

Técnicas de Cognição e Efetividade do Processo

ANDRÉ OSÓRIO GONDINHO

Professor de Direito Civil da UERJ e de Processo Civil da Faculdade Cândido Mendes de Ipanema.

“É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de “alterar o mundo”, ou seja, de conduzir as pessoas à “ordem jurídica justa”. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço da sua técnica.” CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 297.

Considerações Preliminares - Atualmente, a moderna processualística preocupa-se sobremaneira com os aspectos sociais do processo. Neste sentido, sente-se o empenho dos processualistas no estudo da efetividade do processo mediante a inafastabilidade da tutela jurisdicional e mediante a abertura de vias de acesso à justiça.

Mais do que a simples abertura de vias de acesso à justiça, procuram-se, hoje, na feliz expressão cunhada por Kazuo Watanabe, meios de acesso a uma “ordem jurídica justa”. **Uma ordem jurídica igualmente acessível a todos e que produza resultados que sejam individual e socialmente justos.**

O acesso à justiça ou a uma ordem jurídica justa, como bem demonstram Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em obra já clássica¹, “*não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica*”.

¹ *Acesso à Justiça*, p.13

Os atuais estudiosos do Direito Processual, fulcrados em sólidos objetivos sociais, têm concedido significados novos a antigos conceitos. Nesta nova visão, o princípio de inafastabilidade do Poder Judiciário, por exemplo, deixa de significar apenas que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo. Mais do que isto, passa a significar **a necessidade de uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação de justiça**. O princípio do devido processo legal, por seu turno, engloba **um processo que assegure a todos os meios necessários à efetiva tutela dos direitos**.

Nada mais longe, portanto, da realidade atual do direito processual do que aquele *dito malicioso* a que se refere Barbosa Moreira², segundo o qual “*o processualista preferia ver uma pessoa morrer de fome a permitir-lhe que usasse talheres de carne para comer peixe, ou vice-versa*”. O ilustre mestre insurge-se contra o *injusto libelo* para afirmar que “*em nenhum outro setor da ciência jurídica pátria ressalta mais vivo o sentimento do social*”. E, aproveitando a *anedótica definição*, conceitua o processualista contemporâneo “*como alguém que forceja, sim, por ensinar o uso correto dos talheres de carne e de peixe, com o objetivo de proporcionar aos famintos de justiça a possibilidade de desfrutar melhor ambos os alimentos*”.

Não se pode mais, nesta nova realidade científica, conceber a tutela processual como um simples direito à sentença³. Também não se deve conceber a tutela processual apenas como uma tutela de direitos materiais; mais do que um instrumento a serviço do direito material, **o processo deve ser um instrumento a serviço da sociedade, seu compromisso primário será com a realidade social**.

Mais do que nunca está viva a antiga idéia de Chiovenda⁴, segundo a qual o processo deve proporcionar a quem tem razão (até onde seja praticamente possível) tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir. Em outras palavras, pode-se dizer que **o processo deve proporcionar, sempre que possível, uma coincidência entre os efeitos práticos da decisão judicial e aqueles que adviriam da observância espontânea dos preceitos legais**.

² “Duas Gerações de Processualistas Brasileiros”, discurso de posse na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, em 7 de abril de 1992.

³ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*, pp. 218-219, “A pretensão processual é pretensão à sentença, por se ter exercido a pretensão à tutela jurídica”.

⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 12, p. 84.

Neste particular, dentro da ótica da efetividade da tutela do direito e da instrumentalidade do processo, a cognição deve ser estudada como um meio de integração entre o direito e o processo. Ela é “*uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada*”⁵. **É através da cognição que se pode estruturar e manejar diferentes formas de procedimentos judiciais, garantindo tutela às várias situações jurídicas carentes de proteção.** A construção de tutelas jurisdicionais diferenciadas é, como veremos ao longo deste trabalho, possível através da combinação dos vários tipos de técnicas cognitivas.

Mas não é somente na construção de tutelas jurisdicionais diferenciadas que a cognição pode ser utilizada como técnica de desenvolvimento de um processo efetivo. A cognição também se relaciona com a efetividade processual no tocante ao monopólio estatal da Justiça, ao princípio do juiz natural e da motivação das decisões judiciais.

Neste trabalho, iniciaremos, em homenagem à boa didática, por desenvolver um conceito de cognição. Conceituado o instituto, passaremos a investigar a amplitude deste conceito, ou em outras palavras, passaremos a estudar o objeto da cognição. Isto feito, desenvolveremos o estudo da cognição em relação com questões concernentes ao princípio da efetividade do processo.

Conceito e Objeto - A cognição é, no conceito de Kazuo Watanabe⁶, “*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 utilizadas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto do processo*”.

Em outros termos, pode-se dizer que **a cognição é a operação mental através da qual o operador do Direito analisa e valoriza todas as questões de fato e de Direito que lhe será permitido conhecer.**

O juízo, assim, será fruto e resultado lógico, sobretudo, desta cognição⁷. “Antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é

⁵ Kazuo Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*, p. 26.

⁶ Obra citada, p. 41.

⁷ Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, § 450, p.4.

fundada ou infundada, e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita⁸”. O julgado sempre se subordina a este ato de inteligência que lhe precede e que lhe dá substância.

Como será detalhadamente analisado, a cognição pode sofrer limitações em um de seus planos, **sempre no intuito de favorecer a tutela do direito carente de proteção**, mas nem por isto haverá procedimento judicial desprovido de cognição.

Em virtude do fato de existir sempre alguma forma de cognição em qualquer procedimento judicial, nota-se a impossibilidade de utilização do termo *cognição* para designar o processo de cognição plena e exauriente, que, como sabemos, é comumente denominado de processo de conhecimento⁹.

A utilização da expressão *processo de conhecimento* pode levar à crença de inexistência de cognição nas outras espécies de procedimento judicial, o que seria absurdo. Todo procedimento judicial é cognitivo, mesmo que algumas vezes a cognição seja rarefeita, como no caso do processo de execução.

Talvez por isto a advertência de Pontes de Miranda¹⁰ de que “*a dicotomia dos procedimentos em processos de cognição e processos de execução prende-se à época em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ações*” e de que “o valor da dicotomia procedimento de cognição-procedimento de execução, no plano teórico e no plano prático, é quase nenhum”.

Ora, se todo procedimento judicial pressupõe, necessariamente, uma operação intelectual, consistente em avaliar as questões fáticas e jurídicas e estabelecer juízos de valor sobre as mesmas, desponta, como condição indispensável para alcançarmos o ideal de justiça, a boa formação técnica, moral e social do magistrado.

⁸ Chiovenda, *Instituições...*, v. I, n. 37, pp. 253-254.

⁹ Pontes de Miranda, *Comentários...*, v. 1, p. 95, critica a utilização de sinonímia entre cognição e conhecimento, advertindo que isto equivaleria a não distinguir descobrimento de descoberta. Todavia, concordamos com a assertiva de Kazuo Watanabe, ob. citada, p. 40, segundo a qual “a equiparação é de uso corrente e pouco alcance prático haveria em se estabelecer a diferenciação. Mesmo examinando-se o resultado que seria a descoberta, haveria sempre a necessidade de se examinar o *iter* que o antecede, que é o descobrimento, e vice-versa, e no estudo da “cognição” interessam ambas as perspectivas”.

¹⁰ *Comentários...*, t. I, pp. 93-94, 1974.

Neste sentido, existe uma estreita relação entre o direito à cognição adequada, o princípio do juiz natural e o denominado monopólio estatal da Justiça. Esta relação será agora analisada.

O Direito à Cognição Adequada, o Princípio do Juiz Natural e o Monopólio da Justiça - A Justiça precisa ser rente à realidade social para que possa servir de instrumento eficaz de proteção da sociedade. Essa aderência à sociedade somente se consegue se os juízes possuírem a sensibilidade necessária para a completa compreensão do fenômeno social. **Quanto mais estiverem os juízes inseridos na realidade social dos jurisdicionados, mais será possível o aprimoramento humanístico necessário para o bom e fiel cumprimento da missão que lhes foi confiada.**

Em vista disto, os sistemas jurídicos, em várias situações, contemplam o direito de julgamento por leigos, os quais, apesar do desconhecimento específico do Direito enquanto ciência, podem propiciar um julgamento mais próximo aos valores predominantes no seio social, e, portanto, com maiores chances de corresponder ao ideal de justiça almejado pela sociedade em que vivem. Exemplos desta situação podem ser encontrados no direito anglo-saxão, que, nos primórdios do constitucionalismo, insistiu no direito ao julgamento *pelos homens honestos da vizinhança e pelos seus pares*. Também o direito brasileiro, ao prever o Tribunal do Júri e a função de juiz classista na Justiça do Trabalho, tenta privilegiar o direito à cognição por julgadores que, inseridos na mesma realidade social, tenham maior sensibilidade para avaliar o direito para o caso concreto. **Neste sentido, não seria exagero afirmar que o direito à cognição adequada faz parte do conceito menos abstrato do princípio do juiz natural¹¹.**

Em outro aspecto, **não seria também exagero afirmar que o direito à cognição adequada é uma necessidade decorrente do próprio monopólio estatal da Justiça.** Em dado momento histórico, o Estado assumiu a responsabilidade pela aplicação do direito, com a conseqüente obrigação de solucionar, com justiça, todas as situações litigiosas. Assim, **ao não permitir mais a autotutela privada, assumiu o Estado o compromisso de tutelar adequada e efetivamente todo o conflito de interesses que**

¹¹ Kazuo Watanabe, ob. citada, p. 46, acrescentando que: “Para a cognição adequada a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade referida é um elemento imposterável”.

possa vir a existir na sociedade¹². O processo, neste escopo, deve chegar a resultados equivalentes aos que se verificariam se a ação privada não estivesse proibida¹³.

O Direito à Cognição e a Motivação das Decisões Judiciais - A cognição está voltada para a produção da decisão final a ser proferida no processo, uma vez que constitui uma operação intelectual através da qual o juiz analisa o material da causa para poder julgar a situação litigiosa.

Para que o direito à adequada cognição possa ser regularmente exercido, faz-se necessário que o magistrado motive a sua decisão, pois somente com a demonstração dos motivos que contribuíram para a obtenção da decisão, será possível ao jurisdicionado verificar e fiscalizar se todos os seus argumentos foram devidamente sopesados ou se houve violação de algum dos planos da cognição, como veremos adiante.

Além de todos os benefícios decorrentes do princípio de motivação da decisões judiciais, entre os quais poderíamos citar, (I) a delimitação do âmbito da coisa julgada, (II) a maior facilidade de revisão dos julgados, (III) a possibilidade de uniformização da jurisprudência, (IV) a averiguação de imparcialidades ou arbitrariedades; **representa o princípio uma garantia do jurisdicionado de que poderá fiscalizar se a técnica de cognição utilizada pelo juiz é compatível com o tipo de procedimento utilizado pela parte. Desta forma, o princípio da motivação das decisões judiciais contribui para uma maior confiança do jurisdicionado na tutela jurisdicional prestada**, confiança esta que dificilmente existiria se ao jurisdicionado fosse vedado conhecer as razões pelas quais perde ou ganha uma demanda.

É ainda importante ressaltar que a cognição funciona com um elemento necessário ao autocontrole do Judiciário, pois é através do exame das motivações constantes das sentenças, que se pode avaliar o nível de preparo dos juízes¹⁴.

¹² Guilherme Marinoni, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, p. 12. Barbosa Moreira, *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*, p. 21: “Desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas”.

¹³ Guilherme Marinoni, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, p. 12.

¹⁴ Kazuo Watanabe, ob. citada, p. 50.

Técnicas de Cognição - Como já afirmado ao longo deste estudo, a efetividade do processo pressupõe a construção de técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito material carentes de tutela. Também afirmamos que a construção destas técnicas diferenciadas de tutela somente seria possível com o manejo adequado das diferentes espécies de cognição.

Nesta parte do artigo, pretendemos analisar a técnica de cognição em seus diferentes planos e demonstrar os modos de combinação possíveis para a construção de técnicas processuais diferenciadas.

Em um plano sistemático amplo, podemos considerar a cognição a partir de dois ângulos diversos¹⁵: **horizontal** (extensão, amplitude) e **vertical** (profundidade).

O plano horizontal se refere ao objeto da cognição, ou seja, a toda questão processual ou de mérito que seja permitida ao juiz conhecer dentro da técnica processual utilizada. Neste plano, classifica-se a cognição em plena ou limitada (parcial) segundo a extensão permitida.

O plano vertical, por seu turno, se refere ao grau de profundidade com que o aplicador do Direito deve conhecer cada objeto da cognição. Este conhecimento pode ser exauriente (completo) ou sumário (incompleto).

Há, ainda, uma forma de cognição bastante escassa, sendo mesmo eventual, que é a cumprida no processo de execução¹⁶. **Mesmo no processo de execução, o juiz é chamado inúmeras vezes a proferir juízos de valor acerca de várias questões processuais¹⁷, sendo por isto corrente na doutrina a afirmativa de que existe cognição no processo de execução¹⁸.**

Com a combinação destas modalidades de cognição, será possível a construção de procedimentos variados e adequados às várias situações de direito material carentes de tutela. Neste sentido, várias combinações podem ser feitas, como passamos a demonstrar.

Cognição Plena e Exauriente - O procedimento de cognição plena e exauriente é o chamado procedimento comum¹⁹. Ele é considerado a

¹⁵. Kazuo Watanabe, ob. citada, p. 83.

¹⁶. Kazuo Watanabe, ob. citada, p. 83.

¹⁷. Cândido Rangel Dinamarco, *Execução Civil*, n. 10, pp. 95-96

¹⁸. Pontes de Miranda, *Comentários*, pp. 94-95.

¹⁹. Ordinário ou sumário, visto que a sumaridade deste último diz respeito apenas ao rito processual, sendo, portanto, diverso do conceito de cognição sumária, conforme explica Kazuo Watanabe, ob. citada, p. 86.

solução definitiva do conflito de interesses, pois este procedimento será o mais pleno possível quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz e o mais exauriente possível quanto à profundidade desta cognição.

O procedimento de cognição plena e exauriente, por abarcar a totalidade do conflito de interesses, permite ao juiz encontrar a solução “definitiva” para o litígio, baseando-se no “juízo de certeza”, que a plenitude e completude deste procedimento possibilita. **É o procedimento onde o valor *segurança* é o mais desenvolvido por excelência. Somente um procedimento tão amplo poderia permitir aquilo que alguns juristas denominam de *busca da verdade*.**

O procedimento de cognição plena e exauriente encontrou seu apogeu no Direito Moderno, embora sua origem remonte ao direito romano tardio²⁰. Para tanto, vários fatores contribuíram.

Primeiramente, deve ser lembrada a doutrina de Montesquieu que, ao estabelecer o primado da separação dos Poderes, acabou por implicar na tentativa de se proibir o juiz de interpretar a lei²¹. Deveria o juiz se limitar a aplicar a lei, agindo despido de qualquer vontade inconsciente. A interpretação do texto legal afrontaria o mito da neutralidade, pois o poder criativo implicaria no aparecimento de preferências ideológicas inconscientes.

Além disso, é sabido que **o procedimento ordinário** (salvo nas hipóteses de antecipação de tutela - art. 273 do CPC) **é um procedimento declaratório por excelência. Nele o magistrado pode declarar o direito, resolver o conflito de interesses, mas tudo no plano jurídico, pois suas implicações práticas são quase nulas.**

Quando após todo um exaustivo procedimento ordinário, o juiz profere uma sentença condenatória, ele somente condena em um plano abstrato do direito, pois aquela sentença nada mais é, na vida prática, do que o reconhecimento do direito da parte e um título para o processo de execução.

²⁰. “A bem da verdade histórica, é necessário advertir que a tendência para a universalização da ordinariade, com a eliminação das formas sumárias de tutela processual, não é uma peculiaridade somente de nosso direito e nem mesmo um fenômeno exclusivo do direito moderno. Pode-se dizer que essa tendência para a forma ordinária de procedimento - com seu natural corolário de plenariade da cognição judicial - teve origem no direito romano tardio, com a absorção dos interditos pela *actio* que, como se sabe, servia-se precisamente do procedimento ordinário (*ordo judiciorum privatorum*) que é a fonte inspiradora de nosso processo de conhecimento” - Ovídio Batista da Silva, *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre, Fabris, 1993, v. 3, p. 51.

²¹. Luiz Guilherme Marinoni, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, p. 3 - “O procedimento ordinário é comprometido com a idéia de que o juiz deveria apenas atuar a vontade da lei.”

É somente no processo de execução que a parte poderá, no plano prático da vida, fazer tutelar o seu direito²².

Um procedimento que não permite ao juiz interferência no conflito de interesse, não só mantém a postura de “neutralidade” que se espera do magistrado, como também impede o julgamento com base na verossimilhança²³ (ressalvada a hipótese introduzida recentemente no Direito Brasileiro de antecipação de tutela). Um julgamento com base em verossimilhança tende a ser menos neutro. Os juízos de verossimilhança eram (e são) temidos à medida que possibilitam margem a um maior subjetivismo do julgador.

Para maior segurança da tutela judicial, em uma época em que se privilegiava o valor segurança sobre qualquer outro, principalmente, a celeridade, um procedimento que afastasse completamente os juízos de verossimilhança permitiria melhor “busca da verdade²⁴”.

Além disto, não interferindo diretamente na vida prática das partes, o processo de cognição plena e exauriente se torna mais conservador, pois somente permitirá a modificação do *status quo* depois de ultrapassada a fase de execução forçada da sentença condenatória. O processo de cognição plena e exauriente acaba por favorecer ideologicamente uma classe dominante que quer manter sua posição.

²². Sobre a crise da sentença condenatória vide Andrea Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1978 - Michele Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti - profili comparatistici*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1988 - Mariangela Zumpano, *Tutela d'urgenza e rapporto di lavoro*, Rivista di diritto processuale, 1989, - Ovidio Batista da Silva, ob. citada, v. 2, p. 256. Sobre a sentença mandamental, como solução para a crise da sentença condenatória, e da possibilidade de prisão por desobediência vide no Direito Brasileiro os estudos de Donaldo Armelin, *A tutela jurisdicional cautelar*, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 23, p.136; Priscila Corrêa da Fonseca, *Suspensão das deliberações sociais*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 133, e Ovidio Batista da Silva, ob. citada, v. 2, p. 256, e no direito italiano: Andrea Prosoto Pisani, ob. cit., p. 1170, Arieta, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, Cedam, 1985, p. 345; e Aldo Frignani, *L'injunction nella common law e lininibitorianel diritto italiano*, Milano, Guiffrè, 1974, p. 599.

²³. Luiz Guilherme Marinoni, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, p. 3.

²⁴. Esta concepção ideológica é demonstrada por Ovidio Baptista da Silva, *Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança*, in *O Processo Civil Contemporâneo*, Curitiba, Ed. Juruá, 1994, p. 125, “não podem haver sentenças liminares que, de alguma forma, antecipem a tutela jurisdicional, porque os juízes do sistema romano canônico estão proibidos de julgar apoiados em juízos de simples verossimilhança. É interessante - e mais do que interessante, dramática e perversa - a ideologia que se oculta sob este princípio que, em última análise, é o motor teórico da concepção, tão profundamente arraigada no Direito Processual Civil, da neutralidade do juiz, face ao conflito judiciário, que, por sua vez, nem seria necessário dizê-lo, é o fundamento da ordinariedade”.

Não é necessário, assim, grande esforço, como bem ilustra Barbosa Moreira²⁵, para demonstrar que esta modalidade tradicional de tutela se revela incapaz de desempenhar a contento a missão a que está obrigada. O esquema “processo de condenação” + “execução forçada” se mostra sobremaneira insatisfatório para a tutela de direito já lesado, como ocorre na maior parte das vezes.

A própria execução de condenação pecuniária é um “*atoleiro tradicional*” da efetividade do processo, “*seu roteiro sinuoso e acidentado sempre constitui reduto por excelência do tumulto e da chicana*”. “*Tão baixa é a efetividade desse tipo de processo, em regra, que a precisão de recorrer a ele, após a sentença condenatória, reduz não raro a uma autêntica vitória de Pirro o desfecho favorável do processo de conhecimento*”²⁶.

Como consequência desta disfunção do processo satisfativo, floresceu uma “*farmacopéia de emergência*”, através de procedimentos cautelares, com o que se procurou acudir manifestações agudas de carência de tutela. “*Provavelmente não se correria com tamanha afoiteza atrás de medidas cautelares - e em particular das ditas “inominadas” - se a jurisdição comum se mostrasse apta a ocupar devidamente todos os espaços que, por natureza, lhe competem*”²⁷.

A tutela cautelar transformou-se, assim, em forma de sumarização para remediar a deficiência do procedimento ordinário, incapaz de tutelar os novos direitos nascidos do ritmo frenético de uma sociedade de massas.

Na ausência de tutelas de urgência dentro da jurisdição comum, esta foi a saída encontrada para permitir que o sistema continuasse a resolver com justiça os conflitos de interesse de uma sociedade evoluída²⁸.

No direito brasileiro, com a introdução, no processo comum, do instituto da antecipação de tutela, se permite ao juiz, através de um ju-

²⁵. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*, p. 21.

²⁶. Barbosa Moreira, *Os Temas Fundamentais do Direito Brasileiro nos Anos 80: Direito Processual Civil*, p. 6.

²⁷. *idem*, p.7

²⁸. Segundo o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, a instrumentalidade “tem na efetividade seu aspecto mais significativo, de que é exemplo a utilização cada vez mais freqüente de cautelares e liminares, muitas vezes com resultados satisfativos, impondo-se reconhecer que tanto uma como outra reclamam processo de certa duração e procedimentos simplificados com a adoção de técnicas de sumarização” - *in Um Novo Processo, Uma Nova Justiça, Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil*, pp. 20-21.

ízo baseado em cognição sumária, antecipar o provimento final (que é proferido com base em cognição plena e exauriente) para tutelar prontamente situações cuja urgência assim impõe ou a evidência assim aconselha.

Cognição Sumária - As formas de tutela judicial baseadas em cognição sumária procuram simplificar e acelerar a prestação jurisdicional, pré-requisitos essenciais de um processo efetivo.

A restrição da cognição no plano vertical, como leciona Guilherme Marinoni²⁹, “*conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável*”. Aqui, ao juiz não é lícito declarar o direito existente, mas sim a probabilidade daquele direito existir.

A tutela de cognição plena e exauriente permite a realização plena do princípio do contraditório, permite ao juiz, como já visto, que procure a *verdade* e a *certeza*, ao contrário da tutela de cognição sumária que possibilita ao julgador um conhecimento superficial da realidade fática e das provas produzidas, com vista a um juízo mais célere e menos *comprometido*. **A tutela de cognição plena e exauriente é eficaz para a produção de coisa julgada material, diferentemente da tutela de cognição sumária que não possui este condão.**

A tutela sumária não produz coisa julgada material³⁰ porque, na sentença, seja cautelar ou antecipatória, o juiz nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito e a ocorrência de situação de perigo ou de evidência, de modo que, ao julgar com base em cognição plena, seja através da denominada ação principal, seja através da sentença de mérito nos casos de antecipação de tutela, pode o juiz, aprofundada a sua cognição sobre o direito afirmado, rever a decisão sumária e declarar que o direito, que supunha existir, não existe³¹.

²⁹. in *Técnica de Cognição e a Construção de Procedimentos*.

³⁰. O professor Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre, Fabris, 1993, v. 3, p. 150, afirma que a sentença de uma “ação sumária satisfativa autônoma” pode conter declaração suficiente para produzir coisa julgada material. Exemplifica aduzindo a uma ação cautelar para liberação dos cruzados novos retidos pelo Governo Federal, onde o juiz poderia, na ação sumária, supostamente cautelar, reconhecer e proclamar a inconstitucionalidade da medida decretada pela União, por lhe parecer evidente - e não apenas aparente o direito do Autor.

³¹. Guilherme Marinoni, *Técnica de Cognição e a Construção de Procedimentos*, p. 627.

A técnica de cognição sumária é utilizada nos processos cautelares e também nos processos de cognição exauriente que admitem³², por previsão legal genérica (art. 273 do CPC) ou específica (liminares em: ação possessória, ação de nunciação de obra nova, ação de despejo, mandado de segurança, ação popular, ação de desapropriação, ação de embargos de terceiro, ação de busca e apreensão de bens vendidos com reserva de domínio e do bem alienado fiduciariamente), a concessão de provimentos antecipatórios.

A tutela de cognição sumária pode estar baseada na “urgência”, necessidade de pronta intervenção da prestação jurisdicional para acautelar o direito, como ocorre nos provimentos de natureza cautelar ou nas antecipações satisfativas decorrentes do receio de dano (art. 273, I, do CPC)³³, **ou ainda na “evidência”,** caso em que a tutela sumária se presta a afirmar a probabilidade de existência de um direito que parece tão evidente, que a demora em prestá-lo significaria impor ao jurisdicionado uma demora injustificada (v.g., art. 273, II, do CPC; art. 928 do CPC, art. 59, § 1º, I da Lei nº 8.245/91)³⁴.

³² Barbosa Moreira, com a precisão científica de sempre, diferencia bem estes dois tipos de tutela: “Afastando de caso pensado preocupações puramente terminológicas, lembraremos que se impõe distinguir, segundo já tem feito a doutrina, entre duas entidades, dois tipos de remédios que às vezes se vêem confundidos. Um deles tende a assegurar de modo imediato a eficácia do próprio processo, e só indiretamente protege o direito substantivo litigioso; assim, não postula a cabal demonstração da existência deste, e por outro lado é utilizável ainda quando ele já tenha sido lesado, objetivando aí evitar, não o óbvio, o dano decorrente da lesão, mas um segundo dano, consistente na supressão ou na redução dos meios de que se dispõe para tentar compor o primeiro. O outro tipo visa a proteger de maneira direta a situação material em si, razão por que a providência judicial descansará no prévio acertamento do direito (lato sensu) e jamais assumirá feição de provisoriedade, nem podendo qualificar-se de instrumental senão no sentido genérico de provisoriedade em que o é todo o processo, mas apresentando em qualquer caso caráter definitivo - ou, se quisermos usar a linguagem tipicamente carnelluttiana, satisfativo”. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*, p. 25.

³³ Ovídio Baptista da Silva, Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança, in *O Processo Civil Contemporâneo*, Curitiba, Ed. Juruá, 1994, p. 124: “Um dos resultados que tendem a consolidar-se na doutrina processual, a respeito da tutela de urgência, é a convicção de que, ao lado das medidas cautelares, outras muitas medidas igualmente urgentes se praticam, como tutela contra o *periculum in mora* que, não obstante responderem também a uma situação de urgência, não são autênticas medidas cautelares...A constituição de uma categoria de tutela jurisdicional indicada pela doutrina como “tutela de urgência”, compreendendo tutela cautelar e tutela antecipatória, além de sugestiva e fecunda, para o estudo da tutela cautelar propriamente dita, é de extrema relevância para a análise de outros institutos fundamentais do direito processual.”

³⁴ “A tutela imediata dos direitos evidentes, antes de infirmar o dogma do *due process of law*, o confirma, por não postegar a satisfação daquele que demonstra em juízo, de plano, a existência da pretensão que deduz. O acesso à Justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige *efetividade*, que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o *indevido* processo. Não nos parece correta a posição dos que impedem essa forma de tutela sob alegada afronta aos princípios hoje constitucionalizados. O próprio anteprojeto a que nos referimos prevê a tutela antecipada, mediante cognição sumária, utilizando-se dos conceitos e requisitos aqui sugeridos do *direito líquido e certo*, que não sofre uma contestação séria, autorizando o juízo ao julgamento pela verossimilhança (art. 273,

Em todas as hipóteses de cognição sumária existe uma preocupação em prestar prontamente a tutela jurisdicional seja para evitar o perigo da demora, seja para evitar a protelação injusta de uma decisão extremamente provável. Em suma, na tutela sumária a preocupação com a demora da prestação jurisdicional é evidente. **Se o processo de cognição exauriente tem na “segurança” e “certeza” seus maiores valores, a tutela de cognição sumária tem na celeridade sua principal virtude**³⁵.

A sociedade moderna é caracterizada pelo ritmo acelerado e agitado das relações sociais, econômicas e jurídicas que nela ocorrem. Uma sociedade baseada na velocidade das comunicações, no encurtamento das distâncias, na incorporação de instrumentos tecnológicos, na globalização da economia, nas relações de consumo, exige um direito processual que possa acompanhar o ritmo de transformações verificado em seu corpo social.

Como defende Kazuo Watanabe³⁶, “o direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no *plano processual*, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.”

A tutela sumária é um instrumento importante para atender aos reclamos de extrema rapidez na concessão do provimento jurisdicional. “Constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de processo que tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é servir de instrumento à efetiva realização dos direitos³⁷”.

³⁵. José Rogério Cruz e Tucci, *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas com corolário do devido processo legal*, Repro 66/73: “O fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo da crise da Justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice* o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social”. E Mauro Cappelletti, “El proceso como fenómeno social de masa”, in *Proceso, Ideologías, Sociedad*, pp. 133-134: “La duración excesiva es fuente de injusticia social, porque el grado de resistencia del pobre es menor que el grado de resistencia del rico; este último, y no el primeiro, puede normalmente esperar sin daño grave una Justicia lenta”.

³⁶. Ob. citada, p.108.

³⁷. Kazuo Watanabe, ob. citada, p. 110.

Cognição Exauriente *secundum eventum probationis* - Os procedimentos judiciais construídos segundo esta técnica cognitiva se caracterizam pelo **condicionamento da decisão, que poderá ser exauriente, à profundidade da cognição que o juiz conseguir estabelecer com base nas provas existentes nos autos**³⁸. Ao concluir que as provas são insuficientes, pode o juiz não decidir a questão, remetendo as partes para as denominadas vias ordinárias, ou julgá-la sem o caráter de definitividade, não produzindo coisa julgada material a decisão que assim encerrar o processo (como exemplo, vide súmula 304 do STF).

São vários os procedimentos que utilizam a técnica de cognição exauriente *secundum eventum probationis*, entre os quais podemos citar:

- **o processo de inventário**, quando determina que a questão prejudicial surgida sobre a qualidade de herdeiro somente será decidida se o juiz dispuser de meios necessários a estabelecer um juízo de certeza. Caso contrário, não existindo suporte probatório suficiente, a questão passa a ser tratada como matéria de alta indagação, devendo ser remetida para as vias ordinárias;

- **o processo de desapropriação**, quando determina que se houver, na fase de levantamento do preço, dúvida quanto à titularidade do domínio, deve o juiz não deferir a nenhum dos litigantes a entrega do preço, remetendo a questão para a ação própria. Todavia, existindo prova bastante para a solução segura da questão, deve o juiz julgá-la;

- **o processo de mandado de segurança**, ao não conferir a autoridade de coisa julgada à sentença denegatória (cfr. súmula 304 do STF), uma vez que esta apenas afirma que o impetrante não teve direito líquido e certo³⁹ violado, o que não significa que não tenha direito passível de ser tutelado pelas vias ordinárias. Todavia, os elementos probatórios contidos nos autos podem permitir ao magistrado a cognição exauriente do mérito da causa, hipótese em que ele poderá declarar que o impetrante não tem direito algum, e não que apenas lhe falta direito líquido e certo, fazendo esta

³⁸. Kazuo Watanabe, ob. citada, p. 89.

³⁹. “O conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se funda puderem ser provados de forma incontestável, certa no processo. E isso, normalmente se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos”. - Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 55.

decisão coisa julgada material que impedirá a reapreciação da controvérsia em ação ordinária.

A tutela exauriente *secundum eventum probationis*, em resumo, permite o exame do mérito condicionado à existência de prova capaz de fazer surgir cognição exauriente. **A grande vantagem desta técnica processual é permitir a construção de um procedimento célere, porém hábil a produzir coisa julgada material, toda vez que for possível o julgamento com base em cognição exauriente, sem, contudo, fechar para o jurisdicionado as portas do procedimento ordinário, sempre que a dilação probatória assim exigir.**

Cognição Parcial e Exauriente - Os procedimentos de cognição parcial caracterizam-se **pela restrição imposta ao juiz de conhecer determinadas questões, as quais ficam reservadas para serem conhecidas em outras demandas.** Nos procedimentos de cognição parcial, o campo de conhecimento do juiz sofre limitações que podem tanto ser **em relação à fixação do objeto litigioso**, como ocorre nos Embargos à Execução, onde a cognição deve atingir as questões atinentes a desconstituição do título executivo; **quanto às lindes da defesa**, como no caso da Busca e Apreensão, onde a lei - Decreto Lei nº 911/69 - estabelece as matérias que o devedor pode alegar em sua defesa e com isto limita o campo lícito de cognição do juiz.

A característica desta modalidade de cognição, diz Watanabe⁴⁰, “está na limitação no tocante à amplitude, mas ilimitação quanto à profundidade da cognição voltada ao objeto cognoscível. Vale dizer, quanto aos pontos e questões que podem ser resolvidos e conhecidos, a cognição é exauriente, de sorte que a sentença é dotada de aptidão suficiente para produzir coisa julgada material.”

Importante estudo crítico a este tipo de cognição faz Guilherme Marinoni⁴¹, para quem tal técnica deve ser analisada a partir do plano do direito material, pois somente “*através desta perspectiva é possível a investigação do conteúdo ideológico dos procedimentos*”. Leciona o eminente professor paranaense que a cognição parcial privilegia os valores certeza e celeridade - “*ao permitir o surgimento de uma sentença com força de coisa julgada*

⁴⁰. Ob. citada, pp. 87/88.

⁴¹. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, p. 15.

material em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa”, podendo assim deixar de lado a denominada “*justiça material*”.

Observa ele que **devemos, em cada hipótese específica, verificar a quem interessa a limitação da cognição**, ou, em outros termos, a quem interessa “*a tutela jurisdicional célere e imunizada pela coisa julgada material em detrimento da cognição das exceções reservadas*”.

Ao analisar, como exemplo, a Ação de Busca e Apreensão do Decreto-Lei nº 911/69, que além de limitar as lindes da defesa - cognição parcial - , ainda permite a apreensão liminar do bem - cognição sumária -, Guilherme Marinoni conclui, a nosso ver com razão, que tal técnica tem “*por fim único a construção de um procedimento que atenda aos interesses de uma determinada classe*”.

Em outro exemplo, a proibição imposta ao juiz, no processo de desapropriação, de conhecer qualquer questão que não verse sobre vício do processo judicial e sobre o preço, impossibilitando a discussão sobre o fundamento da desapropriação, teria por fundamento “*propiciar a efetividade do direito de desapropriar do Poder Público*”, em atenção ao interesse público.

Devemos estar atentos à ideologia que cerca os procedimentos de cognição parcial exauriente, para podermos exercer um controle sobre sua legitimidade. **As limitações ao direito do contraditório, típicas desta modalidade cognitiva, se impossibilitarem a efetiva tutela jurisdicional do direito contra qualquer forma de denegação da justiça, serão inconstitucionais por violação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**⁴².

Outras Formas de Combinação - O procedimento monitório, recentemente introduzido no Direito Processual Brasileiro, ao permitir a formação do título executivo, sem a necessidade do procedimento de cognição plena e exauriente, pela simples não oposição pelo devedor dos embargos, resulta da combinação da técnica de cognição exauriente por ficção legal com a técnica de cognição exauriente *secundum eventum defensionis*⁴³.

Neste procedimento, se o devedor não instaurar os embargos, cuja faculdade de oposição é prerrogativa exclusiva sua, o título executivo surgirá

⁴² Kazuo Watanabe, ob. citada, p. 88.

⁴³ Guilherme Marinoni, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, p. 25.

independente de qualquer prova ou qualquer cognição por parte do juiz, pois o direito afirmado na inicial da ação monitória é considerado existente por ficção legal. Somente o devedor, através da apresentação de sua defesa via embargos, pode impedir que a ficção legal se opere, motivo pelo qual se afirma que a cognição exauriente é *secundum eventum defensionis*⁴⁴.

Em linha similar de construção, o procedimento da ação de prestação de contas também subordina a existência do contraditório, com toda uma fase tipicamente de jurisdição contenciosa e de cognição plena e exauriente, ao comportamento defensivo do réu⁴⁵.

Ao ser demandado para prestar contas, o réu poderá exercer duas alternativas previstas em lei: (I) apresentar as contas ou (II) contestar a ação. Caso apresente as contas, tê-lo-á feito por reconhecer o direito do autor em pedi-las, hipótese em que a *“primeira fase do processo, tipicamente jurisdicional, exauriu-se, pelo reconhecimento implícito do pedido que há na atitude de prestá-las*⁴⁶”.

Outra forma de ficção legal, utilizada com vista não somente à sumarização do procedimento, mas sobretudo para eliminar a necessidade prévia de um juízo cognitivo pleno e exauriente, é a técnica de títulos executivos extrajudiciais.

Graças a esta técnica, se permite ao credor iniciar um procedimento de execução forçada, sem passar pelos morosos caminhos da jurisdição comum, uma vez que a simples existência do título faz presumir a existência do direito afirmado.

A adoção dos títulos extrajudiciais como forma de agilização dos procedimentos judiciais, apesar da grande contribuição para a instrumentalidade do processo, traz como inconveniente a limitação do direito de defesa do executado, além de permitir menor possibilidade de o juiz averiguar a existência do direito de crédito alegado, se compararmos o processo executivo com a amplitude e completude da jurisdição comum.

No entanto, como bem esclarece Guilherme Marinoni⁴⁷, *“a limitação ao direito de defesa decorre igualmente de um critério racional, justificado*

⁴⁴. Guilherme Marinoni, idem: “Trata-se da adoção de um critério racional, que responde à exigência de se evitar um desnecessário procedimento de cognição plena e exauriente quando a prova documental demonstra, em alto grau de probabilidade, a existência do Direito”.

⁴⁵. Kazuo Watanabe, ob. citada, p. 90.

⁴⁶. Celso Neves, *Divagações Sobre a Ação de Prestação de Contas*, RT 537/11.

⁴⁷. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, p. 25.

pelo alto grau de probabilidade conferido pelo título. Como o título indica apenas um alto grau de probabilidade, abre-se mão da certeza, assumindo-se o risco de eventual erro, em virtude daquilo que comumente ocorre. O risco de erro é deliberadamente aceito em razão de uma maior efetividade da tutela dos direitos⁴⁸”.

Na verdade, a principal crítica que se pode fazer à técnica de títulos executivos extrajudiciais é de caráter ideológico, uma vez que a tipificação de alguns documentos econômicos, como hábeas a permitir a instauração direta de um procedimento de execução forçada, favorece determinados sujeitos e seus direitos.

É relevante observar, para demonstração da natureza ideológica da técnica de títulos, a qual inicialmente privilegia determinada classe social, mas que nem por isto deixa de ser um instrumento forte, se bem utilizado, para maior efetividade do processo, que a mesma é obra do pensamento jurídico moderno.

Como já visto, esta época do pensamento privilegiava a “segurança” e a “certeza”, idealizando o procedimento comum como o único capaz de permitir a “busca da verdade” e a realização dos direitos subjetivos lesados. Apesar do repúdio a qualquer técnica de sumarização, pelo horror a possibilidade do juiz julgar com base em verossimilhança, não se vislumbrou qualquer contradição em permitir a execução baseada em títulos, embora estes, em última análise, representem uma verossimilhança do direito alegado⁴⁹.

⁴⁸. Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 4ª edição, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 256, citado por Guilherme Marinoni, idem: “Ao instituir títulos além da sentença condenatória civil ordinária, age o legislador por critério de probabilidade, sabendo que sempre algum risco haverá, mas entendendo também que vale a pena corrê-lo; vale a pena, porque as vantagens obtidas na grande maioria dos casos têm muito mais significado social que eventuais males sofridos em casos proporcionalmente reduzidos-, quanto aos quais, de resto, fica aberta a via defensiva consistente nos embargos à execução. Tem-se, então, na técnica consistente em tipificar os títulos executivos, o culto ao escopo social de pacificação mediante eliminação dos conflitos. O legislador acha preferível enfrentar o risco de permitir a instauração de algum processo executivo sem o correspondente direito subjetivo material, concedendo ao exequente a realização de medidas constritivas (especialmente, penhora) e talvez causando algum dano ao executado”.

⁴⁹. Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, Fabris, 1987, v. 1, p. 105, afirma: “Mesmo assim, e apesar de tal atitude doutrinária, de duvidosa legitimidade, os mesmos escritores que condenavam os processos sumários, ou como diz Segni, os juízos especiais, nunca repudiaram, por exemplo, a longa e laboriosa teoria dos títulos de crédito, por meio dos quais os empresários podiam livrar-se do tão elogiado procedimento ordinário, servindo-se do mais puro e bem feito processo sumário que a doutrina moderna jamais concebeu!”.

Para que a técnica de títulos possa, verdadeiramente, expressar uma forma de maior efetividade na tutela de direitos, e não privilegiar posições sociais, faz necessário, ainda em atenção ao princípio da isonomia, “*o alargamento da técnica a todas as hipóteses em que um documento idôneo seja capaz de fornecer um grau de probabilidade considerado suficiente, independentemente do peso político dos sujeitos que poderão usufruir dos títulos*⁵⁰”.

Considerações Finais - Conforme visto, ao longo do presente estudo, **o direito à cognição adequada** (à natureza do direito subjetivo a ser tutelado) é **corolário inseparável do princípio do devido processo legal, uma vez que este deve ser entendido como o processo que possibilite aos jurisdicionados todos meios necessários à efetiva tutela de seus direitos.**

É através da adoção de várias técnicas de cognição, considerando os dois planos distintos da mesma, que será possível ao jurista a construção de procedimentos judiciais hábeis a tutelar, de forma adequada, a lesão sofrida pelo jurisdicionado. **Somente com a combinação das técnicas de cognição, poderemos construir tutelas particulares para situações litigiosas também particulares, possibilitando um processo efetivo e que não seja denegador de justiça.**

Para que as tutelas diferenciadas, criadas a partir da combinação de técnicas de cognição, possam expressar a efetividade e a instrumentalidade que delas se esperam, deverão sempre ter a sua legitimidade estabelecida pelos princípios de inafastabilidade do controle jurisdicional (entendido como necessidade de uma tutela adequada contra qualquer forma de denegação de Justiça) e pelos princípios que compõem o conceito do devido processo legal.

Não resta dúvida de que, na integração direito-processo, a combinação de diferentes técnicas de cognição será um poderoso instrumento para maior efetividade do processo, visto que ela poderá fornecer maior identidade entre o procedimento e a peculiaridade da pretensão a ser tutelada. ◆

⁵⁰ Guilherme Marinoni, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, p. 26.