

## REFLEXÕES SOBRE AS TÉCNICAS COGNITIVAS E O PROBLEMA DA EFETIVIDADE NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Paulo Roberto de Souza<sup>1</sup>

SOUZA, P. R. Reflexões Sobre as Técnicas Cognitivas e o Problema da Efetividade no Processo Civil Contemporâneo. *Rev. de Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*, v.8, n.1, p.87-111, jan./jun., 2005.

**RESUMO:** A necessidade de aderência das técnicas processuais ao direito substancial exige a análise das técnicas cognitivas para compreensão das atividades desenvolvidas pelos órgãos jurisdicionais e os poderes de que estão investidos para o exercício dessas atividades. Por esta razão, num modelo processual em que a aderência ao direito substancial é o critério máximo de efetividade, constata-se o crescimento da cognição *ex officio*, ou seja, da cognição objeção. Essa nova realidade em que se envereda o processo civil, estabelece um novo eixo metodológico centrado na tendência de publicização do objeto do processo como corolário lógico da relativização do princípio dispositivo e do binômio cognição-execução. No âmbito desse novo eixo metodológico busca-se nova reflexão sobre as técnicas cognitivas a partir da perspectiva da revisão do conceito de cognição e dos princípios que as regem. Essa nova reflexão gira em torno de um problema consistente nos poderes necessários para o exercício da atividade jurisdicional que dá conta da necessidade de efetividade dos direitos, à luz dos resultados preordenados no plano do direito substancial, e, a tensão entre essa necessidade e a necessidade de imparcialidade, ambas inerentes ao devido processo legal, tanto em seu sentido formal quanto em seu sentido substancial.

**PALAVRAS-CHAVE:** cognição; objeção; objeto do processo; publicização.

---

### 1. Introdução

O estudo da cognição tem especial relevância para a compreensão das atividades desenvolvidas pelos órgãos jurisdicionais e dos poderes de que estes estão investidos para o exercício destas atividades.

Num sentido amplo, pode-se dividir as atividades jurisdicionais em três classes: a) atividades jurisdicionais de cognição; b) atividades jurisdicionais de decisão; e, c) atividades jurisdicionais de atuação.

A cognição é uma atividade jurisdicional, e, o seu estudo, carece de sua

---

<sup>1</sup>Advogado. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais. Docente UEM - Unipar. e-mail: paulorsouza@wnet.com.br

inserção nas raízes do direito enquanto ser-em-si, na medida em que a velha parêmia *ex facto oritur ius* sintetiza a essência do direito enquanto regramento de fatos e conseqüências.

Assim, a cognição terá, em um primeiro momento, o seu objeto centrado nos fatos, o que implica na verificação de sua existência (ocorrência). Num segundo momento, a cognição terá seu objeto centrado nas conseqüências resultantes dos fatos.

O procedimento de reconstrução dos fatos, muitas vezes, pode ser insuficiente, provocando a insuficiência da prova. A falha no procedimento de reconstrução dos fatos, cujo resultado implique numa insuficiência da prova para dar suporte ao julgamento da causa, implica, em última análise, no insucesso da administração da justiça.

Nesse sentido, veja-se a advertência feita por Carnelutti (apud MARINONI; ARENHART 2000, p. 33):

Como bem pondera CARNELUTTI a respeito, o não julgamento por deficiência de provas, embora figura usual até hoje, representa, à toda evidência, um sinal de falha no sistema de tutela de direitos. Como afirma o genial processualista, entende-se até que o juiz possa ter esta tentação: entende-se, ao contrário, menos que, no campo do processo penal o legislador lhe autorize a ceder à tentação. A assim chamada absolvição por *insuficiência de provas*, com efeito, não é uma rejeição de escolher; e portanto denuncia, como disse várias vezes, o insucesso da administração da justiça. Entre o sim e o não, o juiz, quando absolve por insuficiência de provas, confessa a sua incapacidade de superar a dúvida e deixa o acusado na condição em que se encontrava antes do processo: acusado por toda vida.

Vê-se, pois, a importância da atividade jurisdicional cognitiva para a adequada tutela dos direitos. Não é demais lembrar, a essa altura, a advertência feita por Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 30), citando Cappelletti, no sentido de que “a questão da tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar a necessidade de a prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais.” Para tanto, Marinoni (2002, p. 31) destaca a importância das técnicas processuais para a adequada tutela dos direitos, dentre elas a técnica da cognição, afirmando que “a técnica da cognição permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela.”

## **2. Conceito de cognição**

No magnífico trabalho da lavra do processualista Kazuo Watanabe (2000, p. 58-59), constata-se o esforço no sentido de apresentar um conceito de cognição, o qual ficou formulado nos seguintes termos:

A cognição é, prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar

e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

O conceito apresentado por Kazuo Watanabe, embora prestigioso, é passível de duas considerações que lhe são opostas. A primeira, no sentido da limitação da cognição somente “às alegações das partes”. É que a restrição da cognição em relação às alegações das partes somente ocorre nos casos em que a lei exigir a iniciativa delas, a *contrario sensu* do art. 131 do Código de Processo Civil. Por outro lado, no regime jurídico da cognição por objeção, a cognição é obrigatória de ofício.

Cabe abrir aqui um parêntese, para estabelecer a distinção entre objeção e exceção e, para tanto, recorre-se às lições de Calmon de Passos (1983, p. 286):

[...] a exceção não pode ser considerada, de ofício, pelo juiz; enquanto se tratando de objeção, deve o magistrado, de ofício, apreciá-la. Destarte, exige-se para a exceção a oponibilidade do réu; dispensa a objeção a provocação das partes. Por força disso, a exceção é um verdadeiro contradireito do réu, que ele exercita com vistas a elidir as consequências jurídicas pretendidas pelo autor; a objeção é um fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde, para que isso ocorra, de qualquer manifestação de vontade do obrigado.

Destarte, objeção é toda matéria, de ordem pública ou não, que deve ser conhecida pelo juiz de ofício. A objeção pode ser processual ou material (substancial). No primeiro caso, compreende as denominadas matérias de ordem pública, a exemplo das condições da ação, dos pressupostos processuais, das nulidades processuais absolutas, que, pelo fato de serem de ordem pública, não se sujeitam à preclusão. Esclareça-se que podem existir matérias decretáveis de ofício, não consideradas de ordem pública, portanto, sujeitas à preclusão, caso não sejam argüidas pela parte, como a conexão e a suspeição do juiz. O segundo caso, ou seja, a objeção material, compreende matérias que, embora não sejam processuais, devem ser conhecidas pelo juiz de ofício, a exemplo das nulidades de pleno direito (art. 146, parágrafo único c.c art. 145 do CC/1916 e art. 168 parágrafo único c.c. arts. 166-167 do CC/2002), da nulidade de cláusula e contrato nas relações de consumo (art. 51 do Código de Defesa do Consumidor), do fato superveniente (art. 462 do Código de Processo Civil) da decadência e, ainda, do pagamento.

No que tange ao pagamento, embora a matéria não seja pacífica, o mesmo é compreendido na aceção de objeção substancial por parcela respeitável da doutrina, nacional e estrangeira, a exemplo de Calmon de Passos (1983, p. 288), Ovídio Baptista da Silva (1998, p. 320), Alberto Camiña Moreira (2000, p. 74, 159), Paulo Henrique dos S. Lucon (1998, p. 351-352), Sérgio Shimura (1997,

p. 81), Antonio Carlos Marcato (1985, p. 59), Liebman (1984, p. 169), Crisanto Mandrioli (1995, p. 126).

Já a exceção, que também pode ser processual ou material (substancial), circunscreve-se às matérias que dependem de provocação da parte para que possam ser apreciadas, não podendo ser conhecidas de ofício, sujeitando-se à preclusão, caso não sejam argüidas no tempo e forma previstos.

A segunda consideração oposta ao conceito apresentado por Kazuo Watanabe decorre da menção expressa a *judicium* ou julgamento do objeto litigioso do processo. É que, essa referência, implica na exclusão ou mesmo na mitigação da cognição no processo de execução. Embora pudesse ser admitido, em determinado momento histórico, que no processo de execução não houvesse cognição ou mesmo que a cognição fosse rarefeita, não se pode manter a mesma compreensão na atualidade, quando o eixo metodológico preponderante gira em torno da relativização do binômio cognição-execução.

Assim, um conceito de cognição mais abrangente consiste na compreensão da cognição como atividade jurisdicional que tem por objeto a análise, a consideração e a valoração de matéria de fato ou de direito que se constitua fundamento da tutela jurisdicional.

Veja-se que o conceito ora proposto opta pela ampliação da cognição às matérias consistentes em objeções, as quais não ficam limitadas às alegações das partes, ao contrário, submetem-se à apreciação jurisdicional de ofício. Ademais, prefere-se também a substituição da expressão julgamento do objeto litigioso do processo por tutela jurisdicional, que é mais abrangente, permitindo, assim, a ampliação da cognição para processos e atuações jurisdicionais que têm por escopo a cautela ou a satisfação em sentido estrito.

### **3. Princípios informativos da cognição**

Por constituir uma atividade jurisdicional, a cognição rege-se por determinados princípios informativos, quais sejam: dispositivo, inquisitório, indeclinabilidade, imparcialidade.

#### **3.1. Princípio dispositivo**

Um dos princípios informativos da cognição é o princípio dispositivo, pois, *a priori*, entende-se que a atividade cognitiva a ser desenvolvida pelo órgão jurisdicional deve sujeitar-se à provocação da parte. No entanto, impõe-se compreender o princípio dispositivo em razão dos valores contemporâneos que fundamentam o processo civil.

A decorrência do princípio dispositivo como fundamento da cognição, no

processo contemporâneo, permite a compreensão do regime jurídico da cognição por exceção, assim considerada a atividade jurisdicional cognitiva condicionada à provocação dos interessados, na forma disciplinada pelo art. 128 do Código de Processo Civil, pois é defeso ao juiz conhecer questões não suscitadas, cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte.

Por outro lado, depreende-se que a regra do art. 128 estabelece plena liberdade de cognição em relação às questões em que a lei não exigir a iniciativa da parte. Nessa linha de raciocínio, a restrição à cognição limita-se ao âmbito da exceção substancial em sentido estrito.

### **3.2. Princípio inquisitório**

Avoluma-se a tendência, no processo civil contemporâneo, da cognição regida pelo princípio inquisitório, a partir da multiplicação de casos em que o ordenamento jurídico admite a cognição de ofício, ou seja, das matérias consistentes em objeções, a exemplo das previstas no § 3º do art. 267, no § 4º do art. 301, 463, todos do Código de Processo Civil, bem como em outras normas, que disciplinam o direito substancial, as quais se caracterizam pela sua natureza cogente e pela tutela dos interesses públicos ou sociais.

Por outro lado, a análise deve primar pela efetiva realização dos resultados do processo, ou seja, da necessária adequação da atividade jurisdicional à finalidade do Estado Democrático de Direito, que exige um juiz munido de poderes suficientes para atuar de acordo com a finalidade a ser alcançada pelo Estado. Assim, sempre que não for exigida por lei a iniciativa da parte, o juiz terá plena liberdade cognitiva, conforme interpretação do art. 128 do Código de Processo Civil.

A inquisitorialidade, como um dos princípios norteadores do processo civil contemporâneo, implica no regime jurídico da cognição de ofício, o qual exige, no entanto, sistematização adequada a fim de se evitar a casuística do caso concreto.

### **3.3. Princípio da indeclinabilidade**

À luz dos dois princípios antecedentes e dos regimes jurídicos da cognição no processo civil contemporâneo, pode-se refazer a leitura do princípio da indeclinabilidade, como fundamento do processo civil contemporâneo, na medida em que o mesmo abrange, além da atividade decisória, também a atividade cognitiva.

Nessa linha de raciocínio, pode-se concluir que a cognição é devida pelo Estado-juiz de modo a adequar-se às peculiaridades do direito material.

Daí porquê, em sendo hipótese de atuação cognitiva por objeção, impõe-se considerar a incidência do princípio da indeclinabilidade da cognição da matéria, independentemente de provocação das partes e, em princípio, independentemente do grau de jurisdição.

### 3.4. Princípio da imparcialidade

A jurisdição somente será legítima se prestada por juiz imparcial. Daí a máxima “O juiz se coloca entre as partes e acima delas.” Assim, como em todas as demais atividades jurisdicionais, também em relação à atividade jurisdicional de cognição, o juiz deve pautar-se pela imparcialidade, “pressuposto para que a relação processual se instaure validamente” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2000, p. 51), o que não significa, como se poderia supor, que ficasse o juiz impedido de exercer atividade cognitiva de ofício.

A atividade jurisdicional *ex officio* tem sido vista, em regra, com desconfiança, pela exigência de imparcialidade como garantia da independência da magistratura. Por essa razão dá-se ênfase ao princípio dispositivo (*ne procedat iudex ex officio*), pelo receio de que a atividade jurisdicional de ofício pudesse macular a imparcialidade, decorrente do vínculo psicológico com o resultado da demanda, frustrando-se a neutralidade necessária à caracterização do *tertius super partes*. Levado às últimas conseqüências, o princípio dispositivo poderia implicar na inércia do juiz, cuja atividade estaria condicionada à provocação das partes.

Não obstante, essa perspectiva não atende aos anseios da efetividade que se espera do processo. Daí, oportuna a linha de raciocínio proposta por Mauro Cappelletti, no sentido de considerar-se o conteúdo da controvérsia como limite de iniciativa da atividade jurisdicional, a fim de assegurar a imparcialidade. Afirma Cappelletti (1994, p. 13):

[...] constitui obrigação específica do juiz [...] a de controlar o regular, leal e rápido desenvolvimento do processo, com a possibilidade de impor prazos ou sanções e, ainda, de assumir meios probatórios, nos limites dos fatos constitutivos, impeditivos e modificativos alegados pelas partes.

Destarte, feliz é a concepção de Cappelletti, no sentido da distinção entre princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio e princípio dispositivo em sentido substancial ou próprio. Assim, como manifestação do princípio dispositivo, o art. 262 do Código de Processo Civil, exige a iniciativa da parte. Proposta a demanda, tem-se fixado o conteúdo da controvérsia. O art. 128 do Código de Processo Civil impõe o limite para o exercício das atividades jurisdicionais cognitiva e decisória, cujo limite para o julgamento, imposto pelo

artigo mencionado, é o pedido em função da causa de pedir, encontrando reforço na disposição contida no art. 460 do Código de Processo Civil.

Assim, a fixação da controvérsia relativamente à causa de pedir diz respeito, acima de tudo, à atividade jurisdicional cognitiva, à medida que o art. 128 veda ao juiz de conhecer questões não suscitadas, cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes. Fora, porém, desse âmbito restrito (exigência de provocação da parte) - no que tange, portanto, às denominadas objeções - o juiz não fica adstrito à provocação da parte; e nem se diga que isso pode por em risco a imparcialidade, ao contrário, prestigia a efetividade.

#### **4. Objeto da cognição**

A análise do objeto da cognição deve partir, como premissa, do que é relevante para apreciação, consideração e valoração de matéria de fato ou de direito que se constitua no substrato da tutela jurisdicional. Embora não haja unanimidade a respeito, é corrente no meio processualístico brasileiro a idéia do conhecido “trinômio de questões”, compreendendo pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

Nessa linha de consideração, é correto concluir com Kazuo Watanabe (2000, p. 76) que:

[...] o objeto da cognição do juiz são todas as questões ligadas ao processo em si mesmo. Bem por isso, e sendo as demais questões respeitantes ou à ação (para os que aceitam as condições da ação) ou ao mérito da causa, a designação genérica ‘questões relativas ao processo’, como faz Cândido Dinamarco, dá bem a idéia do objeto do conhecimento do juiz.

Assim, a cognição terá por objeto: pressupostos processuais, condições da ação e mérito; todos imprescindíveis para a constatação da existência dos fatos, bem como do direito, e por fim, das conseqüências deles resultantes, para se propiciar a entrega da prestação jurisdicional adequada.

#### **5. Classificação da cognição**

A cognição, segundo Kazuo Watanabe (2000, p. 111-124), pode ser classificada em dois planos distintos: horizontal e vertical. No plano horizontal a cognição se estabelece em relação à extensão das matérias, objeto da cognição em si. Já no plano vertical ela se estabelece em relação à profundidade das matérias, objeto da cognição. No plano horizontal, a cognição poderá ser plena ou limitada (parcial) e no plano vertical a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária (incompleta).

Cognição plena, como visto, é aquela que se desenvolve em sentido horizontal, ou seja, em relação à extensão das matérias, objeto de cognição. A cognição plena se estabelece sobre todas as questões, de forma ampla, compreendendo pressupostos processuais, condições da ação e mérito. Vale dizer, a extensão das matérias a serem debatidas pelas partes e apreciadas (conhecidas) pelo juiz é total, não sofre qualquer restrição.

A cognição limitada ou parcial também é desenvolvida em sentido horizontal, isto é, em relação à extensão das matérias, objeto de cognição (pressupostos processuais, condições da ação e mérito), porém, é estabelecida de forma parcial, ou seja, as questões, as matérias a serem debatidas e apreciadas (objeto de cognição) são limitadas por lei. Como afirma Kazuo Watanabe (2000, p. 117):

[...] a perquirição do juiz não atinge toda a realidade fática [...] 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.

Veja-se que, salvo no tocante aos pressupostos processuais e às condições da ação - que não podem sofrer qualquer tipo de limitação, ao contrário, serão apreciados sempre, em qualquer processo e procedimento, a qualquer tempo e grau de jurisdição (matérias de ordem pública, sobre as quais não ocorre preclusão) - quanto ao mérito, nem todas as matérias poderão ser objeto de apreciação, e de cognição, pois, por opção legislativa, ficam limitadas.

Conforme anota Marinoni (2002, p. 32):

O legislador, através da técnica da cognição parcial, pode desenhar procedimentos reservando determinadas exceções, que pertencem à situação litigiosa, para outros procedimentos.

E complementa o processualista paranaense, no sentido de que; “nos procedimentos de cognição parcial, o juiz fica impedido de conhecer as questões reservadas, ou seja, as questões excluídas pelo legislador” (MARINONI, 2002, p. 32).

Observe-se que a limitação é quanto à extensão, e não quanto à profundidade, de sorte que não constitui óbice à produção de coisa julgada material.

A cognição exauriente, como visto, é aquela que se desenvolve em sentido vertical, isto é, quanto à profundidade. A cognição das questões, das matérias

suscitadas ou cognoscíveis de ofício, realiza-se em profundidade. O juiz analisa de forma completa e exaustiva todas as questões que lhe forem submetidas, até a formação de um juízo de certeza, daí denominar-se também cognição completa. A técnica de cognição exauriente atribui a qualidade de imutabilidade de seus efeitos (coisa julgada material).

A cognição sumária também é desenvolvida em sentido vertical, isto é, em relação à profundidade do grau de convencimento do julgador, porém, como a própria denominação sugere, não é estabelecida de forma aprofundada, como se requer na cognição exauriente. A análise e valoração das questões, das matérias objeto de cognição não se realizam em profundidade, mas apenas de forma rápida e superficial, o suficiente para formar um juízo de probabilidade e de verossimilhança. Neste sentido, examinar Calamandrei (1936, p. 63) e também Liebman (1962, p. 104), que aludem a “juízo de probabilidade”.

Como afirma Marinoni (2002, p. 33), “a restrição da cognição no plano vertical conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou melhor, às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável.”

A técnica de cognição sumária é inapta a produzir coisa julgada material, a qual depende de declaração da existência (ou inexistência) do direito, somente obtida através de cognição exauriente. Com a cognição sumária, o máximo que se pode obter é a afirmação da probabilidade da existência do direito. A cognição sumária é a cognição própria das tutelas de urgência, já que a cognição exauriente, como regra, faz dilatar o processo no tempo.

Nesse sentido, aduz Marinoni (2002, p. 34):

[...] as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, I, CPC); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC).

A cognição sumária, segundo Marinoni (2002, p. 34), comporta graus, que decorrem “da relação entre a afirmação fática e as provas produzidas.” Para elucidar, Marinoni (2002, p. 34) exemplifica, nos seguintes termos:

[...] a liminar do procedimento do mandado de segurança e a liminar do procedimento cautelar diferem nitidamente quanto ao grau de cognição. No mandado de segurança a liminar é deferida com base no juízo de probabilidade de que a afirmação provada não será demonstrada em contrário pelo réu, enquanto a liminar cautelar é concedida com base no juízo de verossimilhança de que a afirmação será demonstrada, ainda que sumariamente, através das provas admitidas no procedimento sumário.

A cognição, a despeito de ser sumária quanto à profundidade (sentido vertical), poderá ser plena quanto à extensão (sentido horizontal). Portanto, em breve síntese, pode-se afirmar que a cognição poderá ser: a) plena e exauriente; b) parcial e exauriente; c) plena e sumária.

No primeiro caso (cognição plena e exauriente), será plena em sentido horizontal, pois, a cognição se estabelecerá sobre todas as questões (pressupostos processuais, condições da ação e mérito) e exauriente em sentido vertical, pois as questões serão analisadas em profundidade, a fim de formar um juízo de certeza ou próximo à certeza. Esta é a cognição que se verifica no procedimento comum, ordinário ou sumário. É importante esclarecer que no procedimento sumário ocorre abreviação do *iter* procedimental, que não diz respeito à cognição, esta será plena e exauriente.

No segundo caso (cognição parcial e exauriente), a cognição será parcial no plano horizontal, pois as matérias, objeto de cognição, são limitadas pela própria lei, de forma que a investigação do juiz não pode ir além do previsto pela lei. É o que ocorre, por exemplo, nas ações de conversão de separação judicial em divórcio, embargos do executado, embargos de terceiro, busca e apreensão em alienação fiduciária. Veja-se que, na conversão de separação judicial em divórcio, o art. 36 da Lei n.º 6.515/77 limita as matérias à falta do decurso de um ano da separação judicial e descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação; nos embargos à execução fundada em título judicial, as matérias ficam limitadas ao disposto no art. 741 do CPC; nos embargos de terceiros, o art. 1.054 dispõe que, contra embargos do credor com garantia real, somente se pode alegar insolvência do devedor comum, que o título é nulo ou não obriga terceiros e que é outra a coisa dada em garantia; na busca e apreensão, o art. 3º, § 2º, do Dec-lei n.º 911/69 estabelece que só pode ser alegado pagamento do débito vencido ou cumprimento das obrigações contratuais. Já no plano vertical, a cognição será exauriente, pois a análise das questões será feita em profundidade com o objetivo de formar um juízo de certeza ou muito próximo à certeza.

No terceiro caso (cognição plena e sumária), a cognição será plena no plano horizontal, pois se estabelecerá sobre todas as questões, mas no plano vertical será sumária, pois realizar-se-á de forma superficial. Esta é a cognição verificada nas tutelas cautelar e antecipatória e nos processos onde há concessão de liminares em geral.

## **6. Cognição exauriente *secundum eventum probationis***

A cognição exauriente *secundum eventum probationis* é aquela em que a produção da coisa julgada material fica jungida ao *eventum probationis*, ou seja, poderá produzir coisa julgada material como poderá não produzir coisa julgada

material se, no caso, ficar evidenciada a ausência ou a insuficiência de prova idônea para provar que o direito afirmado realmente existe, possibilitando à parte socorrer-se de outra medida, que seja idônea.

Kazuo Watanabe (2000, p. 119), a explicita nos seguintes termos:

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.

Exemplo sugestivo é dado pelo mandado de segurança, o qual exige que a prova do afirmado direito líquido e certo se faça de plano, através de documentos anexos à petição inicial. Colhem-se, ainda, em Kazuo Watanabe (2000, p. 119), dentre outras, as hipóteses previstas pelo art. 18 da Lei n.º 4717/65 (Ação Popular); art. 16 da Lei n.º 7347/85 (Ação Civil Pública) e Lei n.º 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

No caso específico do mandado de segurança, não se admite no seu procedimento outra prova que não a exclusivamente documental, haja vista tratar-se de procedimento sumário que não admite dilação probatória.

Assim, caso o impetrante não consiga se desincumbir do *onus probandi*, no que tange à demonstração de seu direito líquido e certo, mediante prova documental, ele não será alcançado pela coisa julgada material, podendo exercitar normalmente o seu direito, pelas vias ordinárias, utilizando-se de prova testemunhal ou mesmo pericial, se for o caso. Aliás, essa via lhe é assegurada pela Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte teor: “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.”

Marinoni (2002, p. 39), ao referir-se a essa técnica de cognição, assim se posiciona:

[...] a técnica da cognição exauriente *secundum eventum probationis*, além de permitir a construção de um processo célere e ao mesmo tempo de cognição exauriente, não elimina a possibilidade de o jurisdicionado, que lançou mão do mandado de segurança mas necessitava de outras provas além da documental, recorrer ao procedimento ordinário.

E conclui, à luz da Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal:

Este enunciado quer dizer que fica aberta a via ordinária àquele que teve denegado o mandado de segurança por ausência de direito líquido e certo; isto porque a sentença que afirma a ausência de direito líquido e certo não declara que o direito subjetivo material não existe (MARINONI, 2002, p. 39).

É importante esclarecer que a Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal é aplicável às hipóteses em que o provimento jurisdicional denegar a segurança pelo fato da ausência de direito líquido e certo. De outro lado, consoante entendimentos do Supremo Tribunal Federal, se for denegada a segurança pelo fato de o impetrante não ter direito algum, haverá coisa julgada material, impedindo-se nova apreciação da matéria pelas vias ordinárias, a exemplo do RE nº 78119, cuja ementa se transcreve:

Coisa julgada. Mandado de segurança. É de evidente acerto a tese de que, se a decisão que denega a segurança, nega a existência do direito invocado, apreciando-lhe o mérito, faz coisa julgada. A isto não se opõe a Súmula 304, que se refere a decisão denegatória que não constitua a *res judicata*: essa decisão é que não impede o uso da ação própria. Mas a decisão que denega a segurança, apreciando o mérito da impetração, faz coisa julgada (BRASIL, 2003).

No mesmo sentido, Recursos Extraordinários n.ºs 81737, 69912, 75520, 71789.

## **7. Cognição e execução**

O estudo da cognição e execução deve levar em conta o aspecto da natureza do processo; ou seja, se no processo de execução a cognição limita-se à de objeção processual ou, de outro lado, se compreende também a cognição de objeção substancial. A se compreender que ficaria restrita à objeção processual, evidente que seria objeto de cognição as condições da ação e os pressupostos processuais.

No momento em que se fixa a matéria de ordem pública como critério para a cognição no processo de execução, deve-se proceder com cautela, no sentido de esclarecer o âmbito de admissibilidade da cognição da matéria de ordem pública no processo de execução.

Veja-se que, ao se afirmar que a objeção seria o termo que melhor expressa a hipótese de ampliação do objeto de cognição no processo de execução, com dispensa de processo de conhecimento, tem-se procurado exemplificar tal afirmação com as condições da ação e com os pressupostos processuais, como matérias de ordem pública, as quais deveriam ser conhecidas *ex officio* pelo órgão jurisdicional.

Essa perspectiva é evidentemente restritiva do conceito de objeção, já que somente seriam aceitas matérias processuais. Mas o conceito de objeção não se restringe às condições da ação e aos pressupostos processuais. Num primeiro momento, o conceito de objeção compreende toda e qualquer matéria que deva ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional. Nessa linha de

raciocínio, compreende-se como objeção também a matéria substancial que deva ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional. É o que se dá, por exemplo, com a hipótese de nulidade absoluta ou com a nulidade de pleno direito, cujo conhecimento de ofício pelo órgão jurisdicional está previsto, expressamente, na regra insculpida no parágrafo único do art. 146 do Código Civil de 1916 e no parágrafo único do art. 168 do Código Civil de 2002. Diante do texto exposto, a única dúvida que poderia remanescer estaria no fato de que o conhecimento de ofício somente seria obrigatório na hipótese de a nulidade restar provada.

Admitindo-se, por hipótese, a restrição da objeção da nulidade provada, o ponto que deve ser objeto de análise se deslocaria da natureza da matéria de ordem pública, para o âmbito do cabimento de dilação probatória no âmbito do processo em que surgisse dúvida sobre a nulidade cuja demonstração (da nulidade) dependesse de instrução probatória. A matéria reveste-se de especial importância no processo de conhecimento, em especial no que tange à produção do efeito material decorrente da declaração de nulidade, à luz da incidência, ou não, da agregação da qualidade de imutabilidade desses efeitos materiais. Isto porque, em rigor, a objeção, no âmbito do processo de conhecimento, impõe a não-incidência da preclusão *pro iudicato*, quanto à instrução preparatória. O alcance dessa assertiva, ou seja, a in incidência da *preclusão pro iudicato* quanto à instrução preparatória, implica na não-preclusão das atividades jurisdicionais cognitiva e de instrução probatória.

## **8. A cognição da objeção como critério de publicização do objeto do processo**

A matéria de ordem pública que implica na cognição por objeção, vale dizer, na cognição de ofício, implica na ampliação do objeto da cognição por iniciativa do órgão jurisdicional. De certo modo, a ampliação do objeto da cognição implica na ampliação do objeto do processo.

No Brasil, o fenômeno da ampliação do objeto do processo, em razão da ampliação do objeto da cognição, não tem aplicação nos moldes em que ficou positivado no artigo 469 do Código de Processo Civil. Isto porque, embora objeto de decisão, a matéria sobre a qual recai a cognição por objeção reveste-se, no plano da decisão, de mera incidentalidade, insuficiente para agregar a qualidade de imutabilidade dos efeitos materiais produzidos pela decisão *incidenter tantum*. A lógica desse mecanismo está em conceber o objeto do processo limitado pelo pedido formulado pelo demandante (Arts. 128 e 460, CPC).

No entanto, essa não é a tônica do mecanismo próprio do mandado de segurança, tampouco do mecanismo próprio de um sistema que migrou dos limites impostos pelo princípio da correlação da sentença ao pedido para os

confinos da fungibilidade, pelo menos no que tange ao regime jurídico da cognição na tutela específica, conforme dispõe, expressamente, o artigo 461 do Código de Processo Civil.

### **9. A cognição e a declaração: cognição necessária e cognição suficiente para a declaração**

No que tange à cognição, tem-se ressaltado, com justa razão, o extraordinário esforço de Kazuo Watanabe no sentido de sistematizar a análise da cognição, cujos resultados foram publicados na obra “Da cognição no Processo Civil”. Nessa mesma linha de alcance do máximo de resultado decorrente da técnica da cognição, impõe-se destacar os esforços e os resultados alcançados por Luiz Guilherme Marinoni, cujo eixo metodológico, centrado na tutela de urgência, de natureza cautelar e satisfativa, tem proporcionado a ampliação do campo objeto de investigação científica por parte dos operadores do direito.

Na medida em que o eixo metodológico centra-se na tutela de urgência, constata-se um imperativo categórico consistente no exame da tutela diferenciada, positivada no ordenamento jurídico, porém sob o prisma da cognição. Conforme advertiu Kazuo Watanabe (2000, p. 36), “é a *cognição* uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada”, já que “Não se pode negar [...] a utilidade da cognição como técnica para a concepção de diferentes tipos de procedimento, com vistas à instrumentalidade do processo”. Nessa linha de raciocínio, impõe-se reter o foco na cognição enquanto atividade jurisdicional *necessária* “para conceder a prestação jurisdicional precisa” (WATANABE, 2000, p. 47). De outro lado, impõe-se reter o foco, também, sobre outro aspecto da efetividade da tutela jurisdicional a partir da cognição enquanto atividade jurisdicional *suficiente* para “conceder a prestação jurisdicional precisa” (WATANABE, 2000, p. 47).

Assim, à luz do binômio “cognição necessária e suficiente” para a concessão da tutela jurisdicional, possibilitou-se a análise da “tutela jurisdicional diferenciada”, o que comprovou as teses de Kazuo Watanabe (2000, p. 47) no sentido de que “a *cognição* é, antes e tudo, um ângulo visual importantíssimo para o estudo do processo no plano teórico e em sua realização concreta” e de que “é ela, igualmente, uma técnica de extrema relevância para a concepção de processos com procedimentos diferenciados e melhor preordenados à efetiva tutela dos direitos materiais.”

Ao se buscar a explicação para o fenômeno da atividade jurisdicional cognitiva e da atividade jurisdicional decisória, no âmbito da tutela monitória, constata-se que o fenômeno da disciplina da tutela jurisdicional, em sua expressão cognitiva e em sua expressão decisória, está condicionado pela necessidade

de atividade jurisdicional. Em primeiro lugar, a premissa fundamental é que a tutela monitoria é uma espécie de tutela diferenciada. Nessa perspectiva, importa examinar se a característica de tutela diferenciada decorre do corte epistemológico da cognição, da celeridade procedimental ou da forma de entrega da tutela jurisdicional.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci (2001, p. 19):

Tutela jurisdicional diferenciada é utilizada para indicar, em contraposição ao procedimento ordinário, a reunião de vários procedimentos – estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias de situações substanciais – de natureza plenária ou sumária (cautelar ou sumária *tout court*), e que se apresentam como uma das vertentes para sintonizar a justiça civil às garantias processuais ditadas pelo texto constitucional.

Ao referir-se às técnicas para obtenção de tutelas diferenciadas, Antonio Carlos Marcato (1998, p. 27) ressalta:

a necessidade de adoção de técnicas adequadas [...] que levem em conta a efetividade do resultado desejado pela parte e os instrumentos para tanto necessários, destacando que entre essas técnicas tem especial importância a que leva em conta a intensidade da cognição.

Na tutela monitoria, organizou-se atividade jurisdicional que permite a criação de um título executivo judicial sem que o mesmo se constitua em sentença condenatória. E mais: nem mesmo de sentença há de tratar-se no caso concreto, pelo menos nos moldes tradicionais em que se situa essa categoria processual. O argumento decorre do texto expresso de lei, o qual prevê que i) na hipótese de não-pagamento e não-oferecimento de embargos ao mandado monitorio, o título executivo judicial constitui-se de pleno direito; ii) na hipótese de rejeição dos embargos ao mandado monitorio, o título executivo judicial constitui-se, também, de pleno direito.

Essa técnica consistente na constituição de título executivo judicial, de pleno direito, revela um elevado grau de sofisticação legislativa, que carece de maior investigação teórica, em função das conseqüências lógico-categóricas da adoção de técnica com esse grau de sofisticação.

Uma primeira indagação consiste na aparente perplexidade decorrente da criação de um título executivo judicial que não corresponda, exatamente, ou melhor, em nada mesmo, à sentença condenatória cível, a qual se constitui em título executivo judicial por excelência. A investigação da natureza do título executivo judicial, criado em sede de tutela monitoria, é tema pertinente ao plano da técnica de celeridade procedimental aliada à técnica da cognição e da técnica dos efeitos materiais primários e secundários. Conforme esclarece Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 41), a meu ver, com argumentos válidos, a cognição, na tutela monitoria, amolda-se à espécie de cognição exauriente

*secundum eventum defensionis:*

O procedimento monitorio é resultado da combinação da técnica da cognição exauriente por ficção legal com a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis* [...] A não apresentação de embargos faz surgir o título executivo, ficando o juiz impedido de determinar a produção de prova tendente à averiguação da existência do direito afirmado, que, na verdade, é considerado existente por ficção legal.

Procurando distinguir na atividade jurisdicional cognitiva o objeto da cognição desenvolvida no processo da tutela monitoria, constata-se que a cognição para a declaração da probabilidade é incompleta, já que recai somente sobre o fato constitutivo do direito de crédito alegado pelo autor e sobre a “prova escrita” através da qual o autor demonstra a “probabilidade de existência do fato constitutivo de seu alegado crédito”. Essa cognição incompleta é suficiente para a declaração de probabilidade da veracidade da afirmação de existência do direito de crédito.

De fato, a exemplo do que ocorre nas sentenças, que contêm uma eficácia declaratória, o provimento jurisdicional que ordena a expedição do mandado de pagamento contém em si uma eficácia declaratória da probabilidade de existência do fato constitutivo do direito do autor, bem como a eficácia declaratória da probabilidade de veracidade da afirmação de existência do direito de crédito, cujas declarações, fundadas em cognição incompleta, revestem-se do caráter de provisoriedade, decorrente do fato de que a cognição colhe a realidade fática parcialmente, na medida em que reserva a possibilidade de reação do réu, na qual este poderá ampliar o objeto da cognição através da dedução de exceção.

A realidade fática parcial que é colhida pela cognição, necessária para a expedição da ordem de pagamento ou de entrega, não decorre de corte imposto pela norma, mas, fundamentalmente, da própria natureza especial da tutela, a qual, pelo momento em que é exigida a atividade cognitiva e decisória, somente pode ter por objeto o fato constitutivo do direito do autor e a demonstração da veracidade dessa afirmação mediante a prova escrita sem eficácia executiva, já que a ordem é emitida *inaudita altera parte*.

O fato é que há uma declaração de probabilidade da veracidade do fato alegado pelo autor. O problema a ser equacionado e solucionado consiste na produção do efeito material decorrente da declaração de probabilidade de existência do direito de crédito afirmado. Nesse aspecto, impõe-se examinar a natureza jurídica do provimento jurisdicional declaratório de probabilidade da existência do direito de crédito afirmado pelo autor. A natureza do provimento jurisdicional que declara a probabilidade de existência do direito de crédito, afirmado pelo autor, na demanda monitoria, pode ser definida sob o critério topológico, e, segundo esse critério, positivado no artigo 162, § 1º do CPC,

reveste-se da natureza de sentença o ato do juiz que põe fim ao processo.

Sem imiscuir-se diretamente na validade do critério eleito pelo legislador para definir o provimento jurisdicional decisório como sentença, pode-se constatar que não é descartável a hipótese de o provimento jurisdicional que defere a expedição do mandado de pagamento constituir-se em verdadeira sentença. Nessa linha de raciocínio, com a ordem de pagamento ou de entrega, terminaria o processo de conhecimento da ação monitória. Os embargos ao mandado monitório, por sua vez, dariam início a outra relação jurídica processual, a qual, por sua natureza incidental e de conexão sucessiva, constituir-se-ia em uma outra ação.

Não obstante, mais importante é o exame da definitividade do efeito material desse provimento jurisdicional à luz do esgotamento do ofício jurisdicional. O problema da imutabilidade dos efeitos materiais primários decorrentes de declaração suficiente calcada em cognição incompleta, cuja cognição exauriente é desnecessária pela ausência de ampliação da cognição pelo fato da inércia do réu, deve ser examinado à luz do *non bis in eadem* a que está submetida a atividade jurisdicional cognitiva, no plano da tutela monitória.

Digo *non bis in eadem* pelo fato de que, com a inércia do réu, não há ampliação do objeto da cognição, razão pela qual o órgão jurisdicional não exercerá cognição, já que essa recairia, se exigida fosse, sobre o mesmo objeto da cognição exercida para a declaração da probabilidade.

Ora, se o sistema dá atuação ao princípio do *non bis in eadem*, impõe-se extrair desse princípio o máximo de operacionalidade satisfatória. Nesta linha de maximização do *non bis in eadem* tem-se o fato do esgotamento do ofício jurisdicional como critério norteador para a definitividade dos efeitos materiais do provimento jurisdicional, em sede de tutela jurisdicional diferenciada, quando a cognição é suficiente para a declaração com observância do contraditório.

Por outro lado, essa técnica consistente na criação de um título executivo judicial que não consiste, exatamente, na sentença condenatória civil, não é nova no ordenamento jurídico positivo. Refiro-me à disciplina do sistema de freios e contrapesos da tutela de urgência de natureza cautelar, o qual dispõe da técnica de responsabilidade civil objetiva para os casos de perda da eficácia da liminar ou da medida cautelar, previstos nos artigos 808 e 811 do Código de Processo Civil. Na forma prevista no parágrafo único do artigo 811, do Código de Processo Civil, tem-se que as perdas e danos decorrentes da efetivação da medida cautelar serão liquidadas nos mesmos autos do processo cautelar.

Essa situação implica em desvendar a solução do seguinte dilema: a) ou exige-se que a sentença no processo cautelar condene o requerente ao pagamento da indenização das perdas e danos decorrentes da efetivação da medida cautelar; b) ou admite-se que a sentença que extingue o processo cautelar, mediante as

hipóteses disciplinadas naquele dispositivo, nada condena, constituindo-se ela (a sentença) em fato jurídico, escolhido pelo ordenamento jurídico positivo, ao qual se agrega a eficácia executiva.

As hipóteses alternativas acima implicam no fato de que a situação normatizada escapa ao crivo da perspectiva ortodoxa na criação de um título executivo judicial. Assim: a) ou admite-se a criação de um título executivo judicial (sentença condenatória de indenização de perdas e danos) sem processo de conhecimento; b) ou admite-se a criação de um título executivo judicial que não se constitua em sentença condenatória.

A opção por uma das soluções aventadas esbarra na perspectiva ortodoxa, à luz da qual não seria suficiente para a explicação do fenômeno jurídico consistente na criação de um título executivo judicial, embora essa solução tenha sido adotada em plena vigência dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, mas em sede de tutela diferenciada. Ainda que, superada a perspectiva ortodoxa, mediante a admissão da criação do título executivo judicial, não-sentença condenatória, ainda resta toda a problemática da análise da ocorrência, ou não, da coisa julgada material. Noutras palavras, integrada a eficácia executiva - mediante a liquidação das perdas e danos - do título executivo judicial, consistente na sentença que extingue o processo cautelar, poder-se-ia falar, aí, em coisa julgada material?

A problemática consistente na ocorrência, ou não, da coisa julgada material, em função da criação de um título executivo judicial, a exemplo do que ocorre no caso do art. 811, parágrafo único, do Código de Processo Civil, implica no exame sistemático da cognição necessária e suficiente para a declaração, e, em seguida, no exame da suficiência da declaração para produção de efeito material ao qual se agrega a qualidade de imutabilidade, independentemente do efeito material constituir-se em efeito primário ou secundário, ou mesmo ter sido objeto de declaração principal.

É certo que o ponto nodal da questão está na cognição. E mais: na cognição necessária e na cognição suficiente para a declaração. Veja-se, aqui, em apertada síntese, passo a passo, as fases que envolvem a criação do inusitado título executivo judicial, sob a perspectiva da cognição e de declaração.

Numa resposta rápida, tem-se que a sentença que extingue o processo cautelar, naquelas hipóteses, estabelece o resultado consistente na certeza da obrigação de indenizar as perdas e danos. Assim, essa certeza, quanto a existência da obrigação de indenizar, é efeito material secundário da sentença que decreta a extinção do processo cautelar. Não importa qualquer referência a elemento subjetivo (culpa ou dolo), porque o sistema impôs o mecanismo da responsabilidade objetiva. Portanto, não haveria necessidade de atividade jurisdicional cognitiva que tivesse por objeto questões de fato que caracterizassem a culpa ou dolo. Nada mais lógico que dispensar o órgão jurisdicional de atividade

inútil. Portanto, a sentença que decreta a extinção do processo cautelar, naquelas hipóteses, constitui-se em suporte fático da hipótese de responsabilidade objetiva, a qual tem, em si, os elementos caracterizadores da certeza da existência da responsabilidade dessa natureza: fato e nexo de causalidade.

Nessa linha de raciocínio, não parece adequado exigir um processo de conhecimento que tenha por objeto questões consistentes no fato da efetivação de medida cautelar que, posteriormente, perdeu a eficácia, porque, a rigor, a cognição desenvolvida no processo cautelar, relativamente ao suporte fático da perda da eficácia, é suficiente para a declaração da existência do suporte fático da indenização das perdas e danos. Logo, a declaração de perda de eficácia da medida cautelar produz um efeito secundário, consistente na certeza da existência da obrigação de indenizar.

A constatação desse efeito material secundário da sentença é suficiente para compreender a desnecessidade da declaração da obrigação de indenizar que decreta a extinção do processo cautelar. Logo, a cognição para a declaração da ocorrência do fato que implica a perda da eficácia da medida cautelar é rigorosamente a mesma cognição para a declaração suficiente da existência da obrigação de indenizar. Por essa razão, a cognição necessária para a decretação da perda da eficácia da medida cautelar é suficiente para a declaração da existência da obrigação de indenizar. O sistema calcado na técnica da tutela diferenciada colhe o fato da declaração da ocorrência do fato que implica na perda da eficácia da medida cautelar para o fim de agregar-lhe o efeito material consistente na obrigação de indenizar. Esse efeito material, consistente na certeza da existência da obrigação de indenizar, constitui efeito secundário.

Na medida em que se constata que “a certeza da obrigação de indenizar”, nesse caso, constitui efeito secundário, é importante realçar que esse efeito secundário é assim considerado em relação ao eventual efeito primário da tutela jurisdicional cautelar.

Na sistemática ortodoxa, a tutela cautelar é infensa à produção de efeitos materiais. Essa conclusão, no entanto, é tirada mais em razão da ausência de exame sistemático do que em função da natureza cautelar. Se a sentença cautelar constitui-se, em si, num fato declaratório, nada, a não ser a própria natureza da cognição, poderia impedir o aproveitamento dos efeitos materiais produzidos, colhendo-se melhor aproveitamento dos resultados obtidos na tutela jurisdicional.

Não se pode negar que um efeito material produzido por sentença prolatada em processo cautelar constitui-se como efeito secundário; mas também não se pode negar que esse efeito material secundário possa ser aproveitado pelo ordenamento jurídico em sua totalidade, em especial, pelo fato do exaurimento do ofício jurisdicional.

Assim, exaurido o ofício jurisdicional (ou atividade jurisdicional) cognitiva, não há mais lugar para o exercício dessa atividade jurisdicional, em estrita observância do princípio lógico.

## **10. O problema da certeza da obrigação decorrente da sentença: o efeito material secundário consistente na certeza da existência da obrigação**

A sentença é, antes e acima de tudo, um ato jurídico. Como todo ato jurídico, a sentença tem um conteúdo e produz efeitos. Os efeitos correspondem ao conteúdo da sentença, mas não se confundem com ele. Existem efeitos primários e efeitos secundários; existem efeitos processuais e efeitos materiais; existem efeitos primários processuais e efeitos primários materiais; existem efeitos secundários processuais e efeitos secundários materiais.

Numa análise gizada pelo gênio de José Carlos Barbosa Moreira, ficou clara a necessidade de distinguir-se entre o conteúdo da sentença e os efeitos por ela produzidos. Assim, após tecer considerações próprias da distinção entre o ato jurídico e seus efeitos, Barbosa Moreira (1989, p. 35) afirma:

Subsiste, incólume, a verdade básica: uma sentença pode conter elementos diversos e produzir, por via de consequência, efeitos também diversos. O elemento declaratório, em particular, está presente em qualquer sentença. A cada elemento corresponderá um efeito próprio, sem que isso nos autorize a identificar este com aquele, nem a embutir no conteúdo da sentença aquilo que ela projeta no mundo exterior. Eis aí tudo, ou quase tudo, que cabe dizer em termos genéricos, sem forçar os contornos do real.

Aproveita-se desse escólio para concluir pela necessidade de distinguir-se entre o conteúdo da sentença e os efeitos por ela produzidos, podendo-se afirmar que essa mesma análise deve ser refeita, agora, já não mais sob o prisma exclusivo da sentença e seus efeitos, mas, sim, substituindo-se o termo sentença pelo vocábulo provimento jurisdicional. Isto porque a distinção feita por José Moreira teve em linha de consideração apenas a sentença, já que, a época em que elaborou seu escólio, o ordenamento jurídico positivo era escasso no que tange à tutela jurisdicional diferenciada. No entanto, com a introdução de novos modelos de tutela jurisdicional, é possível aproveitar-se do escólio mencionado com a finalidade de projetá-lo e adequá-lo ao regime jurídico da tutela jurisdicional diferenciada. Logo, também no que diz respeito aos efeitos materiais primários e secundários dos provimentos jurisdicionais diferenciados, impõe-se colher o máximo de efetividade com o adequado grau de definitividade.

A cognição suficiente para a produção do efeito material exige a cognição em contraditório, o que implica no exame da questão consistente no procedimento adequado. Conforme alerta Kazuo Watanabe (2000, p. 124),

É através 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.

Destarte, a certeza é um efeito material da declaração que tem por suporte a cognição suficiente para a declaração. Assim, a declaração suficiente para a produção do efeito material certeza exige o mínimo de observância do contraditório, realizado em procedimento adequado.

### **11. A cognição plena e exauriente como elemento conceitual essencial da coisa julgada material**

A técnica de combinação dos planos da cognição, em função do procedimento, permite equacionar o problema da definitividade da solução adotada no caso concreto. A definitividade da solução, em termos processuais, ocorre com a coisa julgada material. A coisa julgada material, por sua vez, em concepção adotada por Liebman, (1984, p. 37-70), consiste na “qualidade de imutabilidade dos efeitos materiais de uma sentença não mais sujeita a recurso.”

A sentença, erigida a elemento conceitual essencial da coisa julgada material, é uma espécie de provimento jurisdicional decisório. Entre os provimentos jurisdicionais decisórios, encontram-se os que produzem efeitos materiais e os que não produzem efeitos materiais. Entre os provimentos que produzem efeitos materiais encontram-se os chamados provimentos jurisdicionais decisórios interlocutórios (ou decisões interlocutórias), e, de outro lado, os provimentos jurisdicionais decisórios finais. A característica de provimento jurisdicional decisório final está jungida, essencialmente, ao aspecto de exaurimento do ofício jurisdicional.

Nesta perspectiva, somente poderiam submeter-se ao regime da imutabilidade os efeitos materiais dos provimentos jurisdicionais finais. No entanto, o critério da imutabilidade dos efeitos materiais dos provimentos jurisdicionais, calcados na cognição plena e exauriente, carecem de sistematização, a partir do ângulo visual consistente no exaurimento do ofício jurisdicional cognitivo no âmbito da tutela jurisdicional diferenciada, já que, nessa, nem sempre o provimento jurisdicional que produz os efeitos materiais é final.

## 12. Conclusão

O processo civil contemporâneo procura realizar o compromisso com a efetividade da tutela dos direitos, a partir do critério da aderência das técnicas processuais ao direito substancial. A partir desse critério, impõe-se a análise das técnicas cognitivas para compreensão das atividades desenvolvidas pelos órgãos jurisdicionais e os poderes de que estão investidos para o exercício dessas atividades. Por essa razão, num modelo processual em que a aderência ao direito substancial é o critério máximo de efetividade, constata-se o crescimento da cognição *ex officio*, ou seja, da cognição objeção. Essa nova realidade em que se envereda o processo civil, estabelece um novo eixo metodológico centrado na tendência de publicização do objeto do processo, como corolário lógico da relativização do princípio dispositivo e do binômio cognição-execução. No âmbito desse novo eixo metodológico, busca-se nova reflexão sobre as técnicas cognitivas, a partir da perspectiva da revisão do conceito de cognição, dos princípios que as regem e da respectiva classificação. Essa nova reflexão gira em torno do problema consistente nos poderes necessários para o exercício da atividade jurisdicional que dê conta da necessidade de efetividade dos direitos à luz dos resultados preordenados no plano do direito substancial e da tensão entre essa necessidade e a necessidade de imparcialidade, ambas inerentes ao devido processo legal, tanto em seu sentido formal quanto em seu sentido substancial.

A adequação da técnica cognitiva, como princípio informativo da efetividade pretendida pelo processo civil contemporâneo, impõe a construção de um modelo processual caracterizado pela universalização de tutelas diferenciadas, aderentes ao direito substancial. Assim, a cognição há de ser necessária e suficiente para a declaração e para a execução. Logo, não se deve submeter o resultado do processo a um procedimento mais longo do que o necessário para a declaração, nem muito menos retardar a execução quando a cognição for suficiente para a declaração ou para a execução.

Por fim, uma cognição suficiente para a declaração é o critério último para a caracterização da definitividade da decisão: ou seja, uma decisão calcada numa cognição suficiente para a declaração é o critério sobre o qual deverá assentar a política legislativa e jurisdicional para o reconhecimento da imutabilidade dos respectivos efeitos materiais. Essa última conclusão abre espaço suficiente para a discussão em torno da correlação entre a “declaração suficiente” e a técnica de provimentos, para fins de revisão do conceito de coisa julgada material. Isso porque parece óbvio que a cognição suficiente nada tem a ver com a natureza do provimento declaratório. Tanto que, pode haver cognição suficiente para a declaração, embora esta encontre seu veículo num provimento jurisdicional que não corresponda ao conceito de sentença. Assim, se o critério para estabelecer

o regime da coisa julgada material for deslocado para a adequação da cognição, impõe-se rever o conceito de coisa julgada material, a fim de flexibilizar a técnica de provimento nele referida, o que implicaria no reconhecimento de que no provimento decisório interlocutório de mérito pudesse ser agregado a qualidade de imutabilidade dos seus efeitos materiais. Eis, pois, o objeto de uma nova investigação.

## Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 78119, da 1ª Turma. Relator Min. Rodrigues Alckmin. 08.08.75. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2003.

CALAMANDREI, P. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: CEDAM, 1936.

CAPPELLETTI, M. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, L. G. (Org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

CINTRA, A. C. de A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LIEBMAN, E. T. Unità del procedimento cautelari. In: \_\_\_\_\_. **Problemi del processo civile**. Milano: Morano, 1962.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LUCON, P. H. dos S. O controle dos atos executivos e a efetividade da execução: análises e perspectivas. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MANDRIOLI, C. **Corso di diritto processuale civile**. 10. ed. Torino: Giappichelli, 1995.

MARCATO, A. C. **O processo monitorio brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Ação de consignação em pagamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MARINONI, L. G. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **A antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. ARENHART, S. C. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista. dos Tribunais, 2000, v. 5, t. 1.

MOREIRA, A. C. **Defesa em embargos do executado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, J. C. B. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1989.

PASSOS, J. J. C. de. **Comentários ao código de processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 3.

SHIMURA, S. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, O. A. B. da. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TUCCI, J. R. C. e. **Ação monitoria**. 3. ed. São Paulo: Revista. dos Tribunais, 2001.

WATANABE, K. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

## **REFLEXIONES SOBRE LAS TÉCNICAS COGNITIVAS Y EL PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD EN EL PROCESO CIVIL CONTEMPORÁNEO**

**RESUMEN:** La necesidad que tienen las técnicas procesales de adherirse al Derecho sustancial exige el análisis de las técnicas cognitivas para la comprensión de las actividades desarrolladas por los órganos jurisdiccionales y los poderes con los cuales cuentan para el ejercicio de dichas actividades. Por esa razón, en un modelo procesal en que la adhesión al Derecho sustancial es el criterio máximo de la efectividad, se puede notar el crecimiento de la cognición *ex officio*, es decir, de la cognición objeción. Esa nueva realidad por la que se encamina el Derecho civil, establece un nuevo eje metodológico centrado en la tendencia de publicización del objeto del proceso, como corolario lógico de la relativización del principio dispositivo o del binomio cognición-ejecución. En el ámbito de ese nuevo eje metodológico se busca una nueva reflexión sobre las técnicas cognitivas, a partir de la perspectiva de la revisión del concepto de cognición y de los principios por los cuales se rige. Esa nueva reflexión gira alrededor del problema que plantea el definir los poderes necesarios para el ejercicio de la actividad jurisdiccional que sea capaz de dar efectividad a los derechos, bajo el prisma de los resultados preordenados en el plano del Derecho sustancial y de la tensión entre esa necesidad de imparcialidad, ambas inherentes al debido proceso legal, tanto en su sentido formal como en su sentido sustancial.

**PALABRAS CLAVE:** cognición; objeción; objeto del proceso; publicización.

## **REFLECTIONS ABOUT THE COGNITIVE TECHNIQUES AND THE EFFECTIVENESS PROBLEM IN THE CURRENT CIVIL PROCESS**

**ABSTRACT:** The necessity of the adherence of the process techniques to the substantial law requires the cognitive technique analysis for the comprehension of the activities developed by the jurisdictional organs and by the powers from which they are invested for these activities exercises. Because of this, in a process model in which the adherence to the substantial law is the utmost criteria

of effectiveness, there is the cognition *ex officio* grow, that is, from the objection cognition. This new reality in which the civil process is based, establishes a new methodological branch centered in the tendency of publishing the process object, as the logic of the relation between the device principles and the cognition-execution process. In the ambit of this new methodological branch there is a search for new reflection over the cognitive techniques, from the perspective of the cognition concept review and the principles which guide them. This new reflection is about the problem consisted in the necessary powers for the exercise of the juridical activities which can handle the necessity of law effectiveness, under the pretreated results in the substantial law, and the tension between this necessity and the unbiased necessity, both within the due process of law, in its formal sense and in its substantial sense as well.

**KEYWORDS:** cognition; objection; process object; publishing.

Artigo recebido para publicação em: 29/3/2004

Received for publication on March 29 2004

Artigo aceito para publicação em: 30/04/2004

Accepted for publication on April 30 2004