de menor intensidade. A elas pode ser acrescida a tutela outorgada ao réu, no caso de improcedência da demanda ou extinção do processo sem julgamento de mérito, consistente em aliviá-lo da pretensão do autor.

No quadro das situações jurídicas a tutela jurisdicional ocupa o “grau mais elevado na escalada que vai da mera *faculdade de ingresso em juízo*, passa pela *ação* e pelo efetivo *direito ao provimento de mérito* e só finalmente chega a ela” (DINAMARCO, 1996b : 68).

Só tem direito à tutela jurisdicional quem tem razão perante o direito material. É para tutelar pessoas e não simplesmente direitos que se ordena a tutela jurisdicional, pela ótica do processo civil de resultados. Sob esse ângulo, no fim do processo sempre haverá outorga de tutela jurisdicional para alguma pessoa, em alguma intensidade, ainda que direito algum exista ou o juiz não se pronuncie sobre o mérito do pedido (DINAMARCO, 1996b : 75).

Estabelecido o conceito de tutela jurisdicional como efetiva realização do direito no meio social, ou, em grau reduzido, de simples preservação de direitos, destacando-se a distinção com os atos judiciais tendentes à outorga da tutela jurisdicional, pode-se avançar para discutir as formas tradicionais de tutela e a influência da técnica da cognição sobre elas e na criação de tutelas jurisdicionais diferenciadas.

5.5. Cognição e tutelas jurisdicionais diferenciadas

Segundo Watanabe:

A solução definitiva do conflito de interesses é buscada através de provimento que se assente em *cognição plena e exauriente*, vale dizer,

²⁸ Segundo a lição de Pontes de Miranda, apresentada acima, não há sentença meramente declaratória, não pelo menos no sentido de que sua eficácia seja exclusivamente declaratória, pois, mesmo nela, haverá as outras eficácias. A expressão “meramente declaratória”, entretanto, pode ser mitigada entendendo-a como designação das sentenças com preponderante eficácia declaratória.

em procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e *completo* quanto à profundidade dessa 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 (1987 : 85).

Geralmente o autor busca no processo um provimento condenatório³⁰. Mediante uma análise limitada ao esquema abstrato previsto no Código de Processo Civil, poder-se-ia concluir que a sentença condenatória seguida de execução forçada atenderia ao postulado de que o processo deve dar a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir. Se a condenação for pecuniária, através do emprego da técnica da correção monetária o ressarcimento aproximar-se-á bastante da situação original, anterior ao inadimplemento e à provocação da prestação jurisdicional (isso se a execução for frutífera).

Entretanto, a análise não pára por aí. Sendo o processo um instrumento para a atuação do direito material, o seu resultado “deve situar-se a uma distância mínima daquele que produziria a atuação espontânea das normas substantivas, e já é uma desgraça a impossibilidade de fazer coincidir precisamente um e outro” (BARBOSA MOREIRA, 1984c : 3).

Em outras palavras: o processo avizinha-se do *optimum* na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na regra jurídica material; e afasta-se progressiva e perigosamente desse ideal na medida em que o resultado na verdade obtido difere daquele que se obteria caso os preceitos legais fossem observados de modo espontâneo e perfeito pelos membros da comunidade (BARBOSA MOREIRA, 1980 : 21).

Agora, pode-se afirmar que em qualquer ação, seja de procedimento ordinário, sumário, cautelar, especial, enfim, o tempo necessário ao exaurimento de todos os atos do procedimento, constitui uma ofensa aos jurisdicionados na medida em que os afasta por longo período do bem da vida que lhes cabe segundo o direito material.

Essa distância é ainda maior quando circunstâncias especiais exigem um tratamento diferenciado para a tutela dos direitos. É o caso do direito estar ameaçado de sofrer um dano irreparável, ou haja elementos probatórios suficientes a imprimir no julgador um elevado grau de certeza da existência do direito afirmado e assim legitimar a invasão da esfera jurídica do demandado. Para adequar o processo às peculiaridades das relações jurídicas materiais o

³⁰ Os chamados “novos direitos”, como o direito à higidez do meio ambiente e os direitos ligados à vida em sociedade como educação, cultura, segurança, lazer, habitação, saúde, têm por característica a não patrimonialidade, o que tem alterado esse panorama e posto em destaque as sentenças com predominante eficácia mandamental.

legislador lança mão da técnica da cognição, pela qual reduz as exigências quanto à amplitude e profundidade da cognição judicial para a outorga da tutela jurisdicional.

Nesse passo as categorias do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* são constantemente utilizadas como requisitos para a concessão de tutelas jurisdicionais diferenciadas, como a tutela cautelar e a tutela antecipada.

6. APLICAÇÕES DA COGNIÇÃO SUMÁRIA

6.1. Cognição sumária e tutela cautelar

6.1.1. *Função da tutela cautelar*

A tutela cautelar destina-se a assegurar a realização futura de um direito ameaçado de sofrer um dano iminente e irreparável. Como sua missão é exclusivamente proteger o direito afirmado contra o dano e não declarar a existência desse direito e satisfazê-lo no plano social, a tutela cautelar contenta-se com uma investigação menos profunda das afirmações das partes, principalmente no momento inicial do processo, em que a pronta e imediata atuação do órgão jurisdicional pode resultar na concreta proteção do direito, ou, não o fazendo, na frustração definitiva da expectativa do requerente com a sua fruição. A eventual tutela outorgada ao final do processo cautelar poderá ser inútil nas ações em que a ameaça de lesão ao direito deixou de ser uma simples ameaça para se tornar lesão efetiva. Não significa que o direito pereceu, mas que dificilmente o seu titular terá algum proveito com ele. É o caso, por exemplo, do depositário que tenta se desfazer do bem para não entregá-lo ao depositante ou do mutuário que dilapida seu patrimônio até o estágio de insolvência, esvaziando as garantias do credor.

O perigo de dano iminente impõe a escolha entre o desprezo ao direito frente a essa situação extraordinária, remetendo-se as partes às delongas do processo de conhecimento, geralmente pelo procedimento ordinário, para que controvertam amplamente até esgotarem as possibilidades de defesa das suas posições, ou protege-se desde logo o direito afirmado, “adotando alguma medida que lhe dê segurança, sem que o direito por tal modo tutelado seja reconhecido como realmente existente pelo julgador, resultado este somente alcançável em demanda satisfativa”, assumindo-se o risco de que o direito protegido se mostre inexistente ao final do processo de cognição exauriente (BAPTISTA DA SILVA, 1998 : 17).

No atual momento de evolução da ciência processual, a primeira alternativa não pode ser considerada válida, porque o pretense titular de um direito, ainda que ele próprio tenha dúvidas quanto à sua existência, não pode ser privado definitivamente da sua satisfação, sob pena de ofensa à legitimidade do poder estatal, do qual a jurisdição é uma das faces. Afinal a proibição da justiça de mão própria, impedindo as pessoas de agirem por seus próprios meios para a proteção dos direitos, fez surgir a todos o direito à adequada tutela jurisdicional.

A idéia geral que preside e define a jurisdição cautelar é o de que os direitos merecem proteção jurisdicional mesmo antes de serem irremediavelmente violados, uma vez que o Estado não pode negar ao particular, a quem a ordem jurídica reconheça algum direito, ou algum interesse juridicamente protegido, os meios de assegurá-lo preventivamente antes de sua violação, mesmo porque, em muitos casos, essa violação significará a irremediável destruição do próprio direito que se terá de contentar com o sucedâneo da eventual e muitas vezes problemática composição pecuniária. (BAPTISTA DA SILVA, 1985 : 74).

Assim, deve-se privilegiar a proteção urgente dos direitos, o que traz ínsita a noção de tutela com base na simples aparência do direito ameaçado, pois o tempo necessário à sucessão dos atos destinados à investigação e demonstração exauriente das razões das partes é incompatível com a urgência da medida necessária à proteção do direito.

6.1.2. A cognição na tutela cautelar

“A *urgência* que é o verdadeiro ‘pano de fundo’ a legitimar a jurisdição cautelar impõe que o julgador proveja baseado em cognição sumária e superficial que a doutrina costuma indicar como *fumus boni iuris*, impedindo a segurança que um julgamento fundado em prova plena, capaz de conduzir a um juízo de certeza” (BAPTISTA DA SILVA, 1998 : 58).

Cumprir fazer algumas adaptações na lição acima transcrita para torná-la coerente com a classificação da cognição adotada nesta monografia.

O autor não distingue entre as expressões sumária e superficial para designar a cognição na tutela cautelar. Entretanto, segundo o explanado no subitem 4.6, cada termo representa uma modalidade diversa de cognição. Assim, a cognição superficial é reservada à análise das liminares *inaudita altera partes*, principalmente sem audiência do réu, quando o juiz pode se contentar com a **verossimilhança** do direito alegado. Ao passo que, a cognição sumária tem lugar quando da apreciação dos pedidos de liminares após a ouvida das partes, ou no julgamento final do processo cautelar, em que é necessária a demonstração da probabilidade ou credibilidade do direito ao qual se busca proteção.

Inobstante, incumbe advertir que a outorga de tutela cautelar liminar com base na verossimilhança deve ficar restrita às situações de extrema urgência, em que seja manifesta a gravidade da lesão e a forte possibilidade de que ela venha a acontecer, principalmente quando o réu tomar ciência da demanda (artigo 804, do CPC).

O processo cautelar foi ordenado para tutelar a aparência do direito, mas essa aparência ou probabilidade é dividida em graus. A mera verossimilhança, constitui o menor

grau de probabilidade, ou seja, a aparência mais remota, que não é suficiente para a outorga da proteção cautelar. Por isso, somente situações extraordinárias, mais do que já exige o processo cautelar, legitimam a proteção de um direito com base em juízo de verossimilhança.

Ademais, o artigo 804 do CPC não permite ao juiz a concessão de medidas liminares, com suspensão da cognição sumária ou superficial. “Esta exigência é freqüentemente esquecida pelos magistrados, na prática forense, onde se costuma conceder liminares ‘automáticas’, sem que o juiz se dê ao trabalho de investigar a legitimidade, ainda que sumária, da demanda intentada” (BAPTISTA DA SILVA, 1985 : 203).

Outra observação é que as expressões cognição sumária e *fumus boni iuris* representam realidades distintas, apesar da doutrina geralmente utilizá-las como sinônimas. *Fumus boni iuris* significa aparência do bom direito, portanto designa o resultado pretendido pelo uso da técnica da cognição sumária, ao passo que esta indica a atividade de conhecimento desenvolvida pela magistrado para obtenção desse resultado, o *fumus boni iuris*.

A sumariedade da cognição constitui, além de um pressuposto, um verdadeiro requisito da tutela cautelar, porque ela possibilita que esse processo cumpra sua missão de simples segurança-para-execução.

Caso fosse exigido no processo cautelar o mesmo nível de convencimento dos procedimentos ordinário e sumário, cairia por terra a celeridade da proteção jurisdicional e o processo cautelar perderia sua razão de ser.

O processo cautelar é caracterizado pela sumariedade material e formal.

No processo normal de cognição, o juiz irá decidir sobre a relação litigiosa, o conflito de interesses, por isso necessita de prova plena do direito para formar sua convicção. No processo cautelar “a tutela visa tão só afastar uma *situação perigosa*, sem *declarar* nada a respeito do alegado interesse ameaçado por essa situação de perigo” (BAPTISTA DA SILVA, 1973 : 46). Para atingir esse objetivo é suficiente a demonstração da probabilidade do direito invocado.

A sumariedade material induz à sumariedade formal.

“Ao satisfazer-se o juízo cautelar com uma mera *plausibilidade* do direito invocado, transmite essa *função* especial uma especial conformação do *órgão* por meio do qual ela se exerce, simplificando-o e despindo-o de certos cuidados inerentes e desejáveis no procedimento comum” (BAPTISTA DA SILVA, 1973 : 48-9).

A **situação de perigo** condiciona e justifica a pretensão de simples segurança “a um eventual direito sequer ainda reconhecido como existente”, ou seja, a **proteção jurídica da aparência** (BAPTISTA DA SILVA, 1985 : 74).

“Essas duas condições prévias impõem a sumariedade do processo cautelar, como uma decorrência necessária da índole da cognição judicial” (BAPTISTA DA SILVA, 1985 : 74).

Falou-se em procedimento ordinário e sumário e não em processo de conhecimento para aludir aos diferentes graus de convicção do juiz, porque o processo cautelar também é um processo de conhecimento entendido em sentido *lato*, afinal qualquer ato jurisdicional nele proferido exige que o juiz previamente conheça a situação cautelanda e os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, para então decidir se o ordenamento jurídico impõe a proteção do direito afirmado. “O Processo Cautelar, na verdade, é um processo de conhecimento como qualquer outro, apenas com a diferença de ser um processo com lide *sumária*, onde a cognição do juiz fica limitada a um juízo de probabilidade e não de certeza” (BAPTISTA DA SILVA, 1998 : 102-3).

A tutela cautelar, apesar de ser outorgada mediante cognição sumária, não afronta o princípio de que a execução deve ser sempre precedida do estabelecimento definitivo do direito, ou seja, de exauriente conhecimento da lide. Isso porque, como tem por objetivo a preservação do direito afirmado, as medidas cautelares são realizadas de formas diferentes das medidas do processo de execução³¹.

Em se tratando da asseguarção de direitos exclusivamente patrimoniais pode-se encontrar algumas semelhanças com as atividades do processo de execução. Isso se daria no momento inicial de efetivação das medidas outorgadas nas ações de arresto, seqüestro e busca e apreensão, por exemplo, que consiste na retirada temporária de um bem da posse do demandado. Entretanto, a semelhança termina por aí, pois não haverá os atos seguintes do processo executivo: a expropriação desse bem e a sua transferência, ou o equivalente em dinheiro, ao requerente.

Caso se procedesse dessa forma, estar-se-ia diante da antecipação da realização futura do direito (execução-para-segurança) e não da preservação da possibilidade de realização desse direito (segurança-para-execução), o que não se coaduna com o processo cautelar.

³¹ A “*execução forçada* tende a tornar *realizado* o direito, ao passo que as medidas cautelares jamais o realizam, no sentido de satisfazer a pretensão correspondente, limitando-se a assegurá-lo, para que sua futura realização não se frustrate.” (BAPTISTA DA SILVA, 1998 : 171).

Entretanto, a prática forense demonstrou a utilização desenfreada do processo cautelar para a obtenção de resultados somente possíveis no bojo do processo principal, desnaturando essa modalidade de atuação jurisdicional. Prática motivada pela inexistência no processo de conhecimento ou de execução de medidas liminares que atendessem às peculiaridades das situações conflituosas. Sensível a essa falibilidade o legislador introduziu a tutela antecipada no nosso processo de conhecimento.

6.1.3. *Coisa julgada e cognição sumária*

Segundo a consagrada lição de Liebman, a autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, “mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças” (1984 : 6).

A coisa julgada exerce duas funções, “de um lado, torna imutável o *ato* da sentença, posta ao abrigo dos recursos então definitivamente preclusos; por outro, torna imutáveis os *efeitos* produzidos pela sentença, porque consolida e os assegura do perigo de uma decisão contraditória” (LIEBMAN, 1984 : 182).

Mas nem todas as sentenças são aptas a produzirem coisa julgada. Não têm essa autoridade as sentenças “que não representam a solução do conflito de interesses deduzido em juízo - ou seja, as que põem fim à relação processual sem julgamento do mérito, as proferidas em procedimento de jurisdição voluntária, as medidas cautelares - assim como certas decisões interlocutórias” (CINTRA et al, 1995 : 308).

No caso específico da ação cautelar, a inaptidão da sentença para produzir “coisa julgada material decorre da ausência de qualquer declaração sobre relações jurídicas que possam ser controvertidas na ação cautelar” (BAPTISTA DA SILVA, 1985 : 200).

Mediante cognição sumária o juiz constata apenas a aparência do direito e, a partir dessa probabilidade, defere as medidas requeridas pelo autor.

“O juiz, ao decidir a causa, limita-se a afirmar a simples *plausibilidade* da relação jurídica de que o autor se afirma titular; e a existência de uma *situação de fato* de perigo” (BAPTISTA DA SILVA, 1985 : 200).

A circunstância de inexistir conteúdo declaratório suficiente na sentença cautelar para ocorrência da coisa julgada material, não implica nas idéias de que a ação cautelar se resolva sempre por sentença sem julgamento do mérito, ou que inexistam mérito na ação cautelar.

O mérito da ação cautelar está circunscrito ao *periculum in mora* e ao *fumus boni iuris* (MARINONI, 1992 : 67). No julgamento da ação cautelar o juiz irá reconhecer a presença ou ausência desses requisitos, no primeiro caso a sentença declarará procedente o pedido, no segundo, improcedente.

O juiz ao decidir sobre o perigo de dano e a aparência do direito, decide o mérito da controvérsia cautelar. Essas categorias não se confundem com as condições da ação. “Se o autor da ação cautelar não provar sumariamente seu direito e o perigo que o ameaça, a sentença não se limitará a julgar a legitimidade da relação processual cautelar, mas decidirá o próprio *mérito*” (BAPTISTA DA SILVA, 1973 : 69).

6.2. Cognição sumária e tutela antecipada

6.2.1. Tutela antecipada: origem e características

A Lei nº 8.952, de 13.12.94, operou uma profunda reforma no processo civil brasileiro ao dar nova redação ao artigo 273 do CPC e com ela introduzir o instituto da tutela antecipada no nosso sistema processual. Essa alteração veio atender aos reclames dos operadores jurídicos de tornar mais célere a prestação jurisdicional no processo de conhecimento, principalmente quando situações extraordinárias exigem a antecipação do direito em julgamento, sob pena de, não o fazendo, restar inútil a tutela outorgada após o exaurimento de todos os atos procedimentais preparatórios da sentença de mérito.

A antecipação dos efeitos da tutela agora tem uma disciplina processual e procedimental própria no ordenamento pátrio, não sendo mais admissível a concessão de medidas antecipatórias através do processo cautelar, como vinha acontecendo. A função da tutela cautelar deve ser preservada e utilizada com rigor técnico em homenagem à sua disciplina histórica e legislativa, contribuindo dessa forma ao enriquecimento da ciência processual. É inegável que a ausência de previsão de medidas urgentes no seio do processo de conhecimento impunha à parte que delas necessitasse o socorro ao processo cautelar, pois somente nele havia previsão **genérica** de medidas liminares.

A tutela antecipatória era concedida mediante a demonstração dos mesmos requisitos exigidos para as medidas cautelares, ou seja, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e a aparência do bom direito. Sem perquirição se a providência requerida importaria em simples assecuração ou em satisfação do direito, atitude justificável porque o tecnicismo poderia conduzir ao perecimento do direito no plano social, o que ocorreria com frequência se

as medidas liminares satisfativas no processo cautelar fossem negadas sob o argumento de que produziriam a realização do direito ameaçado, não se coadunando às finalidades do processo cautelar.

Essa lacuna foi suprida pela Lei nº 8.952/94.

6.2.2. Adequação entre a segurança jurídica e a efetividade do processo

A tutela antecipada tornou mais evidente a colisão dos princípios da segurança jurídica e da efetividade do direito. A segurança jurídica somente é alcançada mediante um processo pautado em instrução probatória irrestrita, garantindo-se às partes oportunidades para exercerem plenamente o contraditório e a ampla defesa. No entanto, essas garantias implicam na demora da resposta jurisdicional, que muitas vezes invalida toda a eficácia prática da tutela, representando uma grave injustiça para aqueles que dela dependem.

A Constituição confere ao réu a garantia de não ser privado de seus bens e direitos sem contraditório e ampla defesa. Mas a Constituição também garante a apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito; é o chamado princípio da inafastabilidade, que não significa simples acesso ao órgão jurisdicional, mas acesso a uma **ordem jurídica justa**, na qual os direitos sejam efetivamente tutelados. Para a efetivação desse objetivo é insignificante a mera previsão de regras formais de procedimento em juízo, até porque, sendo o processo um instrumento para realização dos escopos da jurisdição, entre os quais está garantir o império dos direitos, o acesso à justiça implica na idéia de tutela jurisdicional pronta e efetiva e não a simples sucessão de atos para a outorga dessa tutela.

A cláusula do **devido processo legal** não favorece apenas ao réu, conforme se infere do inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal. Tampouco está restrita ao “contraditório e ampla defesa” (inciso LV, artigo 5º, CF/88), os quais igualmente privilegiam a posição do réu, que contra-ataca os pedidos do autor na tentativa de manter o *status quo* e retardar ao máximo a prestação jurisdicional, lançando mão para isso de todos “os meios e recursos” inerentes à ampla defesa. Sob o ângulo do autor é mais importante uma solução rápida do litígio, para que ele possa usufruir o quanto antes o bem da vida perseguido em juízo, do qual está privado, do que aguardar pacientemente a realização da defesa do demandado. Levando-se em consideração os anseios do autor, à cláusula do **devido processo legal** deve-se acrescentar uma decisão célere e efetiva.

Os princípios da segurança jurídica e da efetividade da tutela jurisdicional contêm idêntica matriz constitucional, não havendo hierarquia alguma entre eles. Assim, devem ser

harmonizados pelos princípios exegéticos da necessidade, proporcionalidade e salvaguarda do núcleo essencial.

Segundo o princípio da **necessidade** apenas é legítima a solução limitadora do direito fundamental quando for real o conflito entre diversos princípios de natureza constitucional, ou seja, quando for impossível estabelecer um modo de convivência simultânea entre eles. “Pelo princípio da *proporcionalidade*, o que se busca é uma operação que se limite apenas ao indispensável para superar o conflito entre os aludidos princípios harmonizando-os, na medida do possível” (THEODORO JR., 1997b : 47). E, por último, conforme o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, a solução encontrada não poderá resultar na simples eliminação de um princípio para a total observância de outro.

Assim, na prática o juiz deverá analisar se é o caso de antecipação da tutela e se estão presentes os seus pressupostos. Sendo afirmativa a resposta, impõe-se a outorga da medida, sem que isso represente anulação do contraditório ou da ampla defesa, mas somente a inversão da ordem em que geralmente se sucedem no processo de conhecimento.

Executada a tutela antecipada, serão franqueadas ao demandado todas as oportunidades para o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Se não se procedesse dessa maneira, provavelmente restaria totalmente ferido o princípio da efetividade da tutela, pois as circunstâncias faziam crer que seria inútil o provimento outorgado no final do processo. Haveria, então, a inobservância do dever de harmonizar as garantias constitucionais.

6.2.3. Eficácias antecipáveis

A tutela antecipada consiste num provimento liminar que provisoriamente assegura ao autor o bem jurídico “a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio” (THEODORO JR., 1997b : 44).

Fala-se em tutela antecipada porque o juiz concede um provimento que, via de regra, somente é alcançado quando da decisão do mérito do pedido, ou seja, após a conclusão de todas as fases do processo e exaurida a apreciação de toda a controvérsia e, mais do que isso, executa-se liminarmente essa tutela, “que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada” (THEODORO JR., 1997b : 45).

Isso não significa que a antecipação de tutela seja admissível só nas ações condenatórias. Todas as sentenças comportam alguma espécie de execução, entendida em sentido amplo, independente de um título executivo. Até mesmo as sentenças com eficácia predominantemente declaratória possuem efeitos executivos, como enfatizou Pontes de Miranda: “não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente

declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva” (1998 : 137). Referindo-se exclusivamente à declaratória esclarece: “A ação somente é declaratória porque a sua *eficácia maior* é a de declarar. Ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute.” (MIRANDA, 1998 : 138). Na conhecida tabela de eficácia das ações típicas (MIRANDA, 1998 : 143) a ação declaratória aparece com carga 4 de mandamentalidade, “é a chamada eficácia imediata, a eficácia que vem logo após, com peso, à força mesmo da sentença. O vencedor que teve declarada a relação jurídica, que lhe interessava, pode exercer a pretensão à preceituação nos próprios autos da ação declaratória” (MIRANDA, 1998 : 138). Costuma-se afirmar que a sentença declaratória tem efeito de preceito, porque ela é uma norma de conduta obrigatória aos seus destinatários, impedindo qualquer conduta do réu contrária ou incompatível com o conteúdo do preceito emitido na sentença. “O réu, na ação declarativa, está preceitado”, assim, “o autor pode ir contra o réu com o preceito, se o réu tem algo a fazer em contrário ao declarado, ou se algo fez em contrário. Não se precisa da propositura de ação nova” (Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, 2ª ed., SP : RT, 1972, tomo I, p. 24, *apud* ZAVASCKI, 1997 : 85).

Humberto Theodoro Jr. também estende a antecipação dos efeitos da tutela a todas as modalidades de sentença, porque “qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo declarado ou constituído em favor do vencedor” (1997b : 45). É essa sujeição do vencido a um comportamento omissivo que pode ser imposta por antecipação de tutela.

Teori Albino Zavascki (1997 : 85-6) lembra dois exemplos de ações tipicamente declaratórias nas quais são freqüentes a antecipação de tutela, são elas: (a) a ação direta de inconstitucionalidade, na qual se busca a declaração de nulidade de uma norma³², e (b) a ação de mandado de segurança que visa anular ato abusivo ou ilegal praticado por autoridade pública e tem por eficácia positiva declarar a nulidade do ato inquinado, retirando-lhe a validade.

³² Luiz Guilherme Marinoni, em sentido contrário, entende que a liminar na ação direta de inconstitucionalidade tem natureza cautelar e não antecipatória: “A ação de inconstitucionalidade pode exigir somente uma medida cautelar. Medida sem processo. É cautelar e não antecipatória, porque não se declara, provisoriamente, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. O que se pode fazer é tão somente suspender a eficácia da lei” (1992 : 85). Teoria A. Zavascki, entretanto, esclarece que não é a declaração que se antecipa, mas alguns dos seus efeitos (1997 : 86-7).

Cumprе acrescentar que o Código de Processo Civil foi estruturado para realizar o binômio sentença condenatória-execução. Portanto, a função de conhecimento sempre precedeu às atividades executivas. O sistema processual não foi concebido “para operar, no próprio âmbito do processo de conhecimento, atos executivos deferidos por decisão interlocutória, como são as medidas de antecipação de tutela” (ZAVASCKI, 1997 : 70). Por isso, a forma de execução da tutela antecipada dependerá das peculiaridades de cada ação, a serem apreciadas e sopesadas pelo juiz, no objetivo de tornar efetiva a tutela deferida, mas sempre do modo menos gravoso ao demandado, assim como se passa no processo de execução.

6.2.4. Casos de antecipação de tutela

O artigo 273 confere aos jurisdicionados o direito à antecipação dos efeitos da tutela pretendida quando “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Trata-se do *periculum in mora*, comum à tutela cautelar, não havendo, portanto, necessidade de maiores esclarecimentos. Ou, numa segunda hipótese, quando “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. Esse pressuposto exige uma análise mais detida porque as expressões utilizadas pelo legislador não têm um conteúdo tão determinado quanto seria desejável, sujeitas, em consequência, a avaliação equitativa caso a caso.

Teori Albino Zavascki critica a expressão “manifesto propósito protelatório do réu”, argumentando que a interpretação literal do dispositivo levaria à conclusão de ser viável a antecipação da tutela “ante mera *intenção* de protelar”, enquanto, “na verdade, o que justifica a antecipação não é o *propósito* de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo” (1997 : 77). Essa crítica, entretanto, não se justifica porque o juiz somente pode avaliar o propósito protelatório do réu pelas suas atitudes no processo, a menos que se pressuponha que o juiz é um ser dotado de poderes extrasensoriais, capaz de descobrir, pelo dom da telepatia, a intenção das partes antes de praticarem qualquer ato no processo ou se omitirem de fazê-lo. Propósito significa intenção e o Código não se contenta com *mera intenção*. Exige intenção manifesta, clara e evidente, conforme ressalta o inciso II em duas oportunidades: a primeira logo no início ao aduzir que **deve ficar caracterizado** o abuso de defesa ou o propósito protelatório do réu; a segunda ao qualificar esse propósito com a pecha de “**manifesto**”.

Essas considerações, no entanto, não respondem à pergunta do que vem a ser “abuso do direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu”. Para Zavascki (1997 : 77)

a primeira expressão indica atos praticados no processo (v.g., os do artigo 14, III e IV, do CPC). Já a segunda resulta do comportamento do réu fora do processo, mas com ele relacionado, como a ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença. Na seqüência Zavascki manifesta o entendimento de que a concessão de tutela antecipada com fundamento do inciso II é uma medida cabível em situações raríssimas, porque o juiz dispõe de outros meios para penalizar o réu pela sua má conduta e preservar o regular desenvolvimento do processo, como o julgamento antecipado da lide (artigo 330, do CPC), ou o indeferimento de diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, artigo 130), para o caso do réu alegar defesas infundadas.

“Desse modo, os casos de abuso do direito de defesa poderão ser prevenidos ou superados, no geral das vezes, ou pelo indeferimento de providências impertinentes ou pela técnica do julgamento antecipado da lide, com base no inciso I, do art. 330, o que tornará desnecessária a antecipação de tutela.” (ZAVASCKI, 1997 : 78).

Já para Luiz Guilherme Marinoni, a antecipação da tutela com base no inciso II, do artigo 273 é possível quando:

(a) os fatos constitutivos do direito do autor estão provados e a exceção substancial indireta (fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu) é infundada; (b) não é contestada parcela do direito afirmado; (c) o recurso remexe em matéria de fato e carece, à evidência, de seriedade, ou quando o recurso trata de matéria de direito devidamente pacificada no tribunal (1997 : 139).

Em outras palavras, “a caracterização do **abuso de direito de defesa** deve ser feita a partir da evidência do direito do autor”. Não basta “que o comportamento do réu configure ação descrita no inciso IV ou no inciso VI do artigo 17 do Código de Processo Civil.” Para Marinoni, a antecipação, nessa hipótese, “só é possível quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito” (1997 : 140).

Assim, conforme Marinoni, a prática de um ilícito processual, pode gerar “a penalização daquele que mal procede, mas jamais para a antecipação [entendimento coerente com o de Teori A. Zavascki], que somente pode ter relação com a evidência do direito do autor e com a fragilidade da resistência do réu” (1997 : 140).

Qualquer das duas concepções que seja adotada levará a resultados não pretendidos pela norma.

Seguindo-se o entendimento de Teori A. Zavascki, o inciso II, do artigo 273, restará totalmente inoperante, como expressou o próprio autor. Por outro lado, a lição de Marinoni

afasta-se completamente da redação do mencionado inciso, por privilegiar a evidência do direito do autor e desconsiderar solenemente os atos abusivos e protelatórios praticados pelo réu, entre os quais não se pode incluir o exercício do direito de defesa simplesmente porque há pouca probabilidade de êxito.

6.2.5. Prova inequívoca, verossimilhança da alegação e cognição sumária

Apresentado o conceito de tutela antecipada e as hipóteses de cabimento, destacando-se as profundas alterações que causou no processo civil nacional, é chegada a hora de estabelecer os limites à extensão da atividade cognitiva do magistrado na avaliação da tutela antecipada.

O *caput* do artigo 273 estabelece como pressupostos para o deferimento da tutela antecipada a existência de prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

Foi dito no subitem 5.2 que a **verossimilhança** é o menor grau de probabilidade de um enunciado corresponder à realidade. Segundo esse critério, para a concessão da tutela antecipada bastariam meros indícios de que a afirmação do requerente seja verdadeira. Haveria, então, **cognição superficial** na avaliação do pedido de tutela antecipada. Entretanto, o legislador não empregou a palavra **verossimilhança** com o mesmo sentido apresentado acima.

O *caput* do artigo 273 exige que o juiz **se convença** da verossimilhança. Esse convencimento está disposto no artigo para realçar a proximidade da verossimilhança à certeza do julgamento, afastando-a, portanto, do significado empregado nesta monografia. Além do mais, o deferimento da tutela antecipada está condicionado à existência de **prova inequívoca**. O que demonstra o rigor que o julgador deve ter ao pesquisar as circunstâncias da lide para deferir o pedido antecipatório.

A exigência de **prova inequívoca** levou alguns doutrinadores a aproximarem o grau de convencimento do juiz para a concessão da tutela antecipada àquele presente, via de regra, no momento do julgamento definitivo do pedido. Nesse sentido manifestou-se Humberto Theodoro Jr. (1997b : 49): “É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo”.

Como a sentença de mérito do processo de conhecimento é prolatada mediante cognição plena e exauriente das alegações das partes, adotando-se o entendimento de Humberto Theodoro Jr., a tutela antecipada exigiria, da mesma forma, **cognição exauriente**. Portanto, o direito do requerente deveria estar cabalmente demonstrado nos autos. Mas o

próprio autor, antecipando-se às críticas de que seria melhor decidir de vez a lide, encerrando a disputa por sentença definitiva, esclarece que o julgamento definitivo do mérito só pode ser proferido após “exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu, o quadro de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá de julgar a lide contra o autor” (1997b : 49).

A lição acima transcrita confirma a conclusão de que, segundo Humberto Theodoro Jr., a tutela antecipada pressupõe **cognição exauriente**. Afinal essa modalidade de cognição não está relacionada exclusivamente à amplitude do debate entre as partes. Apesar das provas e dos argumentos colacionados nos autos contribuir muito para o juízo de certeza, ela é caracterizada pela maior exigência de convencimento do julgador quanto às alegações formuladas pelos litigantes. A certeza não é definitiva, mas variável conforme os elementos que se disponha para a aferição do enunciado sob investigação.

Para esse mesmo doutrinador a necessidade de prova inequívoca revela que a antecipação de tutela não se contenta com “a simples aparência do direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares”. Exige “a *verossimilhança* a seu respeito, a qual somente se configurará quando a *prova* apontar para ‘uma probabilidade muito grande’ de que sejam verdadeiras as alegações do litigante” (1997 : 49). Se a aparência do direito é a nota característica da **cognição sumária**, sendo essa aparência insuficiente e inexistindo uma modalidade de cognição em nível intermediário entre a cognição sumária e a exauriente, impõe-se a conclusão de que, no pensamento de Humberto Theodoro Jr., somente a **cognição exauriente** legitima as medidas antecipatórias.

A expressão *verossimilhança*, assim, parece ocupar o lugar destinado à probabilidade, ou talvez algo mais, na classificação apresentada no subitem 5.2, pois a decisão liminar requereria um juízo muito próximo da certeza.

Nesse sentido manifestou-se José Carlos Barbosa Moreira, aduzindo que a mera *verossimilhança* é pouco para a concessão da tutela antecipada, sobretudo à vista da referência à prova inequívoca. “O juiz deve reclamar uma forte probabilidade de que o direito alegado realmente exista. Penso que a palavra ideal seria probabilidade, e não *verossimilhança*”. Completa o raciocínio com a afirmação de que deve haver uma forte dose de probabilidade capaz de persuadir o juiz de que, pelo que consta dos autos e se pôde apurar até então, “é bem mais provável que ao final se tenha de dar ganho de causa ao autor do que a hipótese contrária” (1996 : 204).

Segundo Barbosa Moreira, contrariando o entendimento de Humberto Theodoro Jr., por prova inequívoca não se deve entender uma prova absolutamente convincente, cabal, definitiva, a ponto de afastar todas as dúvidas no espírito do julgador. Prova inequívoca seria aquela “que, embora não necessariamente cabal, não deixe, absolutamente, nenhuma outra possibilidade de reconstrução dos fatos, mas uma prova isenta de ambigüidade, em si mesma clara, dotada de sentido unívoco” (1996 : 203).

A expressão “prova inequívoca” conforme esclarece Kazuo Watanabe, um dos integrantes da Comissão Revisora do Código de Processo Civil, composta em 1985, foi inserida no texto do artigo 273 “em substituição à expressão mais restritiva que constava na proposta originária³³, que aludia a ‘prova documental’” (1996 : 88). Porém ele não esclarece o significado de prova inequívoca, remetendo a tarefa à doutrina e à jurisprudência.

Não obstante, dá uma indicação das qualidades que essa prova deve conter e do juízo obtido pela verossimilhança da alegação:

Mas, uma coisa deve ficar bem sublinhada: prova inequívoca não é a mesma coisa que *fumus boni iuris* do processo cautelar. O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em mera “fumaça”, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado. (...) Bem se percebe, assim, que não se trata de tutela que possa ser concedida prodigamente, com mero juízo baseado em “fumaça do bom direito”, como vinha ocorrendo com a ação cautelar inominada (1996 : 88).

As opiniões de renomados juristas apresentadas até aqui não foram suficientes para estabelecer o nível de convencimento desejado para a concessão da tutela antecipada, mediante a interpretação das expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”. Por isso, será exposto o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, que oferece

³³ Na proposta apresentada pela Comissão Revisora de 1985 o título do Livro III foi alterado para “Processo de Cognição Sumária”, ao invés de Processo Cautelar, e havia um título especial para a “Antecipação da Tutela”, que possibilitava a medida desde que:

“I - ocorrendo revelia, haja prova documental convincente da pretensão do requerente; II - a contestação oferecida pelo réu careça de consistência nos pontos fundamentais do litúgio, evidenciando-se como injusto prejuízo para o autor a dilação, para final, da tutela pretendida.” (WATANABE, 1996: 88). Outras propostas de inserção da tutela antecipada no CPC já haviam sido apresentadas anteriormente, uma delas foi formulada por Ovídio Baptista da Silva em 1983, por ocasião do Congresso Nacional de Direito Processual Civil: “Sua proposta consistia em se acrescentar ao art. 285 parágrafo único com a seguinte dicção: ‘Parágrafo único. Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência.’” (WATANABE, 1996: 87).

importantes subsídios para a conclusão do assunto e a definição da modalidade de cognição exigida pela tutela antecipada.

Segundo Dinamarco, a exigência de prova inequívoca é contraditória ao juízo de verossimilhança, pois a prova desse jaez conduz ao sentimento de certeza. No entanto, as duas expressões podem ser compatibilizadas, chegando-se ao conceito de probabilidade, no mesmo sentido empregado nesta monografia, como nível de convencimento imediatamente inferior ao de certeza (1996a : 145).

“A exigência de *prova inequívoca* significa que a mera aparência não basta e que a *verossimilhança* exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar.” (DINAMARCO, 1996 : 145).

As atividades de instrução seriam indispensáveis ao estabelecimento do grau de probabilidade necessário à antecipação, mas sem o exagero “de uma *instrução exauriente* pois esta se destina a propiciar graus de certeza necessários para julgamentos definitivos, não provisórios como na antecipação de tutela” (DINAMARCO, 1996a : 146). Estaria, portanto, proibida a concessão de tutela antecipada *inaudita altera partes*³⁴.

Para Dinamarco seria uma cognição sumária. Entretanto o autor deveria comprovar os fatos constitutivos do seu direito, mas sem a necessidade de “levar o juiz a níveis absolutos de convicção sobre os fatos constitutivos” (1996a : 147).

Afastadas as divergências terminológicas entre verossimilhança e probabilidade (para alguns a verossimilhança teria relação com a verdade e não com o grau de convencimento), pode-se constatar claramente que a doutrina postula um nível de convicção para a concessão da tutela antecipada muito próximo do previsto para a decisão final da causa, mas, ao mesmo tempo, afirma que o pedido de tutela antecipada é analisado à luz de **cognição sumária**. Cabe indagar, então, se a **cognição sumária** é realmente a modalidade adequada ao grau de convencimento exigido.

Os autores sustentam a incidência da cognição sumária porque no plano vertical, da profundidade do conhecimento, conhece-se apenas as espécies sumária e exauriente, já que poucos distinguem a cognição sumária da superficial, sua versão menos profunda. Como o julgamento definitivo da lide somente ocorrerá com o exaurimento de todos os atos do

³⁴ No mesmo sentido o escólio de Sérgio Bermudes, outro membro da Comissão Revisora de 1985: “O juiz, todavia, em nenhuma hipótese a concederá liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185), se feito em petição avulsa.” (1996 : 29).

procedimento, tenha havido ou não a tutela antecipatória, ponto em que surge a cognição exauriente, as decisões tomadas no curso do processo e referíveis ao pedido inicial são classificadas como de cognição sumária.

Entretanto, não é o momento da decisão que qualifica o grau de convencimento esperado do julgador, mas a disciplina legislativa e as construções doutrinárias e jurisprudenciais das questões envolvidas nessa decisão.

Interferem sobremaneira para o estabelecimento de níveis menores de convicção os seguintes motivos: o fim a que a decisão se destina, a particular disciplina de direito material ou processual (muitas vezes movida por razões de política legislativa e não de lógica jurídica), as situações peculiares as quais está exposto o direito e, nos dias atuais, principalmente a necessidade de tornar o processo mais célere e efetivo.

A cognição sumária não é a mais adequada para designar a atividade de conhecimento desenvolvida pelo juiz na análise do pedido de tutela antecipatória, pois o resultado dessa atividade é muito superior aos limites estabelecidos para a cognição sumária. Convém lembrar que cognição sumária significa sumariedade da cognição e a cognição que a doutrina, à luz das disposições legais, exige para o pedido de tutela antecipada, está muito além das características da cognição sumária e dos resultados aos quais ela se ordena.

No resultado da atividade de conhecimento encontra-se o grande argumento contrário à afirmação de que há cognição sumária na medida do artigo 273. Se a aparência do direito é insuficiente para a concessão da tutela antecipada, exigindo-se um convencimento próximo à convicção ou certeza, formado mediante demonstração do direito por prova inequívoca e contraditório, então esse resultado está muito mais próximo da cognição exauriente do que da sumária. A simples aparência do direito é, historicamente, o resultado pretendido pela técnica da cognição sumária. Se ele não basta, afigura-se outra modalidade de cognição.

Assim, é conveniente a criação doutrinária de uma nova modalidade de cognição no plano vertical, superior à sumária e imediatamente inferior à exauriente.

6.3. Cognição sumária e ação monitoria

6.3.1. Ação monitoria: origem e características

O processo monitorio, ou de injunção, é conhecido desde a idade média. Nessa época, havia formas muito similares à atual, principalmente no direito italiano e alemão.

O ordenamento brasileiro, no entanto, só veio conhecer essa modalidade de processo com a publicação da Lei nº 9.079, de 14.07.95.

A ação monitória está regulada nos artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c do CPC, e “compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel”.

O procedimento da ação monitória está dividido em duas fases, na primeira o juiz, verificando estar devidamente instruída a inicial, “deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias” (artigo 1.102b).

Na hipótese do réu deixar transcorrer *in albis* esse prazo, omitindo-se de apresentar defesa, que o artigo 1.102c chama de embargos, o mandado inicial converte-se em mandado executivo e prossegue-se na forma do processo de execução. Caso contrário, ou seja, se o réu apresentar defesa, a eficácia do mandado inicial fica suspensa até o julgamento dos embargos. As duas situações configuram a segunda fase.

A função da ação monitória é acelerar a formação de um título executivo nas hipóteses em que o autor disponha de prova convincente da obrigação do réu em lhe pagar soma em dinheiro ou entregar coisa fungível ou bem móvel.

O legislador elencou no artigo 585 do CPC uma variada gama de títulos executivos extrajudiciais, munido dos quais o credor pode requerer imediatamente o pagamento da quantia, a entrega da coisa ou o adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer constantes no título, estando, assim, dispensado de provar a existência do crédito mediante um processo de conhecimento.

Ou seja, dispensa-se a segurança jurídica produzida pela sentença que declara a obrigação e condena o devedor a satisfazê-la em reconhecimento ao fato de que o próprio título, por ser dotado de características especiais, apresenta uma forte probabilidade de existência da obrigação. A essa característica somam-se motivos de ordem social como a necessidade da circulação de riqueza para o desenvolvimento econômico, facilitada pela recuperação dos créditos em curto lapso de tempo.

Essa pequena introdução é suficiente para os objetivos do presente trabalho, uma vez que interessa exclusivamente a investigação da modalidade de cognição na ação monitória. Tarefa que deve iniciar pelo exame das provas requeridas por essa espécie de ação, o que exerce forte influência na atividade de conhecimento do julgador, como será demonstrado.

6.3.2. A prova na ação monitória

Segundo Eduardo Talamini, na sua recente obra “Tutela monitória”, “há autores que, seguindo lição que vem da Itália, têm-se referido a essa ‘prova escrita’ como ‘título monitório’. Procurando aproximá-la do título executivo, classificando-a como espécie paralela a esse, integrante do mesmo gênero” (1997 : 62). Entre esses doutrinadores cita Ernani Fidélis dos Santos, Vicente Greco Filho e Sérgio Bermudes.

A expressão “título monitório” tem em Carnelutti seu principal defensor. Para ele o título monitório deveria a tal ponto demonstrar a obrigação que, para a concessão da tutela, o juiz se limitaria a um exame meramente formal da presença desse título, atividade, portanto, muito semelhante a do processo executivo no qual se proíbe qualquer discussão sobre a substância da obrigação³⁵.

Talamini contesta essa concepção porque o artigo 1.102a fala em “prova escrita” e se há prova existirá avaliação dessa prova para formação do convencimento do juiz. “O magistrado chega a convencimento quanto ao mérito da pretensão do autor. Desenvolve juízos de fato (avaliando a prova, operando presunções) e de direito (vigora plenamente o *iura novit curia*)” (1997 : 65).

Para Carnelutti as noções de “título monitório” e prova eram completamente distintas, pois aquele dispensava qualquer avaliação do seu conteúdo pelo magistrado: “A prova serve tão-só para demonstração de um fato cujo valor jurídico seja livre para o juiz; desta liberdade goza o juiz no processo de conhecimento; não no de injunção” (Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, 1973, vol. I, p. 275-6, *apud* TALAMINI, 1997 : 65).

Talamini esclarece que o próprio Carnelutti reviu a sua teoria do “título monitório”, em resposta às críticas formuladas por Garbagnati, e acabou reconhecendo que o juiz deve analisar livremente a prova escrita. Essa afirmação por si só bastaria para infirmar a teoria do título monitório, confirmando a existência de cognição acerca do mérito (1997 : 66).

Em direção contrária à teoria do “título monitório”, que dispensava qualquer atividade de accertamento do direito deduzido, está a exigência de que a “prova escrita” deveria conduzir a um juízo de “certeza” quanto à obrigação, idêntico ao obtido no julgamento definitivo do processo de conhecimento.

Nesses termos, manifesta-se José Eduardo Carreira Alvim:

³⁵ Ou melhor, se proibia, conforme explicado no subitem 4.6, na parte destinada à cognição rarefeita, no qual foram expedidas breves considerações sobre a exceção de pré-executividade, que permite uma forte dose de conhecimento no processo de execução.

Na primeira fase, a prova sobre o fato constitutivo - quase sempre limitada à apresentação do título demonstrativo do crédito - deve ser de tal ordem que produza no espírito do juiz a mesma certeza que teria produzido no procedimento ordinário, na ausência de contestação do réu. A vantagem que o autor logra, no procedimento monitorio, não se liga, pois, ao ônus da prova - dado que o credor não fica dispensado de produzir prova suficiente para convencer o juiz - senão ao fato de que, não sobrevivendo embargos do devedor, a prova do fato constitutivo resta unilateral, sem que o juiz possa criticá-la ou valorá-la à luz dos resultados da (inexistente) contraprova adversária³⁶.

6.3.3. A cognição na ação monitoria

Apresentadas as duas concepções a respeito da prova, é chegado o momento de investigar qual a espécie de cognição na ação monitoria.

No plano horizontal não há qualquer restrição, o juiz pode tomar conhecimento de todas as questões relativas ao direito que se busca satisfação através da ação monitoria. Trata-se, portanto, de **cognição plena**, em ambas as fases do procedimento.

Quanto ao plano vertical é preciso analisar separadamente as duas fases do procedimento.

Na segunda fase, cuja existência está condicionada à disposição do réu em suscitar o contraditório mediante a apresentação de embargos, a cognição judicial será **plena** em extensão e **exauriente** em profundidade, pois o parágrafo 2º, do artigo 1.102c, estabelece que os embargos serão processados nos próprios autos pelo **procedimento ordinário**. Como este tem o propósito de produzir certeza no espírito do julgador, geralmente obtida por investigação profunda de todas as alegações das partes, a cognição será necessariamente **exauriente**.

Na primeira fase do procedimento, que compreende a propositura da ação e encerra com a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa, a solução não é tão evidente, porque a lei não faz nenhuma indicação que possa auxiliar o intérprete nessa tarefa, como fez para a segunda fase ao prever o processamento dos embargos pelo rito ordinário.

Essa análise depende do conceito adotado para “prova escrita”, que implicará na exigência de maior ou menor convencimento do magistrado para a concessão do mandado inicial.

Para os que entendem ser necessário o “título monitorio” a cognição equivaleria a do

³⁶ Todas as citações sobre monitoria, segundo José Eduardo Carneira Alvim, foram extraídas do artigo intitulado “Ação Monitoria”, em versão disponibilizada na *internet*, no endereço: <http://www.forenses.com.br>.

processo executivo. Poderia, então, ser classificada como **cognição rarefeita**.

Em sentido contrário, exigiria **cognição exauriente** se adotar-se o entendimento de que a expedição do mandado requer um grau de certeza próximo ao desejado para a decisão final do processo de conhecimento.

Essas duas soluções são extremadas e não se coadunam com a intenção do legislador ao introduzir a ação monitória no direito pátrio.

A tese da **cognição rarefeita** dependente de “título monitório” está afastada pelas razões acima expostas, afinal o próprio Carnelutti admitiu que o magistrado deve avaliar livremente a prova, em homenagem ao princípio da persuasão racional ou livre convencimento do juiz.

A exigência de **cognição exauriente** importaria na falência da tutela monitória, pois em raríssimas hipóteses haveria um grau de convencimento equivalente ao do esperado para o julgamento do mérito no processo de conhecimento. “O deferimento da tutela seria reservado para situações-limite, de incomum ocorrência” (TALAMINI, 1997 : 73). O juiz, então, na maioria dos casos indeferiria a expedição do mandado, julgando extinto o processo monitório. Ao autor restaria o uso das vias ordinárias, contrariando o espírito das reformas do Código de Processo Civil.

No plano vertical da cognição restam ainda duas modalidades: a cognição sumária e a superficial.

A **cognição superficial** também não se presta à ação monitória, pois resultando em um julgamento no mínimo grau de convicção, não deve ser apta a legitimar a invasão do patrimônio do réu, o que representaria grave ofensa ao princípio da segurança jurídica.

A verossimilhança resultante da avaliação superficial das alegações do autor é insuficiente para produzir no juiz o grau de convencimento desejado para essa medida.

Por exclusão, a única alternativa é a **cognição sumária**. A doutrina tem manifestado esse entendimento, mas será que utiliza os argumentos adequados para isso?

Para Ada Pellegrini Grinover, o procedimento monitório, “se não houver embargos, é um procedimento de natureza sumária, de cognição sumária, não-exauriente, prevendo um contraditório eventual e diferido”³⁷.

Carreira Alvim igualmente assevera que na primeira fase do procedimento da ação monitória a decisão decorre de cognição sumária.

³⁷ Todas as citações sobre monitória, segundo Ada Pellegrini Grinover, foram extraídas do artigo intitulado “Ação Monitória”, em versão disponibilizada na *internet*, no endereço: <http://www.solar.com.br/~amatra>

E, segundo Eduardo Talamini, o momento inicial do procedimento monitorio se desenvolve sob o signo da cognição sumária (1997 : 70-7).

Veja-se, agora, os argumentos de cada autor.

Infere-se do escólio de Ada P. Grinover, a seguir transcrito, que a sumariedade da cognição derivaria da ausência de contraditório:

“... por intermédio de uma cognição sumária, superficial, expedir-se, desde logo, um mandado para o cumprimento da obrigação, na esperança de que não haja oposição a esse mandamento, porque, se houver, através dos embargos, tudo será reconduzido ao procedimento ordinário, abrindo-se o contraditório pleno à cognição profunda do magistrado”.

Apesar de Ada P. Grinover sustentar a existência de cognição sumária na fase inicial do procedimento, igualmente defende que, se não houver embargos, o decreto injuntivo, o mandamento do juiz - que nada mais seria do que uma sentença condenatória submetida a uma condição suspensiva - “se consolida, faz coisa julgada e, a partir daí, convola-se aquele mandamento inicial em título executivo”.

Para afirmar que o mandamento inicial trata-se de uma verdadeira sentença condenatória, ou, pelo menos, “de um mandamento que se equipara a uma sentença condenatória sujeita a uma condição suspensiva, ou seja, a que não haja oposição dos embargos”, Ada P. Grinover escorou-se nos escritos de Garbagnati, que defendeu essa posição na doutrina italiana.

Porém, como explicar que uma decisão fundada em **cognição sumária** possa ser protegida pela autoridade da **coisa julgada**?

No subitem destinado ao processo cautelar afirmou-se que a decisão tomada mediante cognição sumária não possui carga declaratória suficiente para produzir coisa julgada.

Uma possível resposta consiste na hipótese de Ada P. Grinover ter seguido o pensamento de Garbagnati também quanto à classificação da cognição na ação monitoria.

Talamini, refutando as idéias de Garbagnati, ressalta que para esse autor “a qualificação de ‘cognição sumária’ dever-se-ia apenas à falta de contraditório prévio ao provimento. Todavia, o grau de convencimento do juiz para pronunciar o *decreto* não divergiria em nada do exigido” para a sentença de mérito no processo de cognição ordinária (1997 : 71).

Portanto, segundo Garbagnati, no qual, frise-se, Ada P. Grinover buscou inspiração, haveria **cognição exauriente**, sendo impossível o reconhecimento de uma simples aparência

do direito. Isso se dá porque “Garbagnati estabelece a aptidão para produzir coisa julgada como premissa de todas as suas construções teóricas sobre o provimento de injunção” (TALAMINI, 1997 : 72).

Pode-se concluir, à luz desses esclarecimentos, que Ada P. Grinover não utiliza a expressão cognição sumária para designar a mesma realidade exposta nesta monografia.

Carreira Alvim, entretanto, apresenta afirmações contrastantes para justificar a incidência da cognição sumária. Numa oportunidade, diz que a “forma especial do provimento - decreto em vez de sentença - se justifica (...) em consideração à estrutura especial do procedimento e da sumariedade da cognição, correlata à falta de um contraditório”. Em seguida, citando Mandrioli, sustenta que para conseguir o mais rapidamente possível o título executivo e, com isso, o início da execução forçada, a lei utiliza o instrumento da sumariedade da cognição, “naqueles casos em que é provável a existência do direito, seja pela natureza e objeto do direito mesmo, seja pela particular atendibilidade da prova que serve de fundamento dele”.

Não fica claro, portanto, se a sumariedade da cognição deriva da postergação do contraditório à eventual segunda fase do procedimento, o que poderia requerer cognição exauriente para o deferimento do pedido, como quer Garbagnati, ou do fato da **aparência do direito** ser suficiente para a emissão do mandado inicial.

Eduardo Talamini, por sua vez, apesar de criticar Garbagnati por confundir a sumariedade da cognição com a ausência de contraditório, acaba fazendo afirmação idêntica: “Se a lei estabeleceu o momento inicial do procedimento - antes mesmo de qualquer desenvolvimento instrutório mais amplo - como o destinado à proferição do provimento, é porque se pretende que essa decisão seja proferida à base de cognição substancialmente sumária (não profunda)” (1997 : 74).

O motivo dessa contradição reside na circunstância de Talamini entender insondável o grau de convencimento do juiz, por importar numa operação exclusivamente psicológica. Não seria “mensurável o grau de convencimento de que é dotado o juiz no momento em que sentença acerca do mérito” (1997 : 73).

Sem razão o autor. O grau de convencimento é perfeitamente mensurável, não mediante critérios matemáticos, com perfeição infinitesimal, mas conforme a classificação adotada no subitem 5.2, podendo variar entre “certeza”, probabilidade, credibilidade e verossimilhança. E a medida desse convencimento é dada pelo próprio magistrado na fundamentação da sua decisão. Além do mais, o legislador pode estabelecer o grau de convencimento exigido do juiz, previsão essa que por ser genérica e abstrata como todo o

comando de lei, será avaliada caso a caso pelo julgador, sopesando as características da relação jurídica material deduzida e as afirmações e provas constantes nos autos.

Sem dúvida, mesmo no procedimento ordinário, o convencimento pode não atingir o grau desejado para os provimentos de cognição exauriente, mas isso em nada altera a predestinação desse procedimento para, mediante cognição exauriente, emitir-se um julgamento de absoluta convicção.

Se o processo moderno admiti-se, como no direito romano, o pronunciamento de *non liquet* ao seu final, restaria evidente aqueles processos em que o objetivo de “certeza jurídica” foi alcançado e aqueles em que, pelas mais variadas circunstâncias, essa missão foi fracassada.

Atualmente, exauridas todas as fases do procedimento, o juiz deve pronunciar-se favoravelmente à pretensão do autor ou à defesa do réu, por mais dúvidas que possa ter sobre a melhor solução a dar ao caso, inobstante as partes terem recheado os autos de provas das suas afirmações. Para dirigir essa escolha, evitando a avaliação discricionária do juiz, o legislador estatuiu as regras de distribuição do ônus da prova.

A distribuição do ônus da prova repousa na premissa de que, visando à vitória da causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* - e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus). (CINTRA et al, 1995 : 351), sem grifo no original.

Para Talamini (1997 : 73), o melhor critério para classificar a cognição em sumária ou exauriente consiste no que se possibilitou fazer para chegar à decisão. Assim, o “processo cujo momento de sentença encontra-se depois de ampla permissão de instrução e debate é de cognição exauriente, plena. Já quando o provimento não é precedido de tal leque de oportunidades, a cognição é sumária”.

O mesmo entendimento é defendido por Marinoni (1999 : 52): “Quando há restrição do direito à produção da prova, ou limitação do contraditório, há sempre *fumus boni iuris* ou cognição sumária”.

Esse entendimento tem raízes na doutrina alemã de Hans Karl Briegleb, exposta por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, no artigo “Perfil dogmático da tutela de urgência”, a quem, segundo o autor brasileiro, “coube o mérito indiscutível de ter, já em 1859, distinguido a mera simplificação **formal** do processo da sumariedade **material**”. Para Briegleb “o processo verdadeiramente sumário caracteriza-se pela incompletude material da *causa cognitio*, por

meio da exclusão dos meios ordinários de defesa, circunstância que vem a se refletir no efeito provisório da decisão daí resultante”.

Sem dúvida, instrução probatória e contraditório amplos contribuem para o estabelecimento de um elevado grau de convencimento no juiz, mas não são determinantes. Pode haver alto nível de convencimento com pouquíssima dilação probatória, por exemplo, como resultado das provas juntadas à inicial pelo autor³⁸, assim como pode haver juízo de aparência na decisão final da lide, como no processo cautelar.

Poder-se-ia objetar que no processo cautelar a instrução e o contraditório não são tão amplos como no procedimento ordinário. Até certo ponto a afirmação está correta, mas as diferenças são tênues, não importando em modificação substancial.

Conforme Ovídio Baptista, o processo cautelar orienta-se, como qualquer outro feito contencioso, pelo princípio do contraditório, apesar da resposta do requerido estar restrita à contestação, pois não se admite reconvenção nem ação declaratória incidental. Inobstante, pode o demandado **“abordar todas as eventuais defesas que lhe seria permitido suscitar como contestação da ação principal”** satisfativa (1998 : 116), o original não está grifado.

Quanto ao procedimento probatório, o modo pela qual as provas devem ser postuladas e produzidas na causa, não há nada de específico para o processo cautelar. “Procede-se como o previsto para o processo de conhecimento e tudo quanto for pertinente àquele também incidirá no processo cautelar” (J. J. Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1984, SP : RT, vol. X, tomo I, p. 170, *apud* BAPTISTA DA SILVA, 1998 : 129).

A diversidade de tratamento está no ônus da prova, porque no processo cautelar há tutela de simples segurança, em que se exige a proteção da aparência sob pena de, não o fazendo, tornar-se inútil a tutela outorgada ao final do processo. A prova orienta-se “para oferecer ao magistrado um índice de *verossimilhança* do direito, a ser protegido (...) que eleve a probabilidade de sua existência a um grau aceitável de segurança” (BAPTISTA DA SILVA, 1998 : 130).

Em outras palavras, a diferença entre a prova no processo em geral e no processo cautelar

³⁸ Veja-se a lição de José Carlos Barbosa Moreira (1996 : 198) em conferência sobre a tutela antecipada: “Todos nós que lidamos com episódios forenses tivemos ocasião de ver processos nos quais fica manifesto, por vezes desde os primeiros momentos do itinerário processual que constituirá uma sensível injustiça para com uma das partes, no caso, especificamente o autor, fazê-lo aguardar o tempo necessário para que se desenrole o processo e atinja o seu termo normal, dada a existência de circunstâncias que, desde logo, permitem concluir que essa parte, no caso o autor, tem razão e deve ver atendida a postulação que formula perante o órgão jurisdicional”.

tem origem, basicamente, na diversidade de funções e de propósitos que a prova deve desempenhar em cada uma dessas formas de cognição judicial. No Processo de Conhecimento a atividade probatória é concebida e disciplinada de modo a fornecer ao julgador um juízo de *certeza* sobre os fatos controvertidos na causa; já no processo cautelar a prova haverá de orientar-se para oferecer ao magistrado um índice de *verossimilhança*³⁹ do direito (BAPTISTA DA SILVA, 1998 : 130).

Há ainda o caso do **mandado de segurança**, que visa produzir certeza jurídica mediante as provas apresentadas com a inicial. O impetrante não dispõe de outra oportunidade para instruir o processo e as provas documentais são as únicas admissíveis. Portanto, mesmo com severas limitações à possibilidade de produção de provas, desde que os documentos sejam aptos há demonstrarem o direito líquido e certo do impetrante, haverá **cognição exauriente**. O que afasta a afirmação de Marinoni de que a limitação à produção de provas e ao contraditório sempre implica em *fumus boni iuris* ou cognição sumária.

Como se vê, a cognição sumária e o juízo de probabilidade que ela conduz são dados pelo grau de convencimento pretendido do julgador e não pela maior ou menor possibilidade de contraditório e dilação probatória. A restrição do debate entre as partes e da produção de provas é uma técnica freqüentemente utilizada nos procedimentos de cognição sumária, porque o grau de convencimento exigido do juiz pode ser perfeitamente satisfeito só com as alegações e provas apresentadas pelo autor, sem a participação do demandado. Caso contrário, jamais haveria concessão de medidas liminares sem ouvida do réu e o CPC, então, não teria previsto essa hipótese no artigo 804.

Para encerrar as polêmicas doutrinárias e preparar a conclusão deste subitem são apresentadas as concepções de Kazuo Watanabe, Luiz Guilherme Marinoni e Cândido Rangel Dinamarco sobre a cognição na ação monitória.

Kazuo Watanabe insere a ação monitória na categoria da “cognição eventual, plena ou limitada e exauriente”. Quase uma década antes da introdução da ação monitória no processo civil nacional, escreveu o seguinte: “Havendo contestação a cognição será plena e exauriente; o processo monitório, existente no direito europeu, em que se inverte a iniciativa do contraditório, tornando necessária a cognição somente quando o demandado toma a iniciativa da defesa” (1987 : 90).

A classificação está correta se levar-se em conta somente a segunda fase do procedimento, porém, quanto à primeira, deve ser vista com restrições, pois Watanabe afirma

³⁹ A palavra “verossimilhança”, utilizada por Ovídio Baptista, deve ser entendida como “probabilidade”, para se manter a fidelidade à graduação do convencimento adotada nesta monografia.

que seria desnecessária a cognição se não fosse apresentada defesa. Com isso estaria aderindo à teoria do “título monitorio”, e a primeira fase seria caracterizada por cognição rarefeita. Essa concepção, no entanto, está superada como foi antes demonstrado.

Já Marinoni apresenta uma classificação inusitada: seria a “técnica da cognição exauriente por ficção legal conjugada com a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis*” (1994 : 25).

A análise da técnica designada por esse pomposo nome é mais adequada considerando-se as duas “orações” isoladamente.

A cognição exauriente *secundum eventum defensionis* indica a atividade de conhecimento da segunda fase, portanto em nada diverge do que foi apresentado até o momento. Havendo oposição de embargos, terá lugar a cognição exauriente.

Porém, causa certa perplexidade a “técnica da cognição exauriente por ficção legal”. Marinoni a explica da seguinte forma: “A não apresentação de embargos faz surgir o título executivo, ficando o juiz impedido de determinar a produção de prova tendente a averiguação da existência do direito afirmado que, na verdade, é considerado existente por ficção legal” (1994 : 25).

Se o direito é considerado existente por ficção legal, à semelhança dos títulos executivos extrajudiciais, cai-se novamente na teoria do “título monitorio”, e o juiz estaria privado de fazer qualquer análise, por mais singela que seja, do direito afirmado. Conforme foi apresentado até aqui, essa idéia não subsiste.

Por último, Dinamarco sustenta que o juízo de admissibilidade do mandado monitorio se dá por cognição sumária (1996a : 236). Entretanto, afirma que nesse momento o juiz não perquire sobre o mérito nem julga a respeito. Por isso, inexistente coisa julgada material sobre os efeitos desse ato (1996a : 231).

Para Dinamarco o fato do juiz não declarar a existência ou inexistência do direito invocado, mas, tão só, a probabilidade de que ele exista, importa em não haver mérito na primeira fase da ação monitoria.

Tal afirmação é descabida. O deferimento do mandado de pagamento pode ser a única decisão do processo monitorio. Basta que o réu não apresente embargos para esse mandado converter-se automaticamente em título executivo. Esse processo, então, foi encerrado da maneira pretendida pelo autor, mas, como sustenta Dinamarco, sem apreciação do mérito.

A confusão está no conceito de mérito. E o próprio Dinamarco esqueceu das suas lições sobre o assunto: “Por tudo quanto foi dito nos itens anteriores, fica portanto a certeza de

que é a *pretensão* que consubstancia o mérito, de modo que prover sobre este significa ditar uma providência relativa à situação trazida de fora do processo e, assim, eliminar a situação tensa” (1986 : 203).

Dinamarco adota o conceito de pretensão exposto por Carnelutti, para quem pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio.

Sinteticamente, o mérito “é a exigência que através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para seu exame” (DINAMARCO, 1986 : 202).

O autor, então, não traria nenhuma exigência à apreciação do juiz na ação monitória?

Sem dúvida traz. O autor pretende a emissão de uma ordem ao réu para que pague ou entregue o bem em seu poder. Se esse mandamento não for cumprido e o réu omitir-se de contestar, o autor poderá mover uma ação de execução contra o réu munido exclusivamente desse mandado, convertido em título executivo.

Para tornar mais célere o processo monitório, o legislador autorizou a emissão do mandado com base na aparência do direito alegado, obtida mediante cognição sumária do direito. Por isso qualificou a prova com que o autor deve comprovar o seu direito e postergou o contraditório ao momento subsequente, que pode não vir a acontecer.

Ocorre, portanto, que o mérito da ação monitória é diverso do mérito de uma ação de conhecimento na qual o autor poderia buscar a condenação do réu utilizando-se das mesmas provas.

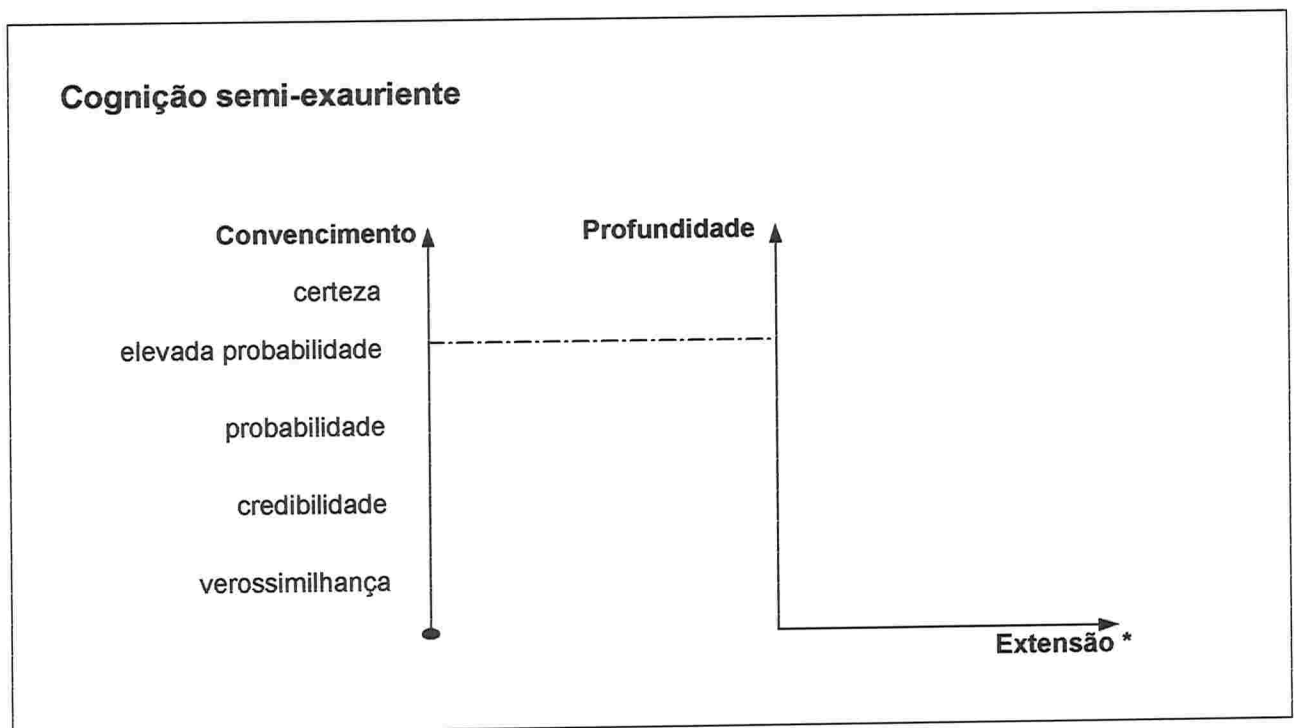
No momento inicial da ação monitória a análise do mérito é satisfeita com a demonstração da aparência do direito, enquanto na ação de conhecimento, assim como é a segunda fase do processo monitório, as alegações das partes serão investigadas profundamente, para que formem a convicção do juiz quanto a existência ou não do direito do autor.

Em qualquer caso haverá análise do mérito do pedido.

Por essas razões, não procede a asserção de que a ausência de coisa julgada material da decisão da primeira fase decorre de inexistir pronunciamento sobre o mérito. A decisão concessiva do mandado inicial aprecia o mérito, mas não faz coisa julgada material porque é proferida com base em cognição não exauriente, ou seja, inexistente conteúdo declaratório suficiente para fazer surgir a autoridade da coisa julgada, assim como se passa na sentença cautelar. O instituto da coisa julgada “é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição sumária e por isso mesmo provisória, sujeita a confirmação” (TALAMINI, 1997 : 90).

Os argumentos da doutrina são contraditórios, mas parecem indicar que a concessão do mandado monitorio exige um nível de convencimento superior ao que a cognição sumária está predisposta a oferecer. Assim, é adequada a concepção de uma nova modalidade de cognição no plano vertical, para abranger as decisões da ação monitoria e, igualmente, da tutela antecipada. Essa cognição estaria muito próxima da cognição exauriente e conduziria a um juízo de elevada probabilidade que se pode designar pelo nome de “probabilíssimo”.

A nova espécie de cognição pode ser representada graficamente da seguinte forma:



* No gráfico, a extensão não foi delimitada porque está sendo discutida tão somente a profundidade da cognição. A extensão pode ser tanto plena quanto parcial, que nada interferirá na conclusão quanto ao grau de convencimento do juiz (elevada probabilidade), não comprometendo, portanto, a representação da cognição semi-exauriente.

Se for analisada somente a cognição na tutela antecipada e na ação monitoria, a extensão é ilimitada, assim, há cognição semi-exauriente e plena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A classificação da cognição não representa uma questão exclusivamente acadêmica. Ela constitui uma importante contribuição para o aperfeiçoamento da ciência processual, em relação a uma área ainda pouco discutida pela doutrina.

A perfeita sistematização da técnica da cognição resultará no aumento da sua utilidade como ferramenta para a concepção de procedimentos adaptados às especificidades dos inúmeros interesses, direitos e pretensões materiais, contribuindo para a realização dos escopos do processo, na direção da sua ampla efetividade.

A cognição sumária é a modalidade que melhor atende à exigência de tornar mais célere a tutela jurisdicional, pois permite a formação de juízos de aparência, frutos da análise de provas produzidas em tempo menor do que o usualmente despendido para o estabelecimento da convicção no espírito do julgador acerca dos direitos reclamados.

Por estar limitada a certificar a probabilidade do direito, a decisão proferida com base em cognição sumária não contém eficácia declaratória suficiente para a produção de coisa julgada material. Assim, a relação jurídica material deduzida no juízo sumário poderá ser debatida novamente em procedimento de cognição exauriente.

O legislador utilizou a técnica da cognição sumária na criação do processo cautelar e, mais recentemente, na tutela antecipada e na ação monitória. Entretanto, quanto a essas utilizou expressões que indicam a exigência de um elevado grau de probabilidade do direito afirmado para a emissão do julgamento, o que afasta as decisões da tutela antecipada e da primeira fase da ação monitória do âmbito da cognição sumária e as aproxima da cognição exauriente.

Esse fato levou à constatação que o legislador criou uma nova modalidade de cognição, situada entre a cognição sumária e a exauriente.

A probabilidade apresenta inúmeros graus, e o legislador tem se aproveitado disso, para a criação de procedimentos diferenciados, o que impõe a adaptação da classificação da cognição a essa nova realidade, acompanhando o desenvolvimento legislativo.

Ante o exposto ao longo desta monografia, pode-se fazer, ainda, as seguintes afirmações a título de considerações finais:

1. A jurisdição é o instituto fundamental da ciência processual e consiste na função estatal específica dirigida à atuação da norma concreta em substituição à atividade dos

particulares. A arbitragem também constitui uma atividade jurisdicional, porém é privada e tem sido pouco exercitada no Brasil.

2. Sendo função tipicamente estatal, a perfeita compreensão da jurisdição e, por consequência, do sistema processual, passa pela Teoria do Estado.

3. Os escopos da jurisdição dividem-se em três categorias: escopos sociais, políticos e jurídico.

4. Por escopos sociais entende-se a pacificação com justiça e a educação.

5. Escopos políticos são: a afirmação da capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), a capacidade de tornar concreta a liberdade pela limitação do poder e o estímulo à participação das pessoas na escolha dos valores tuteláveis pelo Estado, legitimando, assim, as suas opções.

6. O escopo jurídico representa a atuação prática da vontade concreta da lei.

7. O escopo magno da jurisdição é a pacificação dos conflitos mediante critérios justos.

8. As teorias do direito de ação (immanentista, direito concreto, direito abstrato e eclética) se sucederam no tempo, predominando atualmente a teoria eclética, segundo a qual, o direito de ação está condicionado à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação.

9. A categoria da “ação de direito material” não desapareceu do sistema processual. Com o monopólio estatal da justiça ela passou a ser exercida pelos órgãos jurisdicionais.

10. A “ação de direito material” é importante para a aproximação entre direito e processo, revelando o caráter instrumental deste.

11. As fases do direito processual (sincretista, autonomista e instrumentalista) acompanharam a sucessão das teorias da ação.

12. Na fase instrumentalista, destacam-se os seus aspectos negativos e positivos.

13. O aspecto negativo da instrumentalidade consiste em reduzir os formalismos, adequando os rigores procedimentais às características das relações jurídicas materiais.

14. O aspecto positivo refere-se à efetividade do processo e envolve a admissão em juízo, o modo de ser do processo, a justiça e a utilidade das decisões.

15. A relevância da cognição como técnica processual é dada pela classificação das ações em ações de conhecimento e de execução e, principalmente, pela natureza da atividade do juiz, que, na posição de terceiro que se interpõe às partes em conflito, deverá necessariamente conhecer as razões dos litigantes para, só então, declarar a vontade concreta da lei.

16. A cognição é um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, cujo resultado é o fundamento das decisões.

17. A cognição é classificada a partir dos planos horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade).

18. No plano horizontal a cognição pode ser plena, se forem ilimitadas as matérias argüíveis pelas partes e, portanto, passíveis de conhecimento pelo juiz; ou parcial (limitada), se houver limitação quanto a essas matérias. Trata-se de restrição ao objeto cognoscível.

19. No plano vertical classifica-se a cognição em exauriente, sumária e superficial, conforme a profundidade esperada de conhecimento sobre o objeto cognoscível.

20. Da combinação dessas modalidades de cognição, o legislador pode conceber procedimentos diferenciados, ajustados às características das relações jurídicas materiais.

21. A profundidade da cognição é dada pelo resultado que se espera alcançar pela atividade de conhecimento e não por eventuais restrições à amplitude do contraditório e da defesa.

22. Ao juízo de certeza corresponde a cognição exauriente.

23. Aos juízos de probabilidade e credibilidade corresponde a cognição sumária.

24. O juízo de verossimilhança se refere à cognição superficial.

25. A cognição sumária é empregada nos procedimentos em que a aparência do direito é suficiente para o julgamento.

26. A decisão fundada em cognição sumária não faz coisa julgada, porque a carga de declaração é insuficiente para legitimar a imutabilidade da decisão e seus efeitos.

27. As aplicações mais conhecidas da técnica da cognição sumária estão no processo cautelar, na tutela antecipada, na ação monitória e nas liminares em geral.

28. Os doutrinadores costumam afirmar que a tutela antecipada é concedida mediante cognição sumária do pedido e seus fundamentos. Entretanto, esse mesmos autores exigem um grau de convencimento muito superior ao produzido pela cognição sumária, sustentando que não basta a mera aparência do direito.

29. Na ação monitória acontece o mesmo fenômeno. Havendo, ainda, inúmeras contradições na doutrina, devido aos autores não realizarem a perfeita correlação entre a técnica da cognição, o nível de convencimento esperado e as provas necessárias ao deferimento do mandado monitório.

30. Portanto, à luz da literatura sobre a tutela antecipada e a ação monitória e dos limites e características da cognição sumária, conclui-se que o legislador criou uma nova

modalidade de cognição para esses procedimentos, com limites situados entre a cognição sumária e a exauriente, à qual corresponde um juízo de elevada probabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda.

1996 *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, vol. I - Parte Geral, 1996.

ASSIS, Araken de.

1987 *Manual de processo de execução*, Porto Alegre : Letras Jurídicas, 1987, vol. I.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo.

1973 *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre : Sulina Editora, 1973.

1985 *Comentários ao Código de processo civil, vol. XI, arts. 796-889 do processo cautelar*.
Porto Alegre : Letras Jurídicas, 1985.

1991 *Curso de processo civil*. 2ª ed. rev., Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991,
vol. 1.

1998 *Curso de processo civil*. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998,
vol.3.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos.

1980 Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito processual: 2ª série*. São Paulo : Saraiva, 1980.

1984a Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de direito processual: 3ª série*. São Paulo : Saraiva, 1984.

1984b A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: *Temas de direito processual: 3ª série*. São Paulo : Saraiva, 1984.

1984c Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: *Temas de direito processual: 3ª série*. São Paulo : Saraiva, 1984.

1996 A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, vol. 81, p. 198-211, jan./mar. 1996.

1997 *O novo processo civil brasileiro*, 19ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro : Forense, 1997.

BERMUDES, Sérgio.

1996 *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo : Saraiva, 1996.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant.

1988 *Acesso à justiça*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco.

1998 Verdade, dúvida e certeza. *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba : Genesis, vol. 9, p. 606/609, jul./set. 1998.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo.

1997 *Elementos de teoria geral do processo*. 7ª ed. rev. atual. e amp., Rio de Janeiro : Forense, 1997.

Ação Monitória. <http://www.forense.com.br>.

CHIOVENDA, Giuseppe.

1998a *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas : Bookseller, 1998, vol. I.

1998b *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas : Bookseller, 1998, vol. II.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel.

1995 *Teoria geral do processo*. 11ª ed. rev. e atual., São Paulo : Malheiros, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu.

1995 *Elementos de teoria geral do Estado*. 19ª ed. atual., São Paulo : Saraiva, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel.

1986 *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.

1993 *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. rev. e atual., São Paulo : Malheiros, 1993.

1996a *A reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo : Malheiros, 1996.

1996b Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, vol. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996.

1997 *Execução civil*. 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo : Malheiros, 1997.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias.

1996 *O novo procedimento sumário: Lei 9.245, de 26.12.95*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

GRECO FILHO, Vicente.

1996 *Direito processual civil brasileiro*. 12ª ed., São Paulo : Saraiva, 1996, vol. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Monitória. <http://www.solar.com.br/~amatra>.

HESSEN, Johannes.

1980 *Teoria do Conhecimento*. 7ª ed., Coimbra : Armênio Amado Editor, 1980.

LIEBMAN, Enrico Tullio.

1968 *Processo de execução*. 3ª ed., São Paulo : Saraiva, 1968.

1984 *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1984.

LOPES, José Reinaldo de Lima.

1996 Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (organizador). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte : Livraria Del Rey Editora, p. 247-278, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme.

1992 *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

1993 *Novas linhas do processo civil : o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

1994 *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

1997 A reforma do Código de Processo Civil e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e de não fazer). *Revista Forense*. Rio de Janeiro : Forense, vol. 338, p. 137-147, abr./jun. 1997.

1999 *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed. rev. e atual., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Pontes de.

1970 *Tratado das Ações. Tomo I.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970.

1997 *Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, arts. 1º a 45.* 5ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997.

1998 *Tratado das Ações. Tomo I.* Campinas : Bookseller, 1998.

MOREIRA, Alberto Camiña.

1998 *Defesa sem embargos do executado: Exceção de pré-executividade.* São Paulo : Saraiva, 1998.

NEGRÃO, Theotonio.

1998 *Código de processo civil e legislação processual em vigor.* 29ª ed. atualizada até janeiro de 1998, 2ª tiragem. São Paulo : Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de.

1996 Alcance e natureza da tutela antecipatória. *Revista de Processo.* São Paulo : Editora Saraiva, vol. 84, p. 11-17, out./dez. 1996.

Perfil dogmático da tutela de urgência. <http://www.genedit.com.br>.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei.

1994 *Acesso à justiça no direito processual brasileiro.* São Paulo : Editora Acadêmica, 1994.

1996 *Elementos de teoria geral do processo.* Florianópolis. Apostila inédita, 1996.

RODRIGUES NETTO, Nelson.

1999 Exceção de pré-executividade. *Revista de Processo.* São Paulo : Revista dos Tribunais, vol. 95, p. 29-38, jul./set. 1999.

SANTOS, Moacir Amaral.

1997 *Primeiras linhas de direito processual civil.* 19ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo : Saraiva, 1997, vol. I.

SILVA, José Afonso da.

1997 *Curso de direito constitucional positivo.* 13ª ed. rev., São Paulo : Malheiros, 1997.

TALAMINI, Eduardo.

1997 *Tutela monitoria: A ação monitoria, Lei 9.079/95*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto.

1997a *Curso de direito processual civil*. 22^a ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997, vol. I.

1997b Tutela antecipada e tutela cautelar. *Revista dos Tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, vol. 742, p. 40-56, ago. 1997.

WATANABE, Kazuo.

1987 *Da cognição no processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.

1996 Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461, CPC. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo : Revista dos Tribunais, vol. 19, p. 77-110, ago./set. 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz.

1993 *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo : Malheiros, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino.

1997 *Antecipação da tutela*. São Paulo : Saraiva, 1997.