

Kazuo Watanabe

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo.  
Professor Doutor da Universidade de São Paulo.

**COGNIÇÃO** no  
*Processo Civil*

4ª edição, revista e atualizada

2012



## Capítulo 5 Modos de utilização da cognição como técnicas processuais

### 21. A cognição considerada nos planos vertical e horizontal

Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade).

No *plano horizontal*, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (*trinômio*: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: *binômio*, com exclusão das condições da ação; para Celso Neves: *quadrinômio*, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (ou parcial), segundo a extensão permitida.

No *plano vertical*, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta).

Há, ainda, a cognição em sua forma mais tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual, que é a cumprida no processo de execução<sup>157</sup>, mas essa modalidade não será considerada neste trabalho

157 Na execução, a cognição é bem escassa. Mas não se pode afirmar inexistir cognição (Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., t. I, p. 94-95). Observa Cândido R. Dinamarco que o “juiz é seguidamente chamado a proferir juízos de valor no processo de execução – seja acerca dos pressupostos processuais, das condições da ação ou dos pressupostos específicos dos diversos atos a levar a efeito”. Cita em abono o magistério de Martinetto (*Execução civil*, cit., n. 10, p. 95-96, e ainda notas n. 105 e 106, p. 95).

em razão de seu objetivo, que tem por centro de observação, como já ficou anotado, a cognição em suas aplicações mais genéricas e comuns.

Ovídio Baptista da Silva, analisando o conceito de cognição sumária de Chiovenda, anota que a cognição do juiz é diferente da ordinária

“por ser incompleta em virtude de sua *superficialidade*, ou *parcialidade*, segundo a redução da área de cognição se faça em corte *horizontal* (grifos nossos), permitindo ao juiz que conheça de todas as sugestões, porém apenas superficialmente, ou, ao contrário, eliminando a cognição de uma área toda de questões, cortando-se no sentido *vertical* (grifo nosso) a cognição. As liminares interditais, como as do processo possessório e do mandado de segurança, exemplificam o primeiro caso; o processo cambiário é tipo da segunda espécie”<sup>158</sup>.

A classificação do corte em *horizontal* e *vertical* está sendo feita, na passagem transcrita, em função apenas da *área de cognição*, enquanto o critério que procuramos levar em conta é a distinção da cognição segundo *dois planos distintos*, o da extensão (*horizontal*) e o da profundidade (*vertical*). De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente *ilimitada*, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é *sumária* quanto à profundidade. Seria, então, cognição *ampla* em extensão, mas *sumária* em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada “de uma área toda de questões”, seria *limitada* quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é *exauriente* quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição *limitada* em extensão e *exauriente* em profundidade. Reservamos somente àquela, conforme será explanado no parágrafo seguinte, a expressão *cognição sumária*.

158 *Comentários ao Código de Processo Civil*: do processo cautelar, v. 11, p. 50.

## 22. Combinação das várias modalidades de cognição para a concepção de processos com procedimentos diferenciados

Com a combinação dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais.

Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada por provimento que se assente em *cognição plena e exauriente*, vale dizer, em procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e *completo* quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido<sup>159</sup>, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada. “Processo ordinário” é, exatamente, aquele concebido com esse objetivo. No dizer expressivo de Victor Fairén Guillén, “el juicio ordinario, se basa y ha basado siempre en el deseo de acabar para siempre con el litigio entre las partes de manera judicial, de tal modo que no sea posible un nuevo proceso sobre el punto resuelto (a excepción de los remedios extraordinarios de revisión)”, e esclarece que “el antiguo *solemnis ordo iudiciarius* respondia a este tipo procedimental”<sup>160</sup>.

Diversas outras combinações podem ser feitas e os vários procedimentos ou fases de procedimentos assim obtidos catalogaríamos, sem outra preocupação que não a de simples ordenação para facilitar a compreensão, da seguinte forma:

159 Juízo de certeza, evidentemente, nos limites estabelecidos pelo nosso sistema de direito processual, que, adotando o princípio dispositivo quanto às provas e às alegações, proibindo o *non liquet* e permitindo, em caso de perplexidade do juiz quanto à matéria fática, o julgamento baseado nas regras de distribuição do ônus da prova, satisfaz-se em regra com a verdade formal (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral*, cit., n. 17, p. 32-35).

160 *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, p. 53.

a) o já mencionado procedimento de *cognição plena e exauriente*;  
b) o de *cognição limitada (ou parcial) e exauriente*: com limitação quanto à amplitude do debate das partes e conseqüentemente da cognição do juiz, mas sem limite no sentido vertical, da profundidade, quanto ao objeto cognoscível;

c) o procedimento, ou fase de procedimento, de *cognição plena e exauriente secundum eventum probationis*: sem limitação à extensão da matéria a ser debatida e conhecida, mas com condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes, isso em razão de técnica processual (para conceber procedimento simples e célere, com supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas, ou não, com eficácia preclusiva, conforme os elementos de convicção), ou 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);

d) o de *cognição eventual, plena ou limitada e exauriente*: somente haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, isto é, a cognição prevista no esquema abstrato da lei pode ficar prejudicada segundo o comportamento do demandado;

e) o de *cognição sumária ou superficial*: em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para a antecipação do provimento final, nos casos permitidos em lei, ou ainda em virtude da particular disciplina da lei material, faz-se suficiente a cognição superficial para a concessão da tutela reclamada;

f) o processo de *cognição rarefeita*, que é o de execução.

Pontes de Miranda fala em “processo de não cognição”, mas não no sentido de que nele inexista cognição<sup>161</sup>.

Alguns exemplos tomados ao direito positivo pátrio podem ilustrar a classificação feita:

161 *Comentários*, cit., 1976, t. 10, p. 533.

### 22.1. Cognição plena e exauriente

O procedimento de *cognição plena e exauriente* é o procedimento comum do processo de conhecimento, seja ordinário ou sumário (este último é caracterizado apenas pela abreviação do *iter* procedimental, em nada interferindo com a cognição)<sup>162</sup>. O processo especial dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, instituídos pela Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984, hoje denominados Juizados Especiais de Causas Cíveis de Menor Complexidade pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, apesar da extrema simplicidade, informalidade e celeridade, é de cognição plena e exauriente, apto, portanto, à formação da coisa julgada material, e não processo de cognição superficial<sup>163</sup>.

### 22.2. Cognição parcial e exauriente

Do procedimento de *cognição parcial e exauriente* temos, em nosso sistema, inúmeras utilizações:

a) Processo de conversão da separação judicial em divórcio – o art. 36, parágrafo único, da Lei n. 6.515/77 diz que

“a contestação só pode fundar-se em:

I – falta do decurso do prazo de 1 (um) ano da separação judicial; e

II – descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação”<sup>164</sup>.

b) Processo de *embargos de terceiro*: o art. 1.054 dispõe que contra embargos do credor com garantia real o embargado somente poderá alegar 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”.

Essas limitações decorrem de leis processuais e são impostas em função de determinado objeto litigioso. Outras podem resultar de leis de natureza material, algumas inseridas no Código de Processo Civil, e podem dizer respeito à própria fixação do objeto litigioso ou à amplitude da defesa.

c) É o que ocorre com a impugnação do cumprimento de sentença, cujo objeto é mais limitado que o dos embargos do executado em execução por título extrajudicial (arts. 475-L e 745 do CPC).

d) Em relação a *títulos cambiários*, que são concebidos com abstração de causa, o devedor, seja em sede de embargos à execução ou de contestação, não pode opor defesa pessoal a terceiro de boa-fé, o que configura, também, uma limitação à cognição em consequência da defesa circunscrita a certos lindes. Rigorosamente, porém, em termos estritamente processuais, só se pode falar em limitação à cognição quando instituída em função de um objeto litigioso já estabelecido, de sorte que nos embargos do executado não haveria, verdadeiramente, uma cognição parcial. Mas, examinada a partir do plano do direito material, é inegável que a perquirição do juiz não atinge toda a realidade fática<sup>165</sup>. A característica dessa modalidade de cognição 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 conhecidos e resolvidos, a cognição é

165 Certas ações que são havidas, por alguns, como de cognição limitada não o são, na realidade. É o que ocorre com a ação de consignação em pagamento, como bem demonstra Odyr José Pinto Porto em sua conferência sobre o tema *Ação de consignação em pagamento*, em que estabelece a conclusão de que nela “se admite a discussão de tudo que seja pertinente ao conhecimento de uma declaratória”. No mesmo sentido, Adroaldo Furtado Fabrício: toda matéria “que diga respeito ao pagamento e à sua eficácia liberatória” pode ser alegada pelas partes e conhecida pelo juiz, resultando o entendimento contrário de confusão entre *iudicium* e *cognitio* (*Comentários*, cit., v. 8, t. 3, n. 93, p. 140-143).

162 Adroaldo Furtado Fabrício, *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*, n. 13, p. 45-48.

163 A respeito, cf. Cândido R. Dinamarco, *Princípios e critérios no processo das pequenas causas*, e *O processo no Juizado das Pequenas Causas*, in *Juizado Especial de Pequenas Causas*, p. 102-118, 119 e 146.

164 A respeito, cf., por todos, Yussef Said Cahali, *Divórcio e separação*, p. 567 e s.

exauriente, de sorte que a sentença é dotada de aptidão suficiente para produzir coisa julgada material. Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta a natureza do direito ou da pretensão material, a sua disciplina no plano substancial (às vezes contida em dispositivos legais localizados em estatuto processual), ou opta pela proibição de controvérsia sobre alguma questão no processo, com o objetivo de simplificá-lo e torná-lo mais célere, mas com ressalva do direito de questioná-la em ação autônoma. Limitação desta última espécie encontramos:

e) No processo de *desapropriação*: o art. 9º do Decreto-Lei n. 3.365/41, cuja constitucionalidade é duvidosa, se aplicado em combinação com o art. 35 da mesma lei e com o princípio da afetação da coisa pela sua destinação a um fim público (impossibilidade de reivindicar, cabendo ao proprietário apenas o direito de indenização), pois leva à perda da propriedade sem o controle, pelo Judiciário, da relevante questão do atendimento das exigências da Lei Maior quanto à desapropriação (necessidade ou utilidade pública ou interesse social). Diz o dispositivo mencionado: "Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública"<sup>166</sup>.

Cabe deixar anotado, aqui, que as limitações ao direito do contraditório e, por via de consequência, da cognição do juiz sejam estabelecidas em lei processual ou em lei material, se impossibilitam a efetiva tutela jurisdicional do direito contra qualquer forma de denegação da Justiça, ferem o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e por isso são inconstitucionais (ofensa ao inciso XXXV do art. 5º da CF de 1988; na Constituição Federal anterior, art. 153, § 4º)<sup>167</sup>.

166 Analisando a matéria em ação ordinária, julgada simultaneamente com a ação de desapropriação, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado, em julgamento de Sessão Plena, que: "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, ou de interesse social" (RE 78.229, GB, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, RTJ, 72/479).

167 Ada Pellegrini Grinover, *As garantias*, cit., n. 50, p. 153-158; Kazuo Watana-be, *Controle*, cit., n. 14, p. 34-37.

### 22.3. Cognição plena e exauriente secundum eventum probationis

Do procedimento, ou fase de procedimento, de *cognição plena e exauriente secundum eventum probationis* podemos citar as seguintes aplicações:

a) No processo de inventário, a questão prejudicial surgida com "a disputa sobre a qualidade de herdeiro" será decidida se o magistrado dispuser de elementos bastantes para o estabelecimento do juízo de certeza. À falta de suporte probatório suficiente para o convencimento, fica configurada "matéria de alta indagação", devendo o juiz remeter "a parte para os meios ordinários" (art. 1.000, parágrafo único, na parte referente ao inciso III, do CPC).

b) No processo de mandado de segurança, é entendimento assente, inclusive cristalizado em Súmula do Supremo Tribunal Federal, que "decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria" (Súmula 304) (art. 19 da Lei n. 12.016/2009; na legislação anterior, art. 15 da Lei n. 1.533/51). O exame exauriente do mérito da causa é dependente da existência de elementos probatórios necessários para tanto. Informam Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luis Guilherme A. Bondioli, com citação de inúmeros precedentes, que a jurisprudência do STF, esclarecendo o alcance dessa Súmula, vem afirmando que "a decisão que denega a segurança, se aprecia o mérito do pedido e entende que o impetrante não tem direito algum (e não que apenas lhe falta direito líquido e certo), faz coisa julgada material, impedindo a reapreciação da controvérsia em ação ordinária"<sup>168</sup>.

c) No processo de desapropriação, na fase de levantamento do preço, havendo "dúvida fundada sobre o domínio", o magistrado não deferirá a nenhum dos disputantes a entrega do preço, determinando a solução da controvérsia em "ação própria" (art. 34, caput e parágrafo único, do Decreto-Lei n. 3.365/41). Desde que

168 Código anotado, cit., 42. ed., nota 1º ao art. 19 da Lei n. 12.016/2009.

exista prova bastante para o desate tranquilo da controvérsia, deve o juiz decidi-la. Para a remessa das partes à “ação própria”, deve a dúvida ser objetiva, decorrente de controvérsia instaurada com base em prova idônea em tese, não bastando a mera alegação<sup>169</sup>. Aspecto marcante dessa espécie de cognição, que poderá ser exauriente, consiste no fato de estar condicionada a decisão da questão, ou mesmo do *thema decidendum*, à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, estabelecer com base nas provas existentes nos autos. À conclusão de insuficiência de prova, a questão não é decidida (as partes são remetidas para as “vias ordinárias” ou para a “ação própria”), ou o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando, bem por isso, a autoridade de coisa julgada material<sup>170</sup>.

#### 22.4. Cognição eventual, plena ou limitada e exauriente

Temos, no sistema vigente, um exemplo expressivo de ação em que o contraditório é eventual, com possibilidade de supressão de toda uma fase tipicamente jurisdicional pelo só comportamento do réu, independentemente de sentença. É a *ação de prestação de contas* ajuizada por quem se julga com o direito de exigi-las. A lei prevê duas alternativas:

- a) apresentar as contas; ou
- b) contestar a ação (art. 915, *caput*, do CPC).

“Se o réu, citado, prestou contas – observa Celso Neves –, fê-lo por reconhecer, no autor, o direito de pedi-las”, e por essa forma

169 Theotônio Negrão, op. cit., nota 4 ao art. 34 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941.

170 Além dos exemplos citados, podem ser mencionadas, ainda, a disciplina contida na Lei de Ação Popular (art. 18 da Lei n. 4.717/65), a solução acolhida pelo art. 16 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina “a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (Lei n. 6.938/81, art. 14, § 1º), e também aquela adotada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-9-1990), no art. 103, I e II.

“a primeira fase do processo, tipicamente jurisdicional, exauriu-se, pelo reconhecimento implícito do pedido que há na atitude de prestá-las”<sup>171</sup>. Havendo contestação, a cognição será plena e exauriente. No *processo monitorio* (criado em julho de 1995 pela Lei n. 9.079, que acrescentou o Capítulo XV, arts. 1.102a, 1.102b e 1.102c, ao Livro IV do CPC), há a inversão da iniciativa do contraditório, tornando-se necessária a cognição somente quando o demandado adotar tal iniciativa. Como acentua Calamandrei, “a cognição está considerada aqui não tanto em sua função imediata de preparação do título executivo”<sup>172</sup>. É a “declaração com predominante função executiva” a que alude Chiovenda<sup>173</sup>.

#### 22.5. Cognição sumária ou superficial

Nas ações sumárias cautelares e não cautelares, sobre as quais discorreremos mais de espaço no capítulo final, a cognição é sumária ou superficial.

Essa modalidade de cognição é, também, a que o juiz realiza por ocasião das medidas liminares em geral, inclusive na antecipação da tutela prevista no art. 273 do Código de Processo Civil.

Quanto ao *processo de execução*, limitamo-nos, neste trabalho, apenas ao registro, já feito, de que, embora bem rarefeita, também nele existe cognição, conforme já ficou ressaltado (os embargos à execução, como é cediço, são ações de cognição).

171 Divagações sobre a ação de prestação de contas. *RT*, 537/11-15; v., também, Adroaldo Furtado Fabrício, *Comentários*, cit., v. 8, l. 3, n. 261, p. 405-406.

172 *El procedimiento monitorio*, n. 3, p. 24-26.

173 *Instituições*, cit., v. 1, n. 71, p. 335-337, e n. 77, p. 361 e s. V., também, Humberto Theodoro Júnior. *O procedimento monitorio como possível solução para o problema da execução da duplicata sem aceite*, 1976. O anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil foi elaborado pela Comissão nomeada pelo Ministro da Justiça e integrada por Luís Antonio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Júnior e Sergio Bermudes (DOU de 24-12-1985) propunham a instituição, entre nós, do processo monitorio (arts. 1.102-A e s.), sugestão que foi aproveitada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Na classificação acima apresentada, o vocábulo “sumária” ficou reservado, unicamente, à *cognição superficial* que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de dado processo. Portanto, traduz a ideia de limitação no plano vertical, no sentido da profundidade. A expressão “cognição sumária”, assim entendida, tem alcance diverso daquele que lhe dá Chiovenda, que contrapõe a “cognição sumária” à “cognição plena e completa, ou cognição ordinária”, tendo, portanto, a acepção de “cognição incompleta, já porque não definitiva, já porque parcial, já porque superficial”<sup>174</sup> (v. n. 21).

### 23. Cognição, procedimento e cláusula do “devido processo legal”

Na adoção de todos esses tipos diferentes de cognição, considerada nos planos horizontal e vertical, assume particular importância o procedimento.

Não é aqui local próprio para a discussão sobre o tema, nem há espaço suficiente para isso dentro do objetivo preestabelecido para o trabalho, mas cabe deixar ressaltada a importância do procedimento no conceito de processo.

Não acreditamos que possa ser desprezada a noção de relação jurídica processual ao se estabelecer o conceito de processo, como o fazem Picardi<sup>175</sup> e Fazzalari<sup>176</sup>. Não podemos negar, todavia, a importância da retomada do estudo e redimensionamento do conceito de procedimento, que fizeram esses e outros processualistas<sup>177</sup>, para a melhor compreensão do processo.

174 *Instituições*, cit., v. 1, n. 71, p. 337.

175 *La sucessione processuale*, v. 1, p. 23 e s.

176 *Istituzioni*, cit., Cap. II, p. 23-26, e *Note in tema*, cit., p. 110 e s.

177 Entre nós, no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, Antonio Carlos de Araújo Cintra tem procurado trazer ao conhecimento e debate dos alunos esses novos estudos e essas preocupações pelo redimensionamento do conceito de procedimento e, conseqüentemente, do próprio processo, sendo lícito dele se aguardar, dentro em breve, algum trabalho em que tais ideias sejam trazidas à luz.

Dizer que o processo é uma relação jurídica apenas enuncia o gênero próximo a que ele pertence. Suas características normalmente enunciadas, como a autonomia, a unidade, a complexidade, a progressividade e a natureza de direito público, também não põem à mostra toda a essência dessa relação jurídica e sua diferença específica, em confronto com as relações jurídicas de outras espécies. Sem a noção de procedimento, afigura-se bastante difícil compor um conceito preciso de processo, pois é o procedimento, ao que nos parece, que dá a própria estrutura da relação jurídica processual, que por meio dele assume uma configuração definida. Sem ele, a relação jurídica processual seria algo amorfo, disforme e sem ossatura.

É o procedimento estabelecido em lei, como um *iter* a ser seguido para se atingir uma meta<sup>178</sup>, que preestabelece os atos, suas formas, os prazos, as posições subjetivas ativas e passivas, a dimensão temporal, e tudo o mais que a relação jurídica processual, vale dizer, o processo, deverá ter em sua manifestação em concreto.

Cândido R. Dinamarco, aludindo à conceituação do processo defendida por Fazzalari, no teor de que é “um procedimento destinado a preparar o ato final, imperativo (provimento da autoridade) e ‘do qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório, os interessados, isto é, os destinatários de tal ato’”, esclarece que de sua parte, “aceitando embora essa colocação”, pensa que “ela não exclui a teoria da relação jurídica processual existente no processo”. “O contraditório – acrescenta – constitui uma exigência política do processo (garantida constitucionalmen-

178 “Em todo obrar se distingue un fieri y un *factum* o, ideologicamente, un camino y una meta”, observa Merkl, que, relativamente ao procedimento jurídico, anota que somente dele se pode falar “cuando el camino que conduce a un acto estatal no se halla a la libre elección del órgano competente para el acto, sino que está previsto jurídicamente, cuando, por tanto, el camino que se recorre para llegar al acto constituye aplicación de una norma jurídica que determina, en mayor o menor grado, no solamente la meta, sino también el camino mismo y que por el objeto de su normación se nos ofrece como norma procesal” (*Teoría general del derecho administrativo*, § 15, p. 278 e s.).

te), enquanto a relação jurídica processual é a instrumentalização jurídica do contraditório...<sup>179</sup>.

Cintra, Grinover e Dinamarco também acentuam que “o processo é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento)”<sup>180</sup>.

Mas, para que se possa visualizar no processo uma relação jurídica, é necessário que o consideremos em sua concreção, como processo correspondente à ação exercida, pois somente pode haver relação jurídica entre pessoas determinadas, havendo, antes disso, apenas mero esquema abstrato de relação jurídica. E esse esquema abstrato é um procedimento previsto em lei, em que está assegurada, como observa Fazzalari,

“una serie de facoltà, poteri, doveri: quante e quali sono le ‘posizioni soggettive’ che è dato trarre dalle norme in discorso; e che risultano anch’esse, e necessariamente, collegate in modo che, ad esempio, un potere spetta ad un soggetto quando un dovere sia stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l’esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l’insorgere di un’altra facoltà (o potere o dovere)”<sup>181</sup>.

Para a ciência processual é relevante, também, o estudo do processo como previsão da lei, vale dizer, no plano abstrato, e nesse sentido, é ele procedimento qualificado pelo contraditório, nos termos da conceituação de Fazzalari já mencionada. É por meio desse estudo que se pode avaliar se determinado processo concebido pelo legislador, antes mesmo de sua realização em concreto, atende ou não a todas as exigências da cláusula do “devido processo legal”, isto é, um processo “com procedimento adequado ao exame contraditório do litígio”, e não qualquer processo<sup>182</sup>.

179 *Litisconsórcio*, p. 189, nota 357; v., também, *Execução civil*, cit., n. 10, p. 85 e s.

180 Op. cit., n. 160, p. 254.

181 *Istituzioni*, cit., p. 26-28.

182 Frederico Marques, *Constituição*, cit., p. 39-40; Ada Pellegrini Grinover, *As garantias*, cit., n. 50, p. 157.

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. 5º, LIV, da Constituição Federal. “Devido processo legal” é, em síntese, processo com procedimento adequado à realização plena de todos esses valores e princípios.

É por meio do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo 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 às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do “devido processo legal”.



## Capítulo 6 Cognição sumária

### 24. Conceito de cognição sumária

Cognição sumária é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical.

Por meio dela se busca, no dizer de Calamandrei, “un giudizio di probabilità e di verosimiglianza”<sup>183</sup>. Também Liebman, analisando a ação cautelar, alude a “giudizio di probabilità”, que equipara a “verosimiglianza”, mas estabelece graus, pois esclarece que “sul diritto il giudice deve formarsi una semplice opinione di credibilità, senza attarsi a raggiungere una vera sicurezza della sua esistenza” e “sul pericolo nel ritardo invece si tratta di considerare sufficientemente verosimile la minaccia di un evento dannoso futuro, allo scopo di prevenirlo e impedirne l'accadimento”<sup>184</sup>.

A probabilidade e a verossimilhança têm graus. Em matéria criminal, Malatesta estabelece a seguinte graduação: 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<sup>185</sup>. Hernando Devis Echandía fala em graus de eficácia probatória e adota a mesma classificação de Malatesta, lembrando que esse autor adverte

183 *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, § 21, p. 63.

184 *Unità del procedimento cautelare*, in *Problemi del processo civile*, p. 104-110.

185 *A lógica das provas em matéria criminal*, v. 1, p. 68. Lopes da Costa distingue entre plausibilidade, “um grau mais forte que a simples verossimilhança”. Seria equivalente ao provável da classificação de Malatesta (*A administração pública e a ordem jurídica privada*, n. 276, p. 333). A distinção é adotada por Adroaldo Furtado Fabrício, *Comentários*, cit., p. 331.

“que es más correcto hablar de credibilidad que de posibilidad o de verosimilitud, y que ‘verosímil no es lo que puede ser verdad real, sino lo que tiene apariencia de serlo, no lo que se nos presente simplemente como posible, sino lo que, por razones más o menos determinadas, nos inclinamos a creer que es real’; por lo cual hace coincidir la verosimilitud con el primer grado de la probabilidad, que tiene tres: lo verosímil, lo probable y lo probabilísimo”<sup>186</sup>.

W. Kisch alude a grau de credibilidade e esclarece que a “actividad dirigida a obtener este alto grado de probabilidad se llama acreditamiento (acreditarcumplidamente (Glaubhaftmachung))”<sup>187</sup>. Do mesmo modo, Adolfo Schönke faz menção a “cierto grado de verosimilitud”, que seria diferente da “plena convicción”, anotando que “se considera conseguido el acreditamiento, en cuanto se haya aportado cierta probabilidad, no siendo preciso el crear la plena convicción judicial”<sup>188</sup>.

Nessa escala de intensidade da convicção do juiz, Antonio Coniglio menciona também a credibilidade, “un aspetto logico di un dato assunto, meno consistente di quello veramente probatorio”. Invoca, a respeito, o magistério de Schmidt:

“La credibilità non se distingue principalmente della prova, per i mezzi di prova usati, ma per il risultato della prova raggiunto. Il risultato probatorio della credibilità è minore di quello della prova. Il contrasto non è qualitativo, ma quantitativo. La credibilità non raggiunge la verosimiglianza, ma un minore grado di verosimiglianza, tale cioè che il giudice deve contare, come di fatto conta, sulla possibilità del contrario”<sup>189</sup>.

Calamandrei, notando que é difícil estabelecer uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o

186 *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, n. 87, p. 317.

187 *Elementos de derecho procesal civil*, p. 201.

188 *Derecho procesal civil*, § 61, p. 213-214.

189 *Il sequestro giudiziario e conservativo*, p. 98. Schmidt, *Lehrbuch*, v. 1, p. 472, apud Coniglio, op. e loc. cit.

que se pode provar como verdadeiro. Pondera mais que, se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações mencionadas (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro. E conclui:

“quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável, está mais avançado do que quem diz que é verossímil, já que vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumentos para fazer crer que a aparência corresponde à realidade. Trata-se, porém, de matizes psicológicas que cada juiz entende a seu modo”<sup>190</sup>.

Os magistérios, como se vê, não são unívocos quanto às terminologias adequadas e à significação de cada uma delas.

No direito brasileiro, temos alguns dispositivos de lei que acolhem as terminologias “verossimilhança” (art. 273 do CPC) e “verossímil” (art. 6º, VIII, do CDC), em que esses vocábulos são utilizados no sentido de probabilidade elevada de ser verdadeiro, não no de probabilidade mínima.

São, portanto, mais adequadas, para o nosso direito, as terminologias utilizadas por Calamandrei.

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, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina<sup>191</sup>.

190 Verdad y verosimilitud en el proceso civil, in *Estudios sobre el proceso civil*, tradução de Santiago Sentís Melendo, EJE, 1962, p. 325-326.

191 Liebman, op. e loc. cit., p. 108; Giovanni Arieta, *I provvedimenti d'urgenza*, p. 48.

## 25. Breve esboço histórico sobre a cognição sumária

A técnica da cognição sumária é antiga, remontando mesmo ao direito romano.

Biondo Biondi observa que o instituto da *summaria cognitio*, entendido como complexo de normas destinadas a dar ao processo celeridade maior que a do processo ordinário, “disciplinato organicamente nella Clementina ‘Saepe’, ha larghe radici nel diritto romano, e precisamente in quel processo extra ordinem le diventa generale al incominciare dall’epoca postclassica”. O instituto, porém, delineia-se melhor na legislação de Justiniano, embora de modo fragmentário e não orgânico<sup>192</sup>.

Anota, mais, que “per diritto teodosiano non è possibile parlare di processo sommario, ma di singole eccezione al processo normale, che di comune hanno soltanto lo scopo di abbreviare, semplificare od anche sopprimere singoli atti o momenti del processo”. No direito justinianeu, porém, o instituto da prova sumária tem caráter preciso e constante.

“Summatim cognoscere – observa – vuol dire facoltà concessa al giudice de procedere, ai fini della decisione, ad una indagine superficiale, limitata a ciò che appare prima facie, diretta alla ricerca del semplice verosimile; nei casi in cui è ammessa espressamente dal legislatore, importa una prova non assoluta ma semipiena, in antitesi alla prova plena e legale prescritta in tutti gli altri casi”.

Em tal hipótese, a decisão do juiz, seja tomada em sentença ou provimento de outra natureza, tem sempre “efficacia non assoluta e non definitiva”, no sentido de que a lei admite que a parte sucumbente “nella prova sommaria possa in altra sede far valere il proprio diritto fornendone la prova piena”. E conclui:

“Nel nuovo diritto appunto, come conseguenza della introduzione di una *summaria cognitio* in tema di prove, sorge il concetto di mezzo giuridico provvisorio, avente per base la prova sommaria,

192 *Cognitio summaria*, in *Nuovo digesto italiano*, 1938, v. 16, p. 271.

in antitesi all'azione definitiva, in cui attraverso alla prova piena e legale, si arriva al regolamento giuridico fra le parti in modo definitivo e irrevocabile"<sup>193</sup>.

Ovídio Baptista da Silva pondera que

"para o direito romano, em verdade, a busca de prováveis decisões tomadas sob *summaria cognitio* nem teria sentido, pois a principal atividade do pretor, qual seja a de conceder ou de negar a ação, era decisão tomada, em certo sentido, sob forma de cognição sumária", e "nas chamadas *stipulationes praetoriae* e nos processos interditais, a cognição do magistrado pode ser definida como sumária".

Apoiando-se em Biscardi, esclarece que

"a cognição sumária do pretor era, em verdade, inerente a seu ofício, e, nos juízos interditais, 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 (*ordo iudiciorum privatorum*) as questões cuja alegação fossem vedadas no juízo interdital"<sup>194</sup>.

No direito medieval, a sumarização do processo, que vinha sendo buscada em razão da excessiva formalização do processo ordinário e como imperativo das "crescentes necessidades de rapidez impuestas por la entidad del tráfico mercantil que se desarrollaba en torno al Mediterráneo", alcança na famosa "Saepe contingit", de Clemente V, de 1306, a sistematização necessária. Fundamentalmente, os juízos "sumários" civis eram aplicados, informa Fairén Guillén, "por cuatro razones, determinantes a su vez de la casuística en que se abría la vía para ellos: racione parva quantitatis; racione parvii prejudicii; racione urgentia necessitatis y racione miserabilium personarum"<sup>195</sup>.

O verdadeiro "processo sumário", segundo Fairén Guillén, é aquele que, em razão da necessidade de rapidez, limita a cogni-

ção "restringiendo su contenido material a través de una limitación de los derechos de las partes con respecto a los medios de defensa", não podendo ser confundido com processos simplesmente acelerados, aos quais denomina "plenários rápidos". A "sumariedade" destes últimos seria simplesmente de caráter formal, ao passo que a dos sumários propriamente ditos teria caráter material<sup>196</sup>. Adroaldo Furtado Fabrício adota essa distinção do processualista ibérico (pela completude ou não da *cognitio*), mas esclarece que, "sob a pressão da necessidade de simplificação do processo comum medieval, foi-se formando, ao lado do juízo 'materialmente' sumário, um procedimento cuja sumariedade era apenas formal, porque 'plenária' a cognição nele envolvida", de modo que houve a extensão da denominação "sumário" a procedimentos de cognição plena<sup>197</sup>.

No direito romano, como já anotado, encontramos o primeiro perfil da sumariedade material, mas "a precoce manifestação histórica da confusão entre justiça e verdade, surgida nos primórdios da Idade Moderna – pondera Ovídio Baptista da Silva –, foi a responsável pelo menosprezo devotado aos juízos sumários". O renascimento do prestígio dos procedimentos sumários no direito medieval ocorre "por influência do direito germânico, como se sabe, e, a partir do século XVI, como decorrência da célebre decretal de Clemente V". A influência germânica, contudo, "teve escassa participação genética nas instituições" e "a tentativa papal, como também é sabido, não foi muito além de sua proposição básica, que era, confessadamente, dirigida à simplificação formal do procedimento", não tendo a Clementina "saepe contingit", quanto à restauração dos processos materialmente sumários, avançado "como seria desejável". O processualista gaúcho completa a descrição da linha evolutiva do processo "materialmente" sumário da seguinte forma:

193 Summatim cognoscere, in *Scritti giuridici*, v. 2, p. 721-755.

194 *Comentários*, cit., p. 36-37.

195 Fairén Guillén, *El juicio ordinario y los plenários rápidos*, p. 41-51. Na nota de rodapé n. 73, traz a explicação de Yañez Parladorio sobre a casuística mencionada no texto (p. 46).

196 Op. cit., p. 54-56. V., também, Juicio ordinario, plenários rápidos, sumario, sumarísimo, in *Temas del ordenamiento procesal*, t. 2, p. 822-837.

197 *Doutrina*, cit., p. 17 e 18.

a) Ao longo da história jurídica europeia, a partir do século XVI, verifica-se a negação das ideias básicas contidas no estatuto papal referido, de modo que a

“recomendação que aí se fazia (*nulla iuris communis solemniter servata, sed sola veritate facti inspecta*), desembaraçando-se o procedimento de formalidades supérfluas, passou a significar, no direito moderno, busca incessante da ‘verdade material’, numa equivalência entre verdade e justiça, como se esta só pudesse ser atingida depois da mais ampla exaustão, por todos os meios imagináveis, da pesquisa da verdade”.

b) A tendência é acentuada pelo cientificismo dos séculos XVIII e XIX, havendo mesmo “repugnância à ideia de uma vitória processual sobre simples verossimilhança”, que “só cede passo a um processo manifestamente sumário, com o qual os juristas convivem em perfeita harmonia e o assimilam facilmente, que é o processo-cerne da civilização industrial, o processo cambiário”.

c) Outras formas de sumariiedade material “que, tecnicamente, se devem equiparar ao conceito medieval, de *mandatum sine clausula*”, tal como o processo cautelar, “mereceram condenação geral”<sup>198</sup>.

O mesmo processualista, a quem se devem os mais aprofundados estudos sobre a ação cautelar, esclarece em sua obra mais recente<sup>199</sup> que a história dos processos sumários está ligada, constantemente, à ideia da formação rápida do título executivo, quando não da própria execução, sendo exemplo típico disso o processo monitorio ou injuncional, que é classificado por Chiovenda como “processo declaratório com prevalente função executiva”. As características básicas do processo monitorio consistem na “sumariiedade da cognição (*summaria cognitio*), com base na qual o juiz emite o preceito liminar” e na “outorga antecipada da eficácia executiva”, com a “inversão do contraditório”.

198 A ação, cit., p. 137-139.

199 Comentários, cit., p. 30-33.

## 26. Cognição sumária e processos sumários cautelares e não cautelares

### 26.1. Processo sumário cautelar

Entre nós, com a supressão da ação cominatória prevista no art. 302 do Código de Processo Civil de 1939, deixou de existir o processo cominatório<sup>200</sup>. Foi, porém, criada posteriormente a ação monitoria (arts. 1.102-A, 1.102-B e 1.102-C, acrescentados ao Título II do Livro IV do CPC pela Lei n. 9.079, de 1995). Mas a técnica da cognição sumária é utilizada nos processos sumários em geral, de que são espécie os processos cautelares, na antecipação da tutela em qualquer processo de conhecimento (art. 273 do CPC), e também em alguns processos de conhecimento de cognição exauriente que admitem, por expressa previsão legal, a concessão de provimentos antecipatórios (o que hoje seria dispensável diante da regra geral do art. 273) (v. g., ação para cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer – art. 461, § 3º, do CPC; ação possessória – arts. 928 e 929 do CPC; ação de nulidade de obra nova – art. 937 do CPC; ação de busca e apreensão de coisa vendida a crédito com reserva de domínio – art. 1.071 do CPC; ação de embargos de terceiro – art. 1.051 do CPC; ação popular – art. 5º, § 4º, da Lei n. 4.717/65; ação de desapropriação – art. 15 do Decreto-Lei n. 3.365/41; ação de mandado de segurança – art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009; ação civil pública – art. 12 da Lei n. 7.347/85; ação individual e ação coletiva para cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer previstas no Código de Defesa do Consumidor – art. 84; ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente – art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69), e igualmente na fase inicial de toda e qualquer ação quanto aos requisitos gerais ou especiais que a lei estabelece e também quanto à aferição, *in statu assertionis*, das condições da ação. A justificação prévia de posse na ação de usucapião, que o

200 Idem, p. 35.

Código de Processo Civil previa no art. 942, I, foi suprimida recentemente pela Lei n. 8.951, de 13 de dezembro de 1994.

Relativamente aos processos sumários, cuja característica básica é a sumariedade da cognição, a dificuldade doutrinária está em diferenciar os processos sumários cautelares dos processos sumários *tout court*. Divergem os processualistas quanto ao conceito, campo de aplicação, características, requisitos, condições da ação, mérito e outros aspectos do processo cautelar, e a respeito desses pontos evidentemente não haverá espaço, neste trabalho, para estudo aprofundado<sup>201</sup>. Cabe deixar consignado, porém, que a preocupação dos autores está centrada no processo cautelar, cuja sumariedade material não é questionada. Muitos sustentam que vários dos processos previstos no Livro III do Código de Processo Civil não são cautelares, mas não abrem espaço para o estudo do processo sumário não cautelar sob o prisma da cognição sumária, fazendo-o apenas quanto ao caráter satisfativo do provimento, que para a grande maioria dos tratadistas é o critério que afastaria os referidos processos da categoria de processo cautelar.

A teoria dominante entre nós, fiel à doutrina de Calamandrei, observa que a ação cautelar tem por fim assegurar o êxito do processo principal, sendo sua característica mais marcante, portanto, o "carattere di strumentalità" em relação ao provimento principal<sup>202</sup>. Porém, conceituada a ação cautelar em termos assim es-

treitos, limitação que evidentemente apanha também as ações cautelares inominadas, ficariam sem proteção adequada os direitos e interesses, principalmente os de caráter não patrimonial (v. g., direito à honra, à saúde, à liberdade etc.) que, nas vicissitudes da vida, ficam sujeitos a inúmeras e multifárias situações de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, e clamam por uma tutela urgente.

Mais abrangente é a teoria de Ovídio Baptista da Silva, que estabelece os seguintes pressupostos para a tutela cautelar:

- a) iminência de dano irreparável;
- b) temporariedade;
- c) sumariedade da cognição judicial (*fumus boni iuris*);
- d) "situação cautelanda";
- e) interditalidade da sentença cautelar.

O primeiro pressuposto consiste na existência de estado perigoso "capaz de ameaçar seriamente a incolumidade de determinado direito da parte, seja por ato voluntário da outra parte, seja em decorrência até mesmo de ato de terceiro ou de algum fato natural"<sup>203</sup>. É nesse requisito, precisamente, que sua teoria se mostra mais ampla do que as demais, pois seu entendimento é no teor de que "a proteção cautelar não se destina a servir de instrumento para proteção da tutela jurisdicional comum, como supõe a doutrina dominante, mas se orienta, indiscutivelmente, para a salvaguarda dos direitos subjetivos, ou de outras situações igualmente protegidas pelo direito objetivo", podendo ter lugar a proteção "nos casos em que se indique, precisamente, a situação objetiva para cuja proteção se pede a medida cautelar". Dá o nome de "situação cautelanda" às "variadas situações que se possam mostrar carentes de proteção cautelar", integrada por direitos subjetivos, pretensões, ações e "até as simples exceções"<sup>204</sup>.

Apenas nos parece que se pode dar mais um passo no sentido da ampliação do conceito, mantido o requisito da "iminência de

201 Piero Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*; Antonio Coniglio, *Il sequestro giudiziario e conservativo*; Andrea Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria*, I processi speciali, p. 309-360; Sulla tutela giurisdizionale differenziata, *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, p. 536-591; Luigi Montesano, Luci ed ombre in leggi e proposte di tutela differenziate nei processi civili, *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, p. 592-603; Ovídio Baptista da Silva, *Comentários*, cit.; *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*; *As ações cautelares e o novo processo civil*; Humberto Theodoro Júnior, *Processo cautelar*; Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, t. 1; Calmon de Passos, *Comentários*, cit., v. 10, t. 1; Sydney Sanches, *Poder cautelar geral do juiz*; Barbosa Moreira, *O processo cautelar*, in *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*; Wiliard de Castro Viliar, *Poder geral de cautela do juiz brasileiro*, tese de concurso, 1969.

202 *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, § 46, p. 143-146.

203 *Teoria da ação cautelar*, cit., p. 325-336.

204 *Op. cit.*, p. 327-329 e 334.

dano irreparável”<sup>205</sup>. Salvo equívoco nosso, no conceito de “situação cautelanda” Ovídio Baptista da Silva inclui três elementos:

a) o risco de dano irreparável ou de difícil reparação;

b) a afirmativa da existência de uma situação de direito material ou de direito processual, perfeitamente identificada como um direito subjetivo material, uma pretensão ou uma ação;

c) e a pretensão à segurança da situação jurídica mencionada<sup>206</sup>. Observa, com efeito: “Quando afirmamos a possibilidade de uma ação cautelar autônoma, emergente do direito material, sem vinculação a um determinado processo, não a concebemos, jamais, como absolutamente autônoma, com a mesma extensão das ações satisfativas”. Em seguida, acrescenta:

“Nossa concepção da ação cautelar, como entidade autônoma, não dispensa sua vinculação a um direito, ou pretensão, ou ação a que aquela preste segurança. A referibilidade, a ideia de transitividade da ação cautelar ligando-a a uma situação juridicamente relevante é inafastável. Assegura-se algo; dá-se proteção assegurativa a uma pretensão de direito processual, ou de direito material, a um direito subjetivo, ou, até mesmo, a uma outra ação. Portanto, o sentido de autonomia que se reconhece à ação cautelar, de modo algum corresponde a uma absoluta e total desvinculação desse tipo de tutela jurisdicional frente à situação cautelada”<sup>207</sup>.

205 O conceito de dano iminente e irreparável, segundo observa Ovídio Baptista da Silva, há “de compreender tanto os casos de risco de causação de um dano realmente irreparável, por seu caráter de definitividade e irreversibilidade”, e ainda aquelas hipóteses em que a situação de perigo apenas possa provocar um dano qualificado como sendo de difícil reparação, conceito este que a doutrina equipara à própria irreparabilidade, para legitimar a proteção cautelar. Giovanni Arieta, citado pelo processualista gaúcho, esclarece que atribui à noção de irreparabilidade do prejuízo duplo significado: “il primo esalta la natura preventiva dei provvimenti d’urgenza e si esprime nella irreversibilità degli effetti della lesione che l’art. 700 tende a scongiurare; il secondo, invece attiene più strettamente all’aspetto risarcitorio, vale a dire alla impossibilità o all’estrema difficoltà di determinare esattamente la misura del risarcimento (equivalente monetario), ove gli effetti pregiudizievoli persistessero nel tempo” (*I provvedimenti d’urgenza*, p. 128).

206 *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, p. 131.

207 Op. cit., p. 128.

As seguintes passagens são de relevo para a compreensão de seu pensamento: “... na ação cautelar a *causa petendi* é, por natureza, uma mera hipótese, uma eventualidade de direito, caracterizada pela conhecida e significativa locução *fumus boni juris*”. Esclarece mais além:

“... a mera possibilidade do direito que se invoca basta como fundamento da ação, sendo, em sede cautelar, irrelevante a prova irretorquível e incontroversa do direito alegado pelo postulante. Fundamentalmente, porque tal direito a que Calvosa denomina ‘situação cautelanda’, não será objeto do *cognoscere* do juiz, senão, apenas, na medida em que se evidencie como uma probabilidade de direito”<sup>208</sup>.

## 26.2. Direito substancial de cautela, mérito da ação cautelar e cognição sumária

A questão é extremamente difícil e sobre ela estamos ainda amadurecendo a nossa posição. Mas, para efeito de determinação do objeto da cognição sumária e estabelecimento do campo de abrangência da tutela cautelar, é relevante que seja exposto a seguir o nosso entendimento atual sobre o tema, o que fazemos com o propósito de suscitar debate construtivo a respeito.

Temos para nós que a ideia de transitividade, de referibilidade, a que alude Ovídio Baptista da Silva, existe em grande número de ações de conhecimento, que são consideradas “satisfativas”, em contraposição às ações cautelares, que seriam “mera-

208 Op. cit., p. 127-128. Nos *Comentários*, observa que o “direito substancial de cautela” pode ser amplamente admitido pelo processualista sem a menor dificuldade “se ele vencer a natural repugnância pela novidade que a sentença mandamental representa e puder conceber uma forma de proteção jurisdicional a um direito apenas suposto como existente (*fumus boni iuris*), sem que o ato jurisdicional cautelar o declare (eficácia de coisa julgada material) existente e, não obstante, o proteja. Isso só se conseguirá com esse tipo especial de sentença, onde o ato jurisdicional contém mais *imperium* do que *notio*, onde o juiz ordena as medidas de proteção ao direito cuja existência lhe pareceu provável, sem ao menos declarar-lhe a existência”.

mente assegurativas". Assim, quando alguém propõe uma ação de conhecimento exigindo o cumprimento de uma cláusula contratual, a pretensão material afirmada na inicial está referida a uma relação jurídica mais ampla, visto que a "ideia de transitividade" está presente, e poderá ser bastante intensa na medida em que for importante a cláusula. A referibilidade, porém, é no plano do direito material e para o processo vem apenas em termos de causa de pedir remota. O mesmo fenômeno, somente com diferenças acidentais que não afetam sua essência, parece-nos ocorrer na ação cautelar. As diferenças dizem com a intensidade dessa referibilidade (compare-se, por exemplo, a "referibilidade" existente no arresto com a do sequestro, ambos indubitavelmente ações cautelares) e com as circunstâncias que envolvem a pretensão cautelar, necessariamente referida a uma situação perigosa.

Em termos de objeto da cognição principal do juiz na ação cautelar, vale dizer, do mérito da ação cautelar, do seu objeto litigioso, o elemento que desponta, além da "situação perigosa", é o direito ou a pretensão material à cautela afirmada na inicial, e é em relação a ela que se formula o pedido de tutela cautelar. A relação jurídica material mais ampla em que, eventualmente, a pretensão deduzida se posiciona virá ao processo apenas como causa de pedir remota. A cognição sumária não diz respeito apenas a essa causa de pedir remota, e sim, principalmente, ao próprio direito substancial de cautela afirmado (a repetição tem o propósito de sublinhar a nossa posição abstratista, mesmo em relação à demanda cautelar). É muito provável que a sumariedade seja maior em relação àquele dado do que a este último, mas de qualquer modo em relação a ambos há apenas cognição não exauriente. Embora não nos repugne a ideia de provimento mandamental (muito ao contrário, somos hoje ardorosos defensores dessa espécie de provimento jurisdicional), parece-nos que a exposição feita é explicável mesmo na classificação tradicional das ações, pois o que caracteriza o processo cautelar, além dos elementos já mencionados, é a sumariedade da cognição. Mes-

mo a ação mandamental pode ter a declaratividade como eficácia imediata, o que supõe uma cognição exauriente<sup>209</sup>.

Ovídio Baptista da Silva, aliás, já em sua primeira obra sobre a ação cautelar, havia dado conta desse aspecto relevante, pois expressamente acentuara: "Assim definida a autonomia da ação e a função jurisdicional cautelar, somos conduzidos a admitir que a prestação cautelar, como qualquer outra, tem caráter satisfativo, pois satisfaz a uma pretensão específica"<sup>210</sup>.

Aceita que seja a explanação acima feita quanto ao objeto litigioso do processo cautelar, há caráter satisfativo no provimento cautelar, embora a cognição sumária não permita declaratividade com carga suficiente para receber a autoridade de coisa julgada<sup>211</sup>.

Reconhece Ovídio Baptista da Silva a existência de ações cautelares que dispensam a propositura da ação principal, que são aquelas baseadas nos arts. 529 e 555 do Código Civil de 1916 (arts. 1.280 e 1.281 do CC de 2002), o que bem evidencia a existência do questionado direito substancial de cautela e demonstra, igualmente, que o conteúdo do processo cautelar é a pretensão dele decorrente, a qual, por meio do pedido, se processualiza.

209 Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., 1974, t. 1, p. 222-223 e 231. Sobre o nosso entendimento acerca da ação mandamental e da ação executiva *lato sensu*, que constituem duas outras espécies de ação de conhecimento além daquelas tradicionalmente admitidas, que são a ação meramente declaratória, a ação constitutiva e a ação condenatória, tomamos a liberdade de remeter o leitor para dois trabalhos nossos nos quais procuramos explicar a razão de ser e a necessidade dessas duas espécies de provimento: 1) *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, pelos autores do anteprojeto, 9. ed., Forense Universitária, no tópico: "Poderes de magistrado: novas espécies de provimentos" e respectivas notas, p. 809-811, e no tópico: "Poderes do juiz e novos tipos de provimentos jurisdicionais" desenvolvido nos comentários ao art. 84, p. 863-867; 2) Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), in *Reforma do Código de Processo Civil*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1996, p. 21-27.

210 *As ações cautelares e o novo processo civil*, p. 37.

211 Guillén, *El proceso*, cit., p. 385-386.

### 26.3. Ação cautelar e ação principal. Dispensabilidade eventual da ação principal: critério para sua determinação

Posta nestes termos a tutela cautelar, seu campo de aplicação se amplia, pois se torna admissível a pretensão cautelar mesmo naquelas hipóteses em que não se consegue visualizar uma “referibilidade” a um direito ou a uma pretensão de direito material dita “principal”. A praxis forense mostra com frequência a dificuldade do advogado em encontrar uma ação principal correspondente à cautelar ajuizada. A dificuldade resulta principalmente da regra inscrita no art. 796 do Código de Processo Civil, evidenciadora do posicionamento doutrinário do legislador. Mas também o conceito de “referibilidade” ou a ideia de “transitividade”, segundo nos parece, não auxilia a reduzir a perplexidade do profissional do direito.

Tenha-se em mente que a “referibilidade” apresenta graus de intensidade, e que somente quando a causa de pedir da ação cautelar, no seu dado remoto, contém ou deve conter afirmação relativa à ação principal, é que esta se faz de imperiosa propositura. Vezes há, todavia, que a “iminência de dano irreparável” resulta de um ato cuja desconformidade ao direito está em si mesmo e não na relação jurídica mais ampla a que está ligado. A ação cautelar, em tal hipótese, não supõe qualquer ação principal. Exemplos de situações dessa ordem:

a) convocação de uma assembleia geral de uma entidade em desconformidade à lei ou ao estatuto evidenciada claramente no próprio ato de convocação (por exemplo, com três dias de antecedência, quando o estatuto exige dez dias); a ação cautelar que vise à sua suspensão não requer qualquer ação principal;

b) sustação do protesto de cambial por defeito formal do título constatável *prima facie*, ou por não autorizar a lei o protesto no caso concreto, ou por estar sendo tirado em cartório que não é o do lugar do pagamento; também nessas hipóteses, não há pensar em ação principal.

Uma regra prática talvez auxilie a determinação dos casos de dispensabilidade da ação principal: quando esta for uma ação me-

ramente declaratória, pode-se afirmar, em princípio, que é desnecessária a ação principal, pois a ação declaratória é proposta por quem queira (e não por quem esteja obrigado) obter a declaração de certeza. Ordinariamente, nas hipóteses em que a declaratória é a ação principal, a parte contrária está habilitada a propor uma ação condenatória, de sorte que é muito mais razoável, e até mesmo mais prático, que se pense na inversão da iniciativa da demanda. São bastante frequentes, no foro de São Paulo, os pedidos de sustação de protesto de duplicata não aceita, em que a alegação da parte consiste na inexistência da relação jurídica cambiária (duplicata fria, por exemplo). À ideia estratificada de que toda ação cautelar constitutiva supõe uma ação principal proposta no trintídio apressam-se os advogados em aforar a ação declaratória negativa e cuidam os juízes, de sua parte, de fiscalizar o cumprimento da exigência que supõem prevista em lei.

Os atos que põem em perigo alguns direitos de personalidade, como os direitos à vida, à liberdade, à saúde (integridade física e psíquica), à honra, igualmente, podem ser ilegais em si mesmos, e nessas hipóteses, evidentemente, não existirá qualquer ação principal, pois a “referibilidade” é a direitos que são inquestionáveis e, por isso, seria desnecessário que fossem objeto de ação declaratória.

### 26.4. Processo sumário não cautelar

Falamos, até aqui, de processo sumário cautelar. Não se pode esquecer, porém, que existem processos “materialmente” sumários, portanto com cognição superficial, como os previstos no Livro III do Código de Processo Civil, aos quais falta, por alguma razão, a nota de cautelaridade. O ser “satisfativo” não retira a cautelaridade, como já ficou anotado. Mas a ausência de “situação perigosa”, sim. O legislador, porém, possivelmente pela simplicidade da causa ou pela natureza da controvérsia, a exigir de ordinário uma solução mais rápida, fez sumárias algumas ações previstas no Livro III. Exemplos dessas ações: ação para “entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos” (art. 888, II); ação de



exibição de coisa “em poder de outrem e que o requerente reputa sua ou tenha interesse em conhecer” (art. 844, I). Por vezes, a sumariedade resulta da própria disposição de direito material, como ocorre com o art. 105 da Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), que admite a exibição de livros da companhia, a pedido de acionistas que representem, pelo menos, 5% do capital social, sempre que “sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia”. A comprovação dos fatos alegados é posterior à exibição dos livros, de modo que a ordem de exibição é expedida mediante a cognição sumária dos fatos alegados (diz a lei: fundada suspeita)<sup>212</sup>.

Em suma, nos processos sumários cautelares e não cautelares, a sumariedade da cognição abrange o próprio mérito da causa. Entre a perfeição e a celeridade, o legislador procurou privilegiar esta última, mas em contrapartida deixou de conferir a autoridade de coisa julgada material ao conteúdo declaratório assentado em cognição sumária.

## **27. Cognição sumária como técnica de concepção de processos diferenciados e ajustados à sociedade moderna**

Uma das características da sociedade moderna é o ritmo acelerado e agitado das relações sociais, econômicas e jurídicas que nela ocorrem. Resulta ela da instantaneidade das comunicações, do encurtamento das distâncias, da incorporação dos mais avançados instrumentos tecnológicos (v. g., o computador cada vez mais sofisticado) à vida cotidiana e a serviço de entidades públicas e privadas, que deles se valem até para a tomada de decisões que envolvem direitos de terceiros ou de alguma forma repercutem em sua esfera jurídica, e de inúmeros outros fatores. O “aumento das situações conflituosas em todos os setores da vida” e a “neces-

sidade exacerbada de segurança”, a que alude Fritz Baur<sup>213</sup>, encontram certamente explicação nessa peculiaridade do mundo em que vivemos<sup>214</sup>.

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

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal para deixar explicitado que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Por certo, não se pode falar em falência do processo comum de cognição plena e exauriente, pois é este o modelo que possibilita a solução dos conflitos de interesses de maneira mais segura, cercando “o exercício da função jurisdicional das mais plenas garantias” e aparelhando “as partes dos mais amplos meios de discussão, de prova e de impugnação das decisões”, como bem anota Adroaldo Furtado Fabrício. Necessário seria, entretanto, consoante recomenda o processualista gaúcho, que fosse ele submetido a “uma modernização” que “o escoimasse dos seus excessos de formalismo e de solenidade, incorporando-lhe, outrossim, recursos tecnológicos de há muito disponíveis mas ainda não aproveitados”, providência que certamente tornaria “dispensáveis muitos dos atuais procedimentos diferenciados”<sup>215</sup>. A propósito do pro-

213 *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, p. 15-16.

214 Uma pesquisa interdisciplinar, nos moldes sugeridos nos n. 4 e 5.a, *supra*, certamente permitiria o perfeito conhecimento dessa característica da sociedade moderna, que é a ampla e difusa conflituosidade.

215 *Comentários*, cit., v. 8, t. 3, p. 4-8.

212 Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 2, p. 502.

blema, Cândido R. Dinamarco, um dos principais autores da Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas (n. 7.244/84, substituída pela Lei n. 9.099/95), fala da recíproca influência entre este estatuto legal e o Código de Processo Civil, “que é a matriz de todo o sistema processual do país”, e enuncia esperança de renovação expressa da seguinte forma:

“É lícito esperar bastante em um verdadeiro processo de indução que o estatuto das pequenas causas e a experiência a ser formada em torno dele já principiaram e poderão desencadear em intensidade significativa sobre o sistema processual geral e no sentido de sua sadia renovação. Pretende-se banir o formalismo, levar o juiz a sentir todo o peso do poder que tem no processo e exercê-lo efetivamente em constante contato direto com as partes e fontes de prova, para integral cumprimento do seu compromisso com a justiça. E espera-se que da nova experiência advenha essa exportação de ideias, quanto ao próprio modo de ver o processo e a função jurisdicional, bem como no pragmatismo de algumas soluções particulares que poderão ser muito convenientes”<sup>216</sup>.

De nada valerão, todavia, a modernização e a renovação do processo comum sem que um outro dado importante da problemática, que é a atribuição ao Judiciário de recursos financeiros necessários<sup>217</sup> e o “tratamento mais criterioso do problema da organização judiciária”, de que falamos nos n. 4 e 5, seja corretamente equacionado. Modernizado e renovado, operado por juízes de mentalidade aberta, que contem com o apoio de infraestrutura material e pessoal adequada, o processo comum continuará sendo o modelo fundamental e insubstituível, capaz de atender às mais variadas pretensões de tutela jurídica processual, mormente após a reforma introduzida pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que permitiu, com as medidas de salvaguarda previstas no art. 273, a antecipação da tutela em toda e qualquer ação de conhecimento<sup>218</sup>.

216 *A Lei das Pequenas Causas*, cit., p. 196-207.

217 Adroaldo Furtado Fabrício, op. cit., p. 8.

218 A respeito da tutela antecipatória remetemos o leitor, que pretenda conhecer melhor o nosso entendimento, ao estudo intitulado “Tutela antecipatória

Mas, por mais que se consigam reduzir à expressão mínima as formalidades do processo comum e por melhor que seja a organização judiciária, haverá sempre direitos, pretensões materiais e interesses legítimos, que, pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência da tutela em razão da iminência de dano irreparável, exigirão processos diferenciados<sup>219</sup>, seja em termos de procedimentos de cognição plena e exauriente ajustados às peculiaridades das situações substanciais controvertidas, seja em forma de procedimentos de cognição sumária, que atendam aos reclamos de extrema rapidez na concessão do provimento jurisdicional.

Na ótica do instrumentalismo substancial a que aludimos no capítulo inicial do trabalho, a cognição sumária constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de processo que tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos (v. n. 1).

e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)”, na obra já citada.

219 Andrea Proto Pisani, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, cit.; *Appunti sulla tutela sommaria*, cit.; Luigi Montesano, *Luci ed ombre in leggi e proposte nei processi civili*, cit.