

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

LEONARDO OLIVEIRA PERES CORRÊA

TEORIA DA COGNIÇÃO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL

SÃO PAULO
2021

LEONARDO OLIVEIRA PERES CORRÊA

TEORIA DA COGNIÇÃO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – nível Mestrado, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), requisito para obtenção do título de Mestre em Direito – Núcleo de direito processual civil.

Orientadora: Prof. Dra. Teresa Celina Arruda Alvim.

SÃO PAULO
2021

LEONARDO OLIVEIRA PERES CORRÊA

TEORIA DA COGNIÇÃO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito – Núcleo de direito processual civil.

Orientadora: Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim.

Aprovada em: _____ de _____ de _____.

Banca Examinadora

Professora Teresa Arruda Alvim (orientadora)

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Kazuo Watanabe

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professora Arlete Inês Aurelli

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Julgamento: _____

Assinatura: _____

SÃO PAULO

2021

O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Processo nº 130096/2020-2.

This study was financed in part by the Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Process nº 130096/2020-2.

AGRADECIMENTOS

Muitos agradecimentos precisam ser feitos neste momento. Em primeiro lugar, à minha orientadora, doutora Teresa Arruda Alvim, pelos seus valiosos conselhos, e por me aceitar como seu orientando, sonho que acalentei desde a graduação em Direito. Seu conhecimento e erudição fizeram dela o meu principal modelo na academia.

Ao professor Kazuo Watanabe, por ter aceitado o convite de compor a banca avaliadora deste estudo. Seu clássico livro sobre cognição foi o mais importante para a elaboração desta dissertação e, também, a minha primeira consulta ao desenvolver algo sobre as diversas questões aqui exploradas.

Aos professores da banca de qualificação, Rodrigo Barioni (*in memoriam*) e Arlete Aurelli (também parte da banca de avaliação final), pelas valiosas sugestões e críticas que me fizeram refletir bastante. Sem os seus conselhos o trabalho não teria evoluído tanto.

Aos professores da PUC dos quais tive o privilégio de ser aluno: William Santos Ferreira, Sérgio Shimura, Anselmo Pietro, Cassio Scarpinella Bueno, Celso Campilongo, Márcia Alvim, Eduardo Arruda Alvim, Olavo Oliveira Neto e Cris Druve – suas lições levarei para o resto da vida.

À minha mãe, Ana Cláudia Peres Corrêa, e à minha irmã, Camila Peres Corrêa, pelo amor incondicional. E, também, à minha tia, Socorro Brito, por sempre me apoiar nos meus caminhos.

Aos amigos de Belém, que muito me apoiaram durante a elaboração desta dissertação: Clarice Santos, Débora Viera, Matheus Dias Ferreira, Ricardo Meira Matos e Paula Riccio. Aos novos amigos feitos na PUC/SP, pela agradável companhia nas aulas do mestrado: Juliane Schmidt, Pedro Aires, Renato Armor, Ana Lúcia e Janaína Pontes.

E, por fim, a Deus, por sempre estar do meu lado.

À minha orientadora, Dra Teresa Arruda
Alvim, e ao meu pai, Lúcio Corrêa Filho
(*in memoriam*).

“O juiz deve, a meu ver, adotar uma conduta que preserve, em qualquer oportunidade, a discrição que é inerente ao cargo. Isso não significa fazer cara feia, não significa encarar os outros do alto para baixo, não significa mostrar arrogância nem desprezo pela opinião alheia, mas significa, sim, manter certa reserva, não deixar envolver-se, sobretudo, em questões polêmicas, que devem ser enfrentadas, se for o caso, no momento de decidir ou de votar. Tome a posição que lhe pareça correta. É claro que, em uma obra científica, está bem que o juiz se pronuncie, discuta qualquer tema controvertido, mas nada de grande exposição em público.

Por outro lado, é essencial que o juiz tenha a coragem de decidir, quando lhe parecer correto, de decidir contrariamente ao que dele espera a opinião predominante no público ou nos meios de comunicação social. Não pode ser bom juiz aquele que se deixa influenciar pelo que é publicado na imprensa ou por aquilo que é apurado em pesquisas de opinião. O juiz deve ter a necessária coragem para pronunciar-se, se lhe parecer correto, de maneira diferente daquela que dele esperam os setores da opinião pública”¹.

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ética e justiça. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 29, 2005, p. 22.

RESUMO

A teoria da cognição judicial no processo civil é um dos temas com maior relevância teórica no Direito brasileiro. Seu conjunto de conceitos serve para sustentar diversas áreas do direito processual civil, desde o processo de conhecimento até o processo executivo, passando pelas tutelas provisórias. A ausência de estudos da teoria da cognição tem gerado problemas relevantes a todo o processo de conhecimento, o que se revela na escassez de estudos sobre cognição no processo tanto em sede monográfica, quanto nos manuais de processo civil. A falta desses estudos tem impactado a *performance* do judiciário que, muitas vezes, afirma agir racionalmente, contudo, em alguns casos, atua de maneira irracional e pouco reflexiva na sua atuação concreta. O estudo tem como foco os conceitos básicos presentes na teoria da cognição, bem como a influência gerada pela Constituição Federal brasileira e os principais impactos do Código de Processo Civil nesse contexto. O estudo abrange três principais temas: o estudo da suposta diferença entre questão de fato e de direito no processo civil e sua influência na compreensão de cognição judicial; o estudo do objeto da cognição (pressupostos processuais, condições da ação e mérito); e, por último, o estudo dos planos cognitivos presentes na lei e a aplicação das chamadas tutelas diferenciadas. Este último possui como base a sistematização proposta por Kazuo Watanabe dos planos cognitivos verticais e horizontais. O estudo da teoria da cognição se apresenta como fundamental para o processo e, principalmente, para o aperfeiçoamento do judiciário diante do CPC de 2015, sendo relevante estudar e valorizar as suas premissas teóricas.

Palavras-chave: cognição no processo civil; objeto da cognição judicial; questão de fato e de direito; tutela jurídica diferenciada; planos cognitivos; mérito do processo; questões referentes à admissibilidade.

ABSTRACT

The judicial cognition theory in civil procedure is currently one of the most relevant theoretical issues in Brazilian law. Its concepts support several areas of civil procedural law, from the discovery to the executive process, in addition to provisional guardianship. The lack of studies on the theory of cognition has led to problems that are relevant to the entire discovery process, evident in the scarcity of studies on cognition in the process in theses and civil procedure manuals. The lack of such studies has affected the performance of the Brazilian judiciary, which often claims to act rationally; however, at times, this branch is known to act in an irrational and superficial manner in its concrete performance. This study focuses on the basic concepts of the theory of cognition, as well as the Brazilian Federal Constitution's influence and the main effects of the Civil Procedure Code upon this context. We discuss three main topics: the study of the alleged difference between a matter of fact and a matter of law in civil procedure and its influence on the interpretation of judicial cognition; the study of the object of cognition (pressupositions, conditions, and merit of the process); and, lastly, the study of the cognitive plans present in the law and the application of so-called differentiated guardianship. The latter is based on the system proposed by Kazuo Watanabe of the vertical and horizontal cognitive planes. The study of the theory of cognition is fundamental to the process and especially to the improvement of the judiciary before the 2015 CPC; thus, its theoretical premises are a relevant and valuable subject of study.

Keywords: cognition in the civil process; object of judicial cognition; matter of fact and law; differentiated legal protection; cognitive plans; merit of the process; issues concerning admissibility.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11
1 A COGNIÇÃO DAS QUESTÕES DE DIREITO E DAS QUESTÕES DE FATO – UMA NECESSÁRIA SEPARAÇÃO?	15
1.1 QUESTÕES, PONTOS E CAUSAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	15
1.2 A DISTINÇÃO ENTRE QUESTÃO DE DIREITO E QUESTÃO DE FATO	20
1.3 DEMANDA, PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO, CONGRUÊNCIA, CORRELAÇÃO, ADSTRIÇÃO	31
1.4 A CAUSA DE PEDIR	39
1.5 A PROVA	47
2 OBJETO DA COGNIÇÃO	54
2.1 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS	54
2.2 CONDIÇÕES DA AÇÃO	62
2.2.1 Interesse	64
2.2.2 Legitimidade	66
2.2.3 Possibilidade jurídica do pedido	69
2.2.4 Teoria da asserção nas condições da ação	73
2.3 MÉRITO	76
2.3.1 Questões prévias: prejudiciais e preliminares	79
2.3.2 Critérios classificatórios de provimentos/sentenças judiciais	81
2.3.3 Classificação ternária/clássica	82
2.3.4 Decisão declaratória	82
2.3.5 Decisão constitutiva	84
2.3.6 Decisão condenatória	85
2.3.7 Classificação Quinária	86
2.3.8 Decisão executiva <i>lato sensu</i>	88
2.3.9 Decisão mandamental	89
2.3.10 Considerações sobre as classificações dos provimentos	90
3 PLANOS COGNITIVOS E TUTELAS JURÍDICAS DIFERENCIADAS	92
3.1 MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS	99
3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E COGNIÇÃO NO PROCESSO CIVIL	102
3.3 COGNIÇÃO PLENA E EXAURIENTE	105
3.4 COGNIÇÃO LIMITADA E EXAURIENTE (COGNIÇÃO PARCIAL)	115
3.5 COGNIÇÃO PLENA E EXAURIENTE “ <i>SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS</i> ”	119
3.6 COGNIÇÃO SUMÁRIA	121
3.7 COGNIÇÃO SUMÁRIA: REQUISITOS	123
3.8 COGNIÇÃO SUMÁRIA: MODALIDADES	129

3.9	COGNIÇÃO SUMÁRIA E COISA JULGADA.....	134
3.10	COGNIÇÃO EVENTUAL, PLENA OU LIMITADA E EXAURIENTE (PROCESSOS INJUNCIONAIS)	136
3.11	COGNIÇÃO NA EXECUÇÃO.....	139
3.12	COGNIÇÃO E PROCEDIMENTOS ESPECIAIS	143
3.13	COGNIÇÃO DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS SUJEITAS AO REGIME DA COISA JULGADA.....	146
	CONCLUSÃO.....	151
	REFERÊNCIAS	155

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A teoria da cognição judicial se apresenta como base estruturante da chamada fase de conhecimento ou cognitiva. Mais do que isso, ela influencia no processo de execução e nos inúmeros incidentes processuais existentes (tais como tutela provisória e incidente de desconsideração da personalidade jurídica), como a doutrina contemporânea vem afirmando².

A cognição é a forma como o juiz conhece e resolve as questões que estão presentes no processo. É na fase de conhecimento que tal teoria apresenta sua maior complexidade, pois aglutina a teoria das provas e a teoria da motivação das decisões judiciais (pontos essenciais do processo cognitivo).

O objetivo deste estudo é realizar uma busca teórica da teoria cognição judicial, com ênfase na disciplina trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. Diante disso, o conceito de cognição judicial e o estudo de sua teoria se mostram extremamente importantes à compreensão do fenômeno processual, pois ele não só auxilia o entendimento do processo cognitivo e seus principais institutos, como, também, de outras vertentes de estudo do processo.

Apesar da importância-chave da bibliografia no estudo do processo, esta é escassa. Nota-se tal negligência ao consultar os manuais de processo de execução e de recursos, em cujos capítulos primordiais sempre se encontra o estudo da teoria da execução e dos recursos, respectivamente. O fenômeno não ocorre, porém, com os manuais da fase de conhecimento pois dificilmente se encontra um capítulo dedicado ao estudo da teoria da cognição (salvo louváveis exceções), senão esparsos tópicos para fixar alguns conceitos da teoria. A ausência de estudos sobre a cognição no processo civil nos manuais e cursos torna explícita a lacuna existente. Tal exemplo demonstra a necessidade de estudos mais aprofundados sobre o tema. Essas omissões vêm prejudicando a evolução do estudo da teoria da cognição se comparado ao estudo de outros temas processuais.

Percebe-se, porém, que há consenso doutrinário em aceitar a definição proposta pelo professor Kazuo Watanabe que, em meados dos anos 1980, publicou a sua obra mais relevante sobre *teoria da cognição* no Brasil, propondo a seguinte terminologia para *cognição*:

² São inúmeros os estudos que estruturam a cognição judicial em outros processos para além do processo de conhecimento, como o estudo da cognição em sede de execução: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT, 2017; e, também, na tutela sumária, que não necessariamente ocorre no processo de conhecimento propriamente dito: SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do litígio do processo³.

Esse conceito, como dito anteriormente, é adotado por considerável parte da doutrina, com maiores ou menores ressalvas por parte dos estudiosos⁴.

Interessante apontar que Watanabe teve cuidado na hora de formular o seu conceito, razão pela qual tal conceito recebe ampla aceitabilidade acadêmica.

O autor faz um apanhado histórico da evolução jurídica da cognição a partir do Direito Romano, mostrando que em seus primórdios a cognição era a harmonia da percepção e qualificação fática e suas consequências jurídicas eram feitas pelo magistrado, diferenciando, inclusive, os fundamentos da decisão do dispositivo decisório. Acentua a função interpretativa do juiz na hora de fazer incidir o direito sobre o caso concreto (que chama de “acertamento”), cujo direito era dado pelos chamados “editos”⁵. Na época, porém, havia a valorização da discricionariedade do juiz, o que gerava casos de evidente arbítrio por parte do julgador. A partir disso, a essência do termo *cognitio* consistiu na possibilidade de poder exarar uma sentença, avaliando a prova dentro do procedimento, examinando o mérito e não somente a avaliação de oportunidade e conveniência do juízo⁶.

Na visão de Elio Fazzalari, a *cognição* é um instrumento de realização da sentença, baseado no Direito Italiano da época:

³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000, pp. 58-59.

⁴ Giuseppe Chiovenda e Kazuo Watanabe, citados por Candido Rangel Dinamarco, referem que *cognição* é a “atividade intelectual do juiz, consistente em captar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, com o objetivo de se aparelhar para decidir. A cognição, portanto, incide sobre os pontos de fato e direito relevante para decidir.” (DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2017, pp. 38-39). O exemplo é compartilhado por outros autores, tais como: DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2015, p. 431; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil... Op. cit.*, 2017, p. 30; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2005, p. 184; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil* (versão eletrônica). 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 434.

⁵ Eram escritos doutrinários de *jurisconsultis* romanos, também chamados “direitos dos juristas”, fortemente influenciados pela técnica da casuística, embora não apresentassem a eficácia vinculante do *stare decisis*. Segundo Hermes Zaneti Jr., no entanto, apresentavam similaridade, pois partem da premissa de que os polos do processo podem acionar o juízo para reconhecer o seu direito (ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante do precedente: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 92-93).

⁶ “Precisamente esta última característica influiu na adoção do termo *cognitio* em sentido mais amplo e mais específico; tratava-se, em verdade, de procedimentos em que a automasia, o magistrado ou o funcionário, conhecia a causa, cumprido não somente os accertamentos preliminares ou de avaliação da oportunidade de autorizar, ou não, o juízo, como também assumia e avaliava as provas, julgando o mérito.” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil... Op. cit.*, 2000, pp. 53-57). Por óbvio, para realizar o seu conceito de cognição, Watanabe não integrou a ampla discricionariedade de juízo que havia dentro do Direito Romano.

Como as próprias palavras explicam, no processo de ‘cognição’ se desenvolvem atividades destinadas a alegar fatos, a recolher as respectivas provas, a enquadrar os fatos nas normas substanciais, de modo que o juiz possa ‘conhecer’ qual é, no caso concreto, a situação ‘substancial’: isto é, dar-se conta se subsiste a espécie com que faz surgir uma obrigação e o correspondente direito subjetivo; se essa obrigação foi violada e o direito permaneceu insatisfeito. Com base na convicção assim formada, o juiz civil saberá se deve emitir a sentença de acolhimento da demanda (e, portanto, de condenação, ou de declaração, ou constitutiva), ou mesmo refutá-la (sentença de recusa)⁷.

Para sistematizar os conceitos e a fundamentação teórica dessas propostas de reavaliação da teoria da cognição judicial no processo civil, é necessário fazer algumas explicações acerca dessas definições e suas consequências no plano teórico. É imprescindível, portanto, tracejar as ideias que se desdobram desses conceitos. Tais questões, em linhas gerais, são: (I) a cognição dos fatos e do direito e como elas são realizadas dentro do processo, bem como as supostas diferenças; (II) o objeto da cognição; (III) a ideia de cognição vertical e horizontal. Tais questões constituem a sistematização da teoria cognitiva judicial e, sem a sua análise, fica prejudicada qualquer proposta de estudo do conceito de cognição.

No primeiro capítulo são analisados os fatores distintivos tanto das questões de direito como das de fato que, necessariamente, permeiam a cognição judicial, bem como os critérios de resolução judicial, ou seja, os meios de conhecimento dos fatos e do direito, e a existência de limitadores a essas atividades cognitivas. Em momento oportuno será comentado a respeito da importância de se distinguir os termos *fato* e *direito* no processo.

A sistematização do objeto da cognição no processo civil (mérito, condições da ação e pressupostos processuais) compõe o segundo capítulo, que analisa a principal terminologia base para o estudo do processo cognitivo.

Na sequência, no terceiro capítulo consta a investigação dos diversos níveis de cognição judicial (vertical e horizontal) e os requisitos mínimos de aferição de cada um deles, desde os níveis mais limitadores até os mais extensos de cognição, relacionando os seus reflexos com importantes institutos de direito processual, como os procedimentos especiais e a coisa julgada.

O estudo envolve a teoria da cognição judicial no Processo Civil que, como dito anteriormente, é uma teoria pouco estudada nesse ramo do Direito, sendo notório que depois da sistematização de Watanabe, poucas obras vieram a se dedicar a tema tão importante para

⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. de Elaine Nassif. Campinas, SP: Bookseller, 2006, p. 161.

atuação do judiciário⁸. O estudo da cognição tem sido feito de maneira legalista e pouco interdisciplinar⁹. A prova disso é que a doutrina aponta a racionalidade da decisão judicial e não se preocupa em estabelecer critérios sobre o que é racional à cognição judicial.

A falta desses estudos tem impactado a *performance* do judiciário que, muitas vezes, afirma agir racionalmente, contudo, em alguns casos, atua de maneira irracional e pouco reflexiva na sua atuação concreta.

As metodologias utilizadas visam a desenvolver de maneira técnica a exposição feita na problemática, com relevância à resolução da tese.

Referente à coleta de dados da pesquisa, esta é eminentemente bibliográfica e, no que tange à teoria da cognição judicial, o seu enfoque é a doutrina processual. Apesar de ser uma pesquisa especulativa, ela visa a influenciar na melhoria da atuação do juiz na fase cognitiva.

Referente aos textos bibliográficos, esses serão consultados em diversos meios, como livros, periódicos, coletâneas de artigos doutrinários, teses de mestrado e doutorado, cujas fontes tenham pertinência com a temática desta dissertação. Tais fontes servem para que haja um novo enfoque científico sobre o tema.

Por óbvio, toda a pesquisa em Direito precisa levar em consideração o tripé lógico de estudo do Direito: a análise da lei, da jurisprudência e da doutrina especializada. Tal tripé é essencial à compreensão integral do problema jurídico a ser abordada em uma futura tese. Referente à jurisprudência, esta será buscada nos acórdãos e objetiva expor e analisar a jurisprudência das Cortes. A análise do posicionamento dos principais tribunais, entretanto, não será o enfoque da pesquisa, tendo como objetivo apenas ajudar na compreensão do Direito. O enfoque, portanto, como afirmado anteriormente, será o estudo teórico.

⁸ Entre as poucas obras, destacam-se: WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil...* Op. cit., 2000; ARAÚJO, José Aurélio. *Cognição sumária, cognição exhaustiva e coisa julgada*. São Paulo: RT, 2017; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil...* Op. cit., 2017; SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária...* Op. cit., 2013; GRECO, Leonardo. *Cognição sumária e coisa julgada*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 10, Jul./Dez. 2012; DIAS, Jean Carlos. Reflexões acerca da teoria da cognição no processo. *Revista Argumenta Journal Law*, n. 6, 2006; VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: Juspodivm, 2020.

⁹ Mesmo no estudo normativo puro da cognição, pouco tem sido escrito sobre o tema.

1 A COGNIÇÃO DAS QUESTÕES DE DIREITO E DAS QUESTÕES DE FATO – UMA NECESSÁRIA SEPARAÇÃO?

Os conceitos contemporâneos de cognição no direito processual civil vigente estão assentados na ideia de que o juiz exerce o seu juízo de valor sobre questões de fato e direito. Entende-se, de forma implícita, que existe uma separação entre fato e direito como se fossem coisas distintas¹⁰.

A intenção deste capítulo é entender a dinâmica das questões fáticas e jurídicas segundo a metodologia proposta por Antônio Castanheira Neves e, assim, procurar absorver as contribuições do autor em relação à teoria da cognição.

A partir disso, pretende-se aplicar essas contribuições a alguns institutos processuais que pressupõem essa diferença, no caso, o princípio do dispositivo ou demanda, a prova e a causa de pedir. Neste caso, tem-se a intenção de correlacionar esses institutos com a metodologia proposta por Neves, analisando se há alguma contribuição com o direito processual.

1.1 QUESTÕES, PONTOS E CAUSAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Antes de analisar o tema das questões de fato e direito, é necessário delimitar um conceito anterior, ou seja, é preciso explicitar o conceito de *questão* e termos afins, como ponto e causa.

Esta delimitação é necessária pois servirá de base para outros capítulos, como aqueles que apresentam as questões processuais (pressupostos e condições da ação), de mérito e prévias (preliminares e prejudiciais).

O ponto, no direito processual, pressupõe a ideia de ausência de controvérsia¹¹, ou seja, é a existência de uma alegação sobre a qual as partes não divergiram durante o processo, seja porque uma parte concorda com o fundamento da outra, ou pela não manifestação no tempo adequado (preclusão). Em ambos os casos não existe divergência de argumentação no processo.

¹⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000, pp. 58-59; FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. por Elaine Nassif. Campinas, SP: Bookseller, 2006, p. 161; DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2017, pp. 38-39; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 431.

¹¹ DINAMARCO, Candido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 34, abr./jun. 1984. Considerando, também, a parte incontroversa como caracterizadora do ponto, tem-se: ARRUDA ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, p. 28. Mais recentemente, Dinamarco mantém a posição supracitada: DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 174.

A ideia de ponto também se apresenta como fundamento, ou seja, é necessário que as partes elaborem argumentos jurídicos em suas peças processuais, segundo os elementos constantes no sistema jurídico (lei, provas, doutrina, jurisprudência, entre outros), para que sejam formados fundamentos que caracterizem os pontos. Ponto constitui, neste sentido, uma conformidade do argumento com o ordenamento jurídico¹².

A mera afirmação não pode ser considerada ponto, pois é necessário que as partes exerçam atividade argumentativa para convencer o magistrado do direito pleiteado. A partir disso, é necessário que a parte apresente uma justificativa de suas afirmações, sob pena de suas alegações serem consideradas ineptas, segundo o sistema processual (art. 319, III; arts. 336, 485, I, todos do Código de Processo Civil).

Em geral, os pontos alegados pelas partes são classificados como constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos de direito (o CPC adota tal classificação no art. 373, I e II), sendo constitutivos aqueles considerados ônus do autor, enquanto impeditivos, modificativos e extintivos de direito como ônus do réu.

Esses pontos são juridicamente relevantes na medida em que o julgamento da causa depende da análise judicial motivada (objeto do conhecimento do juiz), e desempenham papel fundamental no julgamento do mérito do processo. Sem este conhecimento, contudo, o objeto litigioso fica prejudicado^{13,14}.

Quando em sua petição inicial, a parte autora introduz um ponto (em geral constitutivo), e a parte contrária, por meio de argumentos impeditivos, modificativos e extintivos de direito, ou utilizando uma contraprova do argumento constitutivo, refuta de maneira específica este ponto, ele se transforma em uma questão.

“Há, no processo, determinados assuntos (pontos) que, se controvertidos, passam a merecer a denominação de questões”¹⁵. Nota-se que a ideia de questão pressupõe sentido de controvérsia que, por sua vez, está relacionada à perspectiva de desacordo ou não concordância entre as partes.

¹² Neste sentido, Marcos de Araújo Cavalcante explicita: “quando a parte formula sua pretensão em juízo, apresenta vários fundamentos com a finalidade de demonstrar que a sua afirmação está em conformidade com o direito positivo. Assim, o ponto é justamente o fundamento de determinada afirmação de conformidade com o ordenamento jurídico. Em outras palavras, o ponto é o fundamento da razão alegada.” (CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais* – limites objetivos e subjetivos. São Paulo: RT, 2019, p. 159).

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, v. 3, 2017, Item 930, p. 41.

¹⁴ Neste ponto utiliza-se mérito e objeto litigioso como sinônimos.

¹⁵ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: RT, 2017, Item 4.2.2, p. 177.

A partir disso, é destituída a técnica que utiliza as expressões “questões controvertidas” ou “pontos incontroversos”, pois recaem em tautologia. Da mesma forma, as definições de pontos controvertidos e questões também coincidem.

Caso não haja essa impugnação específica por meio da contestação ou da réplica, o ponto não se transmuda em questão e, via de regra, sobre ele incidem os efeitos da revelia. Segundo o art. 344 do CPC, esta incidência pode ser total ou parcial, a depender do grau de impugnação específica do réu.

Vale destacar o comentário feito por José Carlos Barbosa Moreira, no sentido que, por vezes, o legislador utiliza a expressão *questão* de modo distinto daquele que a doutrina usualmente costuma lhe atribuir. Nessa direção,

É oportuno, a esta altura, um esclarecimento de ordem não só terminológica mas sobretudo conceptual. A palavra ‘questão’ vê-se empregada em dois sentidos diversos na linguagem da lei. Ela serve, primeiro, para designar qualquer ponto duvidoso, de fato ou de direito, de que dependa o teor do pronunciamento judicial. Nessa acepção, dir-se-á com propriedade que a solução das ‘questões’ é o meio de que se vale o juiz para julgar: a ‘questão’ não constitui, em si, objeto de julgamento, mas, uma vez resolvida, insere-se entre os fundamentos da decisão, entre as razões de decidir. Assim, por exemplo, a questão consistente em saber se ocorreu ou não o fato constitutivo alegado pelo autor, ou o fato extintivo alegado pelo réu; a questão relativa à vigência ou à constitucionalidade da regra jurídica cuja incidência se afirma, etc. É com tal significado que o vocábulo ‘questão’ aparece no texto do art. 458, nº II, do atual Código de Processo Civil, onde se incluem, entre os ‘requisitos’ {rectius: elementos} ‘essenciais da sentença’, ‘os fundamentos, em que o juiz analise as questões de fato e de direito’”, assentando as premissas de que extraíra a conclusão.

Outras vezes, ‘questão’ é o próprio *thema decidendum*, ou ao menos cada uma das partes em que ele se fraciona. Se alguém, t.g., pleiteia a resolução da promessa de compra e venda e a reintegração do imóvel, dir-se-á, neste outro sentido, que o juiz deve julgar duas ‘questões’, a da resolução contratual e a possessória. Existe aí manifesta correspondência entre ‘questão’ e pedido: havendo mais de um pedido, ou — o que afinal é o mesmo — compondo-se o pedido de mais de um item, estarão subpostas à cognição judicial tantas questões quantos forem os pedidos, ou os itens do pedido. Semelhante acepção é a do art. 458, nº III, do vigente estatuto processual, onde se alude ao dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem, nada razoável seria, aliás, supor que a palavra ‘questões’ tivesse aí significação igual à que tem no inciso II. Com esta segunda acepção figura ela também no art. 471 do diploma em vigor, como já figurava no dispositivo correspondente (art. 289) do antigo¹⁶.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. *Temas de direito processual civil* (segunda série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, Item 5, pp. 243-244. No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, Item 1.5.3, p. 89.

Tal dubiedade gerada pelo legislador gerou críticas do próprio Barbosa Moreira, que afirma que no dispositivo da decisão judicial não se resolvem questões e, sim, se esclarece a procedência ou improcedência do pedido do autor¹⁷. O legislador do CPC de 2015 utiliza a expressão *questões* no seu art. 489, acrescentando o termo *principal*. Melhor seria se tivesse utilizado a expressão *pretensões*, pois, rigorosamente, é o que se resolve no dispositivo da sentença¹⁸.

As questões também são apontadas como objeto do contraditório por Elio Fazzalari, que aponta a ideia de discordância que essas pressupõem, podendo ser admissíveis, pertinentes ou úteis, além de outras funções que variam de acordo com a natureza da questão¹⁹.

A partir disso, percebe-se que a doutrina estabelece dois requisitos: a necessidade de ser proposta por uma parte e a controvérsia das partes. Heitor Sica, no entanto, aponta a necessidade de não se esquecer das matérias cognoscíveis de ofício, que possuem cunho processual, e algumas questões de natureza material, que são apreciáveis de ofício (prescrição, decadência, nulidades absolutas materiais, dentre outras)²⁰.

A doutrina mais contemporânea parece estar substituindo a ideia de controvérsia pela ideia de dúvida para definir a questão no direito processual. Elio Fazzalari afirma que a noção de dúvida é melhor, pois a questão

frequentemente não emerge no contraditório, porque é resolvida por aquele autor em sede de verificação prévia, e não é levantada por ninguém, nos casos em que, ao contrário, a *quaestio* é levantada, ela pode ser controvertida ou não: não o é se os participantes do processo concordam com/sobre a solução da dúvida; o é se a solução é disputada²¹.

Mais expressivo exemplo são os casos em que incide a revelia e o juiz se encontra em dúvida devido à prova produzida, posteriormente, pelo réu. Ou seja, existe, em sede doutrinária e jurisprudencial, o entendimento de que a revelia gera uma presunção relativa e que, por isso, pode ser afastada devido aos elementos dos autos. Somado a este fator, tem-se o direito do réu

¹⁷ Na mesma passagem, Barbosa Moreira também afirma que o legislador deveria ter colocado as matérias de ordem pública que são submetidas à cognição do juiz, independentemente de pedido na mesma passagem de lei, que no CPC/2015 também perdeu a oportunidade de corrigir (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Temas de direito processual civil* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 117-118).

¹⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. Comentários ao art. 489 do CPC. In: BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, Item 4, p. 434.

¹⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Op. cit., 2006, p. 125.

²⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 188.

²¹ Elio Fazzalari afirma ser “impróprio” o fato de a controvérsia ser parte do conceito de questão; no entanto, admite que a controvérsia frequentemente aparece no caso concreto (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Op. cit., 2006, p. 125).

de produzir provas caso, mais adiante, venha a comparecer no processo. Essa ocorrência advém do direito fundamental à ampla defesa e à prova (art. 5, LV, da CF), cujo entendimento gerou a Súmula 231, do Supremo Tribunal Federal (STF)^{22,23}.

Devido, portanto, a esses fatores, o réu pode produzir prova pericial que comprove a inexistência de proteção jurídica alegada pelo autor. Esta prova é suficiente para deixar o magistrado em estado de dúvida e, eventualmente, julgar improcedente o pedido do autor, afastando a revelia.

A partir desse entendimento, basta a dúvida para que o ponto se transforme em questão, não havendo necessidade da expressa discordância para a caracterização da questão²⁴. É claro que na maioria dos casos a questão se forma pela contrariedade expressa das partes; contudo, é forçoso reconhecer que, por vezes, a questão é formada pela simples produção probatória, como no exemplo apontado anteriormente.

Já o conceito de causa está relacionado ao conceito de demanda que, segundo Marcos Antônio Cavalcante, está relacionado à pretensão do autor contra o interesse de outrem. Ela é o marco inicial do processo, sendo responsável por abrigar o pedido e suas causas de pedir²⁵.

Relevante, também, é a expressão “causa decidida”, presente nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). É requisito de interposição dos recursos de estrito

²² “O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno.” (STF. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 231*. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/378/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 21 jan. 2021).

²³ Barbosa Moreira, já no início da vigência do Código de Processo Civil de 1973, criticava o tratamento rigoroso da revelia, mostrando a realidade social existente no Brasil. Neste caso, cabe o registro: “Assim, neste ponto, devo manifestar a minha discordância em relação ao tratamento dado à revelia. A revelia acarreta a consideração dos fatos alegados pelo autor como verdadeiros, salvo determinadas hipóteses em que o Código abre exceções à regra. Em consequência disso, coerentemente com as suas premissas, é forçoso reconhecer, o Código prevê também a antecipação do julgamento da lide, isto é, do mérito, para este momento, quando ocorrer à revelia. De modo que, embora não haja regra alguma que vincule o Juiz a julgar procedente o pedido, na maioria dos casos, sendo aceitos como verdadeiros fatos alegados pelo autor e encerrando-se, desde logo, o processo, sem que o réu tenha oportunidade mais tarde de intervir nele, dada a sua abreviação, pode-se prever, sem grande margem de erro, que o pedido acabará por ser julgado procedente quando houver revelia. Entretanto, convém sublinhar que o Código não leva forçosamente a essa conclusão; limita-se a dispor que, salvo as exceções expressas, os fatos alegados pelo autor se reputarão verdadeiros quando o réu permanecer revel e, mais adiante, contempla a antecipação do julgamento do mérito para esse momento subsequente às providências preliminares. Não é pelo fato de o réu permanecer revel que obrigatoriamente o pedido será julgado procedente, até porque, ainda que o Juiz aceite os fatos como verdadeiros, a conclusão proposta pelo autor poderá não estar juridicamente fundada, isto é, a norma aplicável poderá não ser aquela que ele indicou, ou a interpretação da norma poderá não ser aquela que ele sustentou na sua inicial. Assim, mesmo que os fatos sejam admitidos como verdadeiros, a conclusão jurídica poderá ser outra, é claro.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 4, n. 8, 1974, p. 148).

²⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no Processo Civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 165.

²⁵ CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais... Op. cit.*, 2019, Item 2.4.3, p. 172.

direito, como se verá de forma mais detalhada no próximo tópico, pois recursos especiais e extraordinários não reanalisam questões probatórias.

Neste sentido, “causa decidida” sugere que os tribunais superiores têm de se ater a descrição casuística presente no acórdão impugnado, não podendo utilizar outros meios como fonte de conhecimento do caso. A partir dos parâmetros anteriores é que o STJ e o STF aplicam o direito a espécie. Iremos detalhar melhor a cognição dos recursos estrito direito no próximo tópico

A demanda, entretanto, não se confunde com o direito de ação, pois este é o direito público subjetivo que o indivíduo possui de pedir tutela jurisdicional do Estado, a quem cabe o dever de analisar e produzir decisão a respeito, após as partes influírem sobre a sua decisão. Trata-se, portanto, de um direito de natureza constitucional que protege o indivíduo, ou seja, é um direito fundamental²⁶.

Da mesma forma, a demanda não se confunde com a petição inicial, que é um instrumento esmiuçado pelo art. 319 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC), cujos requisitos e documentos viabilizam a demanda judicial. A demanda também pode ser viabilizada pelo instrumento da Reclamação Trabalhista (art. 840 da CLT) que seria outro modelo legal de petição inicial, próprio da Justiça do Trabalho, no entanto, as normas da demanda permanecem.

1.2 A DISTINÇÃO ENTRE QUESTÃO DE DIREITO E QUESTÃO DE FATO

A distinção entre questão de *direito* e questão de *fato* é um problema metodológico da teoria do Direito, que possui muitos desdobramentos teóricos e práticos no direito processual civil. Neste tópico, aborda-se a razão dessa distinção não merecer permanecer no Direito, ao menos no aspecto da teoria da cognição judicial.

Para isso, a doutrina de António Castanheira Neves, ensinada em sua clássica tese intitulada “*Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*” tem sido útil e permanece atual até os dias de hoje. Alguns doutrinadores se utilizaram das contribuições de Castanheira Neves sobre o tema, a exemplo de Teresa Arruda Alvim, Júlio Cesar Goulart Lanes, Georges Abboud, e também fizeram crítica à distinção da questão entre fato e direito.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. *Doutrinas essenciais de Processo Civil* (versão eletrônica). São Paulo: RT, v. 2, 2011, Item 7.

O problema da distinção da questão de *fato* e questão de *direito* é algo que vem despertando inquietação na doutrina processual brasileira, justamente pela sua difícil apreensão, o que gera uma série de dúvidas, sempre o classificando como complexo²⁷.

Castanheira Neves afirma que o *fato* e o *direito* podem ser vistos sob três perspectivas possíveis. A primeira, menos relevante para os fins deste estudo, é a relação que o *direito* possui com outras áreas do conhecimento. O *fato*, neste caso, seria uma área estranha ou alienígena ao *direito*, e o *direito* seria a área do saber ou o conhecimento jurídico. Essa discriminação está relacionada a “algo que não seja intencional ou objetivamente direito, ou que seja relativamente a ele o *distinguo* não direito.” A questão de *direito* seria o ponto de vista jurídico propriamente dito, que obedece aos critérios próprios da área; a questão de *fato* seriam áreas que transcendem o ponto de vista jurídico, estando fora de seus critérios metodológicos próprios. O seu fundamento não está ancorado em critérios dogmático-jurídicos²⁸.

Não se pode menosprezar essa distinção, pois nela se estabelece a relação interdisciplinar do Direito com áreas não jurídicas. Segundo Castanheira Neves, é no interior dessa relação que surgem as análises sociológicas/jurídicas ou históricas/jurídicas, como “a mútua influência e a eficácia do direito relativamente à realidade histórica e social, como sobre as relações de pressuposição, conformação, resistência ou assimilação do direito com o seu ‘mundo’ histórico-cultural.” Seria, portanto, uma relação transnormativa do Direito com outra área do conhecimento²⁹. Recentemente, além das relações interdisciplinares citadas por Castanheira Neves, surgiu a relação do Direito com a Economia, do Direito com a Psicologia e suas múltiplas vertentes, cujas relações produzem resultados bem proveitosos para ambas as áreas do conhecimento.

²⁷ Barbosa Moreira já afirmava a sua difícil delimitação: “permitem, pois, o recurso extraordinário e o recurso especial tão somente a revisão *in iure*, ou seja, a reapreciação de questões de direito enfrentadas pelo órgão *a quo*. A singeleza dessa afirmação, vale ressaltar, não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que à primeira vista se afigura: a própria distinção entre questões de fato e questões de direito nem sempre é muito fácil de traçar com perfeita nitidez.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, Item 324, p. 598). Neste sentido, também expressa José Roberto dos Santos Bedaque: “é extremamente complexa a exata configuração da causa de pedir, visto que é difícil a separação entre matéria fática e jurídica.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002, Item 1.4, pp. 32-33).

²⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma posição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 41. As considerações também foram publicadas em texto separado, em livro mais recente: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra ed., v. 1, 1995. Esta é uma transcrição das considerações iniciais da tese supracitada, com poucas modificações feitas no texto.

²⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito... Op. cit.*, 1967, p. 42.

A segunda posição seria uma distinção jurídica proposta pelo próprio Direito e que ocorreria em seu respectivo seio. Vale observar que nessa distinção não se está objetivando uma interdisciplinaridade proposta na distinção anterior.

Neste caso, a distinção de *fato* e *direito* decorre da evolução doutrinária que objetiva fazer uma distinção conceitual de ambas as questões, a fim de tratar especificamente de certos institutos. Essa intenção é chamada por Castanheira Neves de “teológico-normativa”, e denota uma intenção pura e jurídica, reservada a certos institutos jurídicos. Neste caso, existe a necessidade prática de separar *fato* de *direito* para que a metodologia de certos campos jurídicos seja preservada. É o caso do recurso de estrito direito, que não permite a análise de questões de *fato* ou, mais especificadamente, de questões que exijam a valoração da prova. Essas distinções são delimitadas pela lei, conforme será visto mais adiante

A forma, porém, de se distinguir o *fato* do *direito* no tratamento de institutos jurídicos, não exclui a possibilidade de ambos serem conceitos jurídicos e, por certo, são questões de direito com o mesmo plano metodológico integrado em normas jurídicas³⁰.

Conceitos como “coisa”, “prestação”, “dolo” e “fato delituoso” possuem inerente um “substrato metajurídico assimilado, [...] como elementos que são de um positivismo pensamento normativo, um sentido e um conteúdo especificamente jurídicos”³¹. Mais adiante Castanheira Neves afirma

são pois, nesta perspectiva, conceitos cujos conteúdos significados e objetivo-intencional – p.e., aqueles que respectivamente lhe correspondem nos problemas do erro, do recurso de revista e da competência do tribunal colectivo – tem o seu fundamento e critérios decisivos nas directas intenções normativas do direito positivo, e unicamente nelas. São conceitos determinados *juridicamente*, no seio do direito e *pelo direito*. (grifos do autor)³².

Para delimitar essa perspectiva de distinção, Castanheira Neves dá três exemplos claros, à luz do Sistema Jurídico Processual português dos anos 1960: o recurso de revista, que pela função institucional de obter a unidade do direito e a uniformidade da sua interpretação pela jurisprudência, faz com que seja necessário estabelecer essa distinção entre questão de *direito* e questão de *fato*, só permitindo o conhecimento de questões inseridas na decisão do tribunal a

³⁰ *Id.*, *ibid.*, pp. 25-26. No mesmo sentido, tem-se: ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019, Item 14.1, pp. 364-365; CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais...* *Op. cit.*, 2019, Item 1.1.3, p. 55.

³¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito...* *Op. cit.*, 1967, p. 26.

³² *Id.*, *ibid.*, pp. 26-27.

quo, não sendo possível alterá-las no seu aspecto probatório. No Sistema Jurídico brasileiro este exemplo teria equivalência aos Recursos Extraordinário e Especial, que possuem mesma função e limitações cognitivas, embora se saiba que o Recurso Extraordinário em Portugal tenha algumas diferenças³³.

Outro exemplo é o erro de *fato* e erro de *direito* que havia na legislação criminal portuguesa: o primeiro seria o erro em relação à prova e o segundo seria em relação à avaliação jurídica da norma. Neste caso, Castanheira Neves sugere a superação da distinção que havia no direito processual penal português, pois o que se dizia erro de *fato*, era uma análise probatória que pressupunha um tipo penal jurídico inerente e que, portanto, não haveria que se falar em puro fato. O problema não está em haver esses dois tipos de erros que o magistrado tem de resolver; a problemática está relacionada a pensar que não existe uma camada jurídica pressuposta quando se está discutindo erro de *fato* e vice e versa. Assim, o autor indaga se é conveniente manter essa distinção que, metodologicamente, estaria defasada em termos de teoria do Direito.

E, por último, tem-se a competência do Tribunal Coletivo que sucede a função do júri no Direito português da época. Nessa hipótese, a distinção de questão de *fato* e de questão de *direito* não está relacionada à distinção conceitual do Direito e, sim, a uma função jurídico-processual de estabelecer a competência do Tribunal Coletivo³⁴.

Os Tribunais Coletivos do Direito português não têm a ver com o processo coletivo – competência penal prevista no art. 446, § único, do Código de Processo Penal português de 1929 (revogado) – que delimita um colegiado de três juízes para o julgamento de determinadas causas criminais. Este órgão faz o trabalho idêntico ao do juiz de primeira instância³⁵.

³³ Em Portugal, o Recurso Extraordinário não adia a coisa julgada, tampouco acarreta preclusão. Essas características são comuns nos recursos de cassação de origem francesa, onde também não ocorre o fenômeno do novo julgamento da causa pela Suprema Corte (DANTAS, Bruno. *Repercussão geral* – perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado questões processuais. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, Item 1.3, p. 28). Esse recurso também não objetiva impugnar a coisa julgada, já que ela não é formada. Nesse sentido: “o direito brasileiro vigente não acolheu a dicotomia *recurso ordinário* – *recurso extraordinário* para classificar os remédios dirigidos contra decisões sem ou com a autoridade da coisa julgada”, com amplas referências bibliográficas (NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, Item 3.2.3, pp. 219-224).

³⁴ Os exemplos estão presentes na ampla nota de rodapé n. 15, de essencial importância para entender a distinção apontada por Castanheira Neves, com comentários muito bem fundamentados em termos de instituições processuais. O que se fez foi uma breve explicação dos exemplos, que Castanheira Neves usa para explicar a distinção de questão de *fato* e questão de *direito* no seio do direito (CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito...* *Op. cit.*, 1967, pp. 25-40).

³⁵ O dispositivo citado por Castanheira Neves refere-se à legislação de 1929, revogada pelo CPP posterior. Na redação contemporânea da obra, o art. 446, § único, expressa: “os tribunais e o juiz ou tribunal coletivo, na decisão a proferir matéria de facto, poderão tomar em consideração os factos que resultem na discussão da causa, embora não tenham sido alegados pela acusação nem pela defesa, desde que tenham o efeito de dirimir a responsabilidade e diminuir a pena” (sic); e o art. 38: “os tribunais colectivos das comarcas julgam de facto, definitivamente, e de direito, com recurso para a relação, as infrações a que corresponda processo de querela e que por lei não forem excetuadas da sua competência” (sic).

Arruda Alvim e Dantas afirmam que nessa categoria de distinção, a questão de *fato* e de *direito* deve ser analisada sob o aspecto da preponderância da questão de *direito* ou a preponderância da questão de *fato*. Ou seja, em que pese tal distinção para fins desses institutos, o fenômeno jurídico discutido dentro do processo nunca é puramente de *direito* ou de *fato*. Nesse sentido, existe um constante movimento pendular que transita entre o *fato* e o *direito*³⁶, não sendo possível separá-los em bolhas diferentes e isoladas. Por isso, há necessidade de analisar o aspecto da preponderância nesses institutos.

Fernanda Costa Vogt, à semelhança de Arruda Alvim e Dantas, afirma que cognição do *fato* e do *direito* estão em uma relação de espiral, sendo que o *fato* vai ao *direito* e o *direito* vai ao *fato*, em uma espécie de simbiose que se produz, no caso concreto, sob a cognição do juiz³⁷.

A separação das questões de *fato* e de *direito*, ainda que para fins de cabimento de Recurso Especial e Extraordinário, ou para admissibilidade de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), deve ser vista apenas como solução objetiva-normativa para resolução de determinados problemas jurídicos processuais. Esta distinção não exclui o fato de que ambas as questões são cooriginárias. Neste sentido, afirma Georges Abboud: “sendo assim, a distinção entre questão de fato e questão de direito não deve mais ser vista como a possibilidade de existirem e totalmente independentes uma questão de fato ou uma questão de direito, portanto, elas coexistem de forma recíproca na solução de um caso concreto. Ela são cooriginárias”³⁸.

Arruda Alvim e Dantas sugerem que ambos os momentos de análise probatória e delimitação do alcance normativo de determinada norma, devem ser considerados questões de direito. Ou seja, as dúvidas quanto à forma como os fatos jurídicos tenham ocorrido, ou quanto à qualificação jurídica do fato (sem ter dúvidas em relação a questões probatórias) devem ser

³⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário... Op. cit.*, 2019, Item 14.1, pp. 361-362. Endossando a posição de Teresa Arruda Alvim: ABBOUD, Georges. *Processo constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 220; CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais... Op. cit.*, 2019, Item 1.1.3, p. 55; TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 3. ed. Salvador: Juspodvím, 2019, Item 3.2.1, p. 72; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção da resposta no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, Item 3.2.1, p. 149. Crítica da professora Teresa Arruda Alvim, originalmente formulada em artigo no final dos anos 1990: ARRUDA ALVIM, Teresa. Distinção de questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de Recurso Especial. *Revista de Processo (versão eletrônica)*, v. 92, 1998.

³⁷ VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: Juspodvím, 2020, Item 3.1, p. 101.

³⁸ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional*. *Op. cit.*, 2018, p. 220.

consideradas questões jurídicas³⁹. Questões preponderantes de *fato* e preponderantes de *direito* devem ser consideradas espécies do gênero questões jurídicas⁴⁰.

Para fins de cabimento de Recurso Extraordinário e Especial, somente as segundas podem ser analisadas em termos de recurso de estrito direito. As questões analisadas, no âmbito probatório, são questões jurídicas, no entanto, existe uma limitação cognitiva nos recursos de estrito direito que não permite a reavaliação da narrativa sustentada do juízo *a quo*, ou seja, não é possível o exame dos autos e das provas. Existe um critério técnico-processual que pressupõe que as questões referentes “a fatos” estejam resolvidas para que o magistrado das Cortes Superiores possam exercer seu papel⁴¹. O que ao julgador do recurso de estrito direito está vedado é alterar a narrativa criada pelo órgão judicial inferior, ou seja, o modo como o julgador *a quo* interpretou as provas produzidas em primeira instância⁴².

Dentro dessa distinção, existe um subgrupo que Castanheira Neves relaciona com certos institutos jurídicos, como a “sociedade de fato”, “herdeiro de fato” e “estado matrimonial de fato”. Essas situações estariam à margem do direito positivo, aquele previsto diretamente pelo legislador. Segundo o autor, este subgrupo possui um estatuto normativo próprio, ou seja, adquire relevância para o Direito (em razão do costume ou de interpretações *contra legem*). No direito processual brasileiro existem exemplos históricos semelhantes, como o mandado de segurança contra ato judicial, a exceção de pré-executividade e as finadas cautelares de natureza satisfativa. Apesar da adjetivação desses institutos como sendo “de fato”, é inegável que existe uma juridicidade implícita nesses institutos, visto que alteram o mundo jurídico, não obstante estarem à margem do direito formal positivado⁴³.

Por último, cabe mencionar o sentido mais importante que, para Castanheira Neves, é relevante à problemática normativa do Direito ou distinção metodológica. Neste caso, os *fatos*

³⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário...* Op. cit., 2019, Item 14.1, pp. 364-365.

⁴⁰ CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais...* Op. cit., 2019, Item 1.1.3, p. 55.

⁴¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário...* Op. cit., 2019, Item 14.1, pp. 365 e 368; CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais...* Op. cit., 2019, Item 1.1.3, pp. 55-56.

⁴² “Impende registrar que em geral se considera de direito a questão relativa à qualificação jurídica do(s) fato(s), de modo que o tribunal *ad quem*, embora não lhe seja lícito repelir como inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que o fizera o órgão *a quo*, em ordem a extrair deles consequências jurídicas também diferentes.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit., 2013, Item 324, pp. 598-599).

⁴³ “Ou, de outra forma, trata-se de situações e de relações que levam pressuposta uma prévia assimilação e determinação normativa em que elas se nos oferecem já juridicamente objectivadas. Ainda aqui, portanto, distinções entre objectivações ou conteúdos jurídicos, fundados e pensados apenas enquanto instrumento conceituais ou de análise, ou de objectivação e realização de particulares intenções normativas.” (*sic*) (CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito...* Op. cit., 1967, pp. 25-42).

possuem uma intenção normativa para o direito que os constitui, pois são descritos pelos textos normativos em *sub specie juris* que integram a validade ao dito *direito*. O *direito*, neste sentido, não pode prescindir do *fato* e o *fato* do *direito*, pois um pressupõe o outro⁴⁴.

Julio Cezar Goulart Lanes, em monografia cujo tema se aproxima deste assunto, também reconhece o entrelaçamento das questões de *fato* e de *direito*. Quando existe um ponto de direito, logicamente este está partindo de um ponto de *fato*, sendo também verdadeiro o inverso. O *direito* sem o *fato* não é relevante para o processo, pois não haveria sentido promover discussões sem a união desses dois elementos⁴⁵. Excetuadas, por óbvio, as ações de controle concentrado que, nestes casos, buscam a tutela da ordem jurídica constitucional mediante avaliação de compatibilidade de uma norma jurídica abstrata com a Constituição, pode-se afirmar que este é um processo de natureza objetiva⁴⁶.

Embora as partes formulem suas petições em forma de subsunção, tendo um tópico *dos fatos* e outro *do direito*, a solução do caso jurídico em concreto se resolve mediante a união dos dois elementos. O direito concreto transcende a união dos componentes, “ao ser ele o resultado e a síntese-solução de ambas.” No caso concreto, quando o magistrado resolve as dúvidas suscitadas nas peças processuais, a distinção das questões de *fato* e de *direito* perde o sentido, pois elas adquirem aspecto de sinônimo e equivalência. Castanheira Neves chega a afirmar que as questões teriam certa “fungibilidade”⁴⁷.

Arruda Alvim e Dantas, ao adotarem entendimento semelhante, afirmam que, rigorosamente, no plano ontológico tal distinção é impossível, pois o fenômeno do direito “ocorre, efetivamente, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico”. No que tange ao “ser” das questões, é impossível haver distinção clara entre *fato* e *direito*^{48,49}.

⁴⁴ “Por outro lado, sendo os factos de um problema concreto de direito o objeto intencional da respectiva questão-de-facto, e, por esta determinados, não é menos certo que também eles não têm sentido sem referência à questão-de-direito, pois uma *quaestio facti* é necessariamente a *quaestio facti* de uma certa *quaestio juris*.” (sic) (*Id.*, *ibid.*, pp. 42-43).

⁴⁵ “É como já se insistiu: o fato sem o direito, no processo, nada diz. Do mesmo modo, o direito é sempre interpretado e aplicado tendo-se em apreço um qualquer aspecto fático, sob pena de absoluta inutilidade, para que, indiscutivelmente, não tem vocação o processo.” (LANES, Julio Cesar Goulart. *O fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, Item 3.3.1, p. 139). No mesmo sentido expressa Georges Abboud: “vale dizer, puro fato e puro direito não são encontrados na vida jurídica. Sempre que o jurista pensa o fato, já o visualiza como matéria do direito, e quando pensa o direito, visualiza-o como forma destinada ao fato.” (ABBOUD, Georges. *Processo constitucional*. *Op. cit.*, 2018, Item 1.13.3.3 pp. 218-219).

⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. *Op. cit.*, 2017, Item 2.2, p. 57.

⁴⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito...* *Op. cit.*, 1967, pp. 44-45.

⁴⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário...* *Op. cit.*, 2019, Item 14.1, pp. 360-361.

⁴⁹ Esse entendimento já foi adotado em trabalho defendido anteriormente: DIAS, Jean Carlos; PERES CORRÊA, Leonardo. O conceito de *ratio decidendi* – Uma abordagem a partir das contribuições de Arthur Goodhart. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 104, out./dez. 2018, p. 203 a 210.

Castanheira Neves até admite a possibilidade de classificar uma questão como *de fato* (usualmente relacionada à prova), desde que não se esqueça que a sua índole problemática é jurídica⁵⁰. É certo que a finalidade da prova não é atestar simplesmente um fato, mas, sim, comprovar a juridicidade do problema posto em juízo.

Isso ocorre porque a distinção deve ser vista tão somente sob aspecto dogmático, no plano da teoria do Direito. Esta distinção remonta a um positivismo clássico (legalista) que resolvia suas questões mediante simples subsunção. O que existe, nos dizeres de Georges Abboud, é mútua influência entre as questões de *direito* e *fato*, pois o *fato* só tem sentido quando utilizado para aplicar o *direito*. Por isso, a ideia de pureza de questões deve ser abandonada pelo aplicador do Direito.

O direito sempre se manifesta em casos concretos, uma vez que não existe manifestação puramente fática ou jurídica. Ele funciona a partir da realidade e dos problemas que surgem, pois dão sentido ao seu propósito regulador⁵¹.

O positivismo legalista e a ascensão do processo como ramo autônomo do Direito tiveram seu apogeu em épocas bem semelhantes, no final do século XIX e início do XX. Por isso, parte da doutrina processual ainda está presa a conceitos, como subsunção e silogismo judicial, que não deveriam mais ser utilizados.

A título de exemplo, cita-se James Goldschmidt, que afirmava expressamente que a decisão judicial era um silogismo, demonstrando, inclusive, casos com premissa maior, menor e conclusão em sua ilustre obra sobre Processo Civil⁵². Vê-se, neste exemplo, que nos seus estágios iniciais, o fenômeno do positivismo jurídico e o processo civil eram correlatos.

Outro interessante exemplo é o de Piero Calamandrei que, no início de sua carreira acadêmica, defendia que a decisão judicial era basicamente um silogismo implícito ou inconsciente. O autor via a sentença como ato lógico, que manifestava a vontade da lei, possuindo premissa maior, menor e conclusão, ocorrendo autêntica dedução, relacionando a jurisdição à subsunção defendida na época⁵³.

⁵⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito...* Op. cit., 1967, p. 51.

⁵¹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional*. Op. cit., 2018, Item 1.13.3.3, p. 219.

⁵² Os exemplo estão presentes em: GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2003, pp. 14-15.

⁵³ Conforme aponta Calamandrei de forma clara: “*In qualunque modo si definisca la sentenza, e si risolva la questione se essa sia atto di intelligenza o di volontà, non si potrà mai negare che in essa è contenuto un giudizio logico, il quale, come ogni giudizio anche il più elementare ed il più semplice, dev'essere il risultato di un sillogismo, esplicito o inconsciente. Ma la sentenza si distingue da tutti gli altri giudizi in quanto il giudizio in cui essa consiste ha contenuto giuridico, cioè afferma la esistenza o la inesistenza di una volontà di legge (ossia di un diritto soggettivo) a favore del singolo; ora se un simile giudizio si considera come la conseguenza di un sillogismo, bisogna, per ragione di logica, ammettere che uno dei termini di questo sillogismo deve consistere nella nozione di tutti i casi in generale contemplati dalla volontà di legge affermata o negata nella conclusione, e*

Já na sua velhice, em uma das obras do final de sua vida, Calamandrei supera a posição anterior, afirmando estar enganado quanto à questão do silogismo. Chega a comparar o silogismo judicial a uma múmia ou um cadáver que não refletiria o direito. Vale a transcrição: “a verdade é que o juiz não é um mecanismo, não é uma máquina calculadora.” E acrescenta:

[...] em suma, o sistema da legalidade e, em geral, a teoria normativa do direito, é um esquema didático, útil para os juízes; mas esta composição lógica da sentença se assemelha às análises dos químicos, que, mesmo quando conseguiram individualizar todas as substâncias elementares que compõem um organismo vivo, não foram bem sucedidos, no entanto, em enclausurar em uma fórmula aquela centelha que, pela misteriosa combinação desses elementos, resultou na vida.

[...] quem pensa no peso das dores humanas que são confiadas à consciência dos juízes, se pergunta como eles, com tão terrível tarefa, conseguem dormir à noite sonos tranquilos. Ainda, o sistema da legalidade, a entendê-lo de forma demasiadamente escolástica, com a engenhosa mecânica do silogismo judicial, parece feito propositalmente para tolher do juiz o sentido da sua terrível responsabilidade, e para ajudá-los a dormir sem pesadelos⁵⁴.

A ideia de que o silogismo judicial não seria um mecanismo adequado de decisão para resolução do caso concreto sob juízo já era percebida pelo clássico autor do Processo Civil, Piero Calamandrei. A função criativa do juiz, ao interpretar o direito no caso sob discussão, já era notada, visto que a ideia de prendê-lo em um sistema em que a vontade da lei é predeterminada, era apenas uma farsa criada para manter os juízes isentos da responsabilidade de escolher o destino de seus jurisdicionados.

Havia a pressuposição de que a lei seria capaz de abarcar toda a complexidade do mundo empírico. A ideia era de uma previsibilidade absoluta dada pela lei, com o intuito de gerar

l'altro nella nozione del verificarsi o del non verificarsi nella specie concreta di un caso che rientri tra quelli preveduti da tale volontà di legge; ecco dunque che lo speciale carattere che distingue il sillogismo, da cui la sentenza deriva, da tutti gli altri sillogismi (i quali hanno, al par di esso, una premessa maggiore, che è l'affermazione di una regola relativa ad una generalità di casi, ed una premessa minore, che è l'affermazione che il caso concreto è compreso in questa generalità) consiste tutto in un particolare requisito della premessa maggiore, la quale ha qui il carattere di una norma di legge. Così nella mente del giudice, colla affermazione della esistenza di una norma di legge generale, propositio major, coll'affermazione che il caso concreto rientra o non rientra tra quelli contemplati dalla norma, propositio minor, e colla deduzione del verificarsi in concreto dell'effetto giuridico posto in astratto dalla norma, conclusione, — è compiuto il cosiddetto sillogismo giudiziale al quale viene schematicamente ridotta dai trattatisti l'attività mentale del giudice, e che anzi da alcuno viene considerato come espressione peculiare della funzione giurisdizionale, vincolata sempre dal rigore logico di questo giudizio, in confronto alla funzione amministrativa, che può estrinsecarsi secondo la libera volontà” (CALAMANDREI, Piero. La genesi logica della sentenza civile. *Opere giuridiche*. Roma: Roma TER-Press, v. 1, 2019, pp. 13-14).

⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. Justiça e política: legalidade e sentimento. *Processo e Democracia*. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, pp. 46-47 e 49.

segurança jurídica, tendo o silogismo como base desse sistema, onde o juiz não seria considerado capaz de interpretar o direito.

Com o passar do tempo notou-se que a atividade interpretativa do juiz não pode ser evitada, podendo, então, estabelecer limites. Constatou-se, também, que o juiz decide conforme os elementos jurídicos do sistema, que são: lei, doutrina, jurisprudência, cláusulas gerais, princípios, dentre outros. A atividade criativa do juiz ocorre quando ele harmoniza esses elementos com o caso concreto⁵⁵. A jurisprudência e a doutrina, inclusive, concorrem com a criação de *standards* jurídicos, ou seja, auxílio na interpretação da lei, especialmente nos seus aspectos técnicos, jurídicos e normas com limites frouxos (cláusulas gerais, conceitos indeterminados, etc.). Geram, assim, uniformização do entendimento de determinadas leis⁵⁶.

O jurista, em geral, tende a se isolar em torres a alguns metros do céu, como os magos da clássica literatura europeia, acreditando que as soluções de sua mente são capazes de abarcar a complexidade do mundo. Essas soluções, contudo, na maioria dos casos, são feitas sem a referência do concreto e de seus problemas⁵⁷. Promovem mudanças, criando fórmulas abstratas e genéricas (como o silogismo) que teriam o condão de solucionar todos os problemas, como feitiços lançados de suas torres. Na prática, essas fórmulas possuem altas doses de artificialidade, não atendendo às necessidades do jurisdicionado.

Com isso, está se dizendo que os clássicos do processo civil (Chiovenda, Carnelutti, Goldschmidt, dentre outros) devem ser abandonados? De forma alguma, pois são fonte de conceitos essenciais à formação de processualistas e da boa doutrina nacional. Esses autores são as bases que constituíram o processo civil de hoje; todavia, é necessário interpretá-los de acordo com o contexto jurídico da época em que viveram. Sua leitura ainda é, entretanto, essencial para o jurista que queira se aprofundar nos estudos do direito processual civil. Esta constatação é percebida pelo próprio Calamandrei, que é um clássico, e já notava, no final da sua vida, a necessidade de superar o mecanismo clássico de subsunção.

A partir desses pressupostos, reafirma-se a tese da impossibilidade da distinção no seu aspecto metodológico,

⁵⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. Cargas normativas das decisões do juiz e suas consequências inexoráveis. *Revista dos Tribunais*, nº 1000, fev. 2019, pp. 471-472.

⁵⁶ Conforme aponta Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “Na verdade, a doutrina, como a jurisprudência, aliás com um grau de objetividade maior, pode ser responsável pelo aparecimento de *standards* jurídicos, fórmulas interpretativas gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e ambíguos, como *mulher honesta, justa causa, trabalho noturno, ruído excessivo*, etc.” (FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 247).

⁵⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa. Ampliar a colegialidade: valeu a pena. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; NERY JÚNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, v. 13, 2017, Item 2, p. 527.

ou melhor, a tese da impossibilidade de uma válida solução do problema – de acordo, certamente com o que aí entende ser sua solução válida. Pois geralmente se reconhece que a distinção absoluta, ou logicamente pura, entre ‘o direito’ e ‘o facto’ não é realizável, dado que se, por um lado, ‘os factos relevante’ são já em si seleccionados e determinados em função da norma aplicável, em função de uma perspectiva jurídica, a norma aplicável (o direito), por outro lado, não pode deixar de ser seleccionada e determinada em função da estrutura concreta do caso a decidir⁵⁸.

Por isso, não existe na vida jurídica a noção de puro *fato* e puro *direito*. A solidariedade e indivisibilidade são características que marcam o pensamento de Castanheira Neves, para quem todo fato seria um fato jurídico objetivado pelo direito. O jurista, quando pensa em matéria de fato, em verdade está pensando na *sub specie juris*, e quando pensa em matéria de direito, está implícito um contexto fático de aplicação. A partir disso, é possível atestar um “círculo lógico” que está em constante movimento entre as questões⁵⁹. O aplicador do direito seleciona os fatos que possuem relevância nesse âmbito, pois não teria sentido afirmar fatos irrelevantes para o Sistema Jurídico. A distinção seria um falso problema, pois existem diversas questões jurídicas com autonomia entre elas⁶⁰.

Mesmo quando o réu, em sua defesa, descaracteriza a narrativa do autor mediante uma contraprova, o faz na intenção de atrair a aplicação do julgamento por ônus da prova (art. 373, do CPC), que é uma espécie jurídica do Sistema. Sempre, portanto, que o jurista busca o direito ao estar falando de fatos, não há dissociação.

Ficam delimitados, portanto, os três sentidos expressos por Castanheira Neves: “a primeira é jurídica; a segunda é a atitude transnormativa da posição absoluta do direito; a terceira é momento metodológico essencial da própria afirmação e compreensão da normativa jurídica, da sua normativa juridicidade”⁶¹.

Essa classificação será utilizada para discutir alguns institutos processuais que possuem correlação com o tema *cognição judicial*, em busca de contribuições necessárias ao estudo do processo de cognição. Nesse rumo, foram selecionados três institutos exemplificativos que possuem relevância a título de teoria da cognição judicial.

⁵⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito... Op. cit.*, 1967, p. 55.

⁵⁹ Teresa Arruda Alvim chama este círculo lógico de relação pendular, onde se alteram constantemente o direito e o fato (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário... Op. cit.*, 2019, Item 14.1, p. 361).

⁶⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito... Op. cit.*, 1967, pp. 55-57.

⁶¹ *Id.*, *ibid.*, p. 43.

1.3 DEMANDA, PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO, CONGRUÊNCIA, CORRELAÇÃO, ADSTRIÇÃO

A norma referente à demanda ou ao princípio do dispositivo ou da correlação é um dos temas sobre os quais a doutrina nacional mais tende a divergir. A começar pela sua identificação, nota-se uma variedade de nomes para o mesmo fenômeno jurídico. Justifica-se essa promiscuidade conceitual com a multiplicidade de fontes de influência do direito comparado sofridas pela tradição jurídica, o que, por vezes, causa confusões práticas na hora de sua aplicação.

Preliminarmente, é importante esclarecer que a tentativa de se criar modelos processuais “puros”, que se contrapõem, no mais das vezes, não consegue refletir a realidade em que o direito se apresenta. Esse é caso dos chamados sistemas adversarial/liberal *versus* inquisitorial/autoritário que, geralmente, são criados pela doutrina para representar um tipo “ideal” de processo. Isso, porém, “À evidência, jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual ‘quimicamente puro’: todos combinam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos”⁶². Na prática, porém, não se observa um processo com a pureza desses sistemas, mas sim, sistemas que têm características de ambos, conforme a política legislativa que o país decide adotar⁶³.

Outro problema é a questão do vocábulo “inquisitorial”, que remete à ideia dos Tribunais da Santa Inquisição, em que não havia direito de defesa. Esse vocábulo é um artifício retórico para acusar os processos com a maior presença de juízes autoritários, quando na realidade do direito comparado se percebe que não há relação entre a maior presença do juiz na instrução e o autoritarismo. Da mesma forma, o vocábulo *processo liberal* é enganoso, pois não demonstra à qual teoria liberal está se referindo esse processo (se é liberalismo igualitário, libertário, social liberalismo, liberalismo clássico, liberalismo utilitário). Nota-se, assim, a artificialidade da criação desses sistemas, que não refletem a realidade⁶⁴.

Tradicionalmente, na Itália, se fundamenta a demanda na ideia da disponibilidade do direito material com a possibilidade de transacionar, a qualquer momento, o direito subjetivo

⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual civil* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43.

⁶³ Para um exame acurado da existência de pluralidade de disciplinas legais nos sistemas adversarial e inquisitivo, tem-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Neoprivatismo no processo civil. *Temas de direito processual civil* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 88-93; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, Item 3.2, pp. 82-94.

⁶⁴ TARUFFO, Michelle. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa. *Processo Civil Comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 58-59.

discutido em juízo. Essa ideia vincula-se à questão da inércia da jurisdição e à essência do direito privado debatido⁶⁵.

A doutrina nacional costuma rejeitar este caso com fundamento na demanda, pois no sistema brasileiro a jurisdição é *una*, e tutela tanto direito privado como público, logo, tem-se direitos de impossível transação sob a jurisdição civil. Diferentemente do que ocorre na Itália, em que o sistema jurisdicional é dual, e o direito processual civil só tutela o direito privado que, via de regra, é disponível.

O segundo aspecto que a doutrina italiana costuma associar ao princípio da demanda é a imparcialidade. A demanda teria o objetivo de deixar o juiz em uma posição imparcial e não envolvido de forma íntima com o processo e, ao mesmo tempo, separar a função de postular e julgar, que são atividades essenciais mas bem diversas em termos processuais. Essa separação, segundo Proto Pisani, deixaria o juiz em um estado de alerta psicológico, de modo a não favorecer indevidamente uma das partes⁶⁶.

A condição de imparcialidade é requisito de legitimidade da jurisdição, sendo essencial à função judicial⁶⁷. A imparcialidade possui dois sentidos: a ideia de um Judiciário independente de influências institucionais do Poder Executivo e Legislativo e, também, a determinação de o juiz julgar apenas as causas com base em critérios jurídicos, e não relacionadas à sua vida particular ou com aspectos discriminadores. Essas bases permitem que o juiz exerça a sua função jurisdicional de maneira plena, sempre fundamentando a sua decisão⁶⁸. O juiz deve ser estranho à lide, devendo demonstrar equidistância e imparcialidade durante todo o caminhar processual⁶⁹. Por isso, não deve dar início ao processo pois, provavelmente, isso o levaria a tomar partido de uma das partes.

⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 588; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Candido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, v. 1, n. 71, 2005, p. 195.

⁶⁶ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civili*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2014, pp. 180-181. Com o mesmo entendimento: “*in questa idea della interposizione tra le parti di un terzo estraneo al conflitto, che possa decidere imparzialmente, è il germe di tutti gli istituti giudiziari.*” (CALAMANDREI, Piero. *Instituzione di diritto processuale civile*. In: *Opere Giuridiche*. Roma: Roma TER-Press, v. 5, 2019, p. 107); LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Op. cit., 2005, p. 195; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão de trabalho” entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo (versão eletrônica)*, v. 41, Jan./Mar. 1986.

⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito processual civil* (sétima série). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19.

⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, Item 16.1, pp. 168-169.

⁶⁹ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio do dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, Item 1.3, pp. 96-97, com uma importante nota da autora: “o autor refuta a objeção de que a imparcialidade não está relacionada com a técnica do processo: ela deve estar presente em todos os momentos.”

Importante esclarecer que imparcialidade não se confunde com neutralidade. Não é possível pensar que o juiz seja neutro e sempre será indiferente aos acontecimentos referidos no processo. O juiz zeloso é aquele que procura dar um desfecho justo ou certo ao processo, ou seja, dar a vitória àquele que apresenta o melhor direito. O juiz imparcial é aquele que conduz o “processo sem inclinar a balança”, dando oportunidades às partes de produzir provas e sustentar as suas razões⁷⁰.

O magistrado, inevitavelmente, sofre influências e influxos de valores políticos, culturais, religiosos e éticos adquiridos durante a vida e que o constituíram como pessoa. Pedir ao juiz que seja neutro é a mesma coisa que pedir que ele não seja humano, o que é impossível⁷¹.

Acredita-se que o princípio da demanda está relacionado à imparcialidade, pois separa a função de demandar e de julgar e, ao mesmo tempo, cria meios para que o jurisdicionado retire o juiz de seu estado de inércia. Não é possível, portanto, pensar em inércia da jurisdição sem pensar no princípio da demanda.

A Alemanha costuma dividir o princípio da demanda em duas faces, à semelhança da Itália. Tem-se, assim, a expressão “*Dispositionsmaxime*”, relacionada à subordinação da atividade do juiz à iniciativa das partes, e a “*Verhandlungsmaxime*”, que mostra que a matéria de fato é introduzida pelas partes, a quem cabe verificá-las⁷². A partir disso, constata-se a adoção da sistemática da demanda, em que a parte tem liberdade de acionar o Judiciário e de apontar os contornos do caso concreto ao qual se dedica⁷³.

Logo, o sistema alemão, à semelhança do italiano, também exige que a parte delimite o âmbito da tutela jurisdicional, demonstrando, por meio de petições, a sua amplitude e conteúdo, cientes de que se não há demandante, conseqüentemente não há jurisdição (condição de existência)⁷⁴. As partes, portanto, devem autodeterminar seus direitos, sendo a função dos tribunais de conceder o que foi pedido a elas, não podendo ser algo diverso do que foi pedido⁷⁵.

⁷⁰ E complementa: “Em semelhante perspectiva, não parece correto afirmar, *sic et simpliciter*, que para o juiz ‘tanto faz’ que vença o autor ou que vença o réu. A afirmação só se afigura verdadeira enquanto signifique que ao órgão judicial não é lícito preferir a vitória do autor ou a do réu, e menos que tudo atuar de modo a favorecê-la, por motivos relacionados com traços e circunstâncias pessoais de um ou de outro: porque o autor é X, simpático, ou porque o réu é Y, antipático, ou vice-versa.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Op. cit.*, 2001, pp. 29-30).

⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. *Op. cit.*, 2016, Item 16.1, pp. 168-169.

⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão de trabalho”... *Op. cit.*, 1986.

⁷³ BENEDUZI, Renato. *Introdução ao Processo Civil alemão*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018, p. 76.

⁷⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. *Op. cit.*, 2003, p. 82.

⁷⁵ JAUERING, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, § 24, pp. 131-133.

O Direito brasileiro adota, como quase todo país democrático no mundo, o chamado “princípio da demanda”. É o que se extrai do art. 121, do CPC: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a *cujo respeito à lei exige iniciativa da parte*” (grifamos). Interessante apontar a parte final da passagem normativa, que afirma que as partes autoras desenvolvem a sua liberdade a partir dos parâmetros normativos processuais. Segundo Marco de Antônio de Araújo Cavalcante, o juiz somente estará vinculado ao pedido da parte se a lei fizer essa exigência, permitindo ao juiz decidir decisões *principaliter* fora do objeto pedido. É o que ocorre nas questões de ordem pública, como as cláusulas de abuso nas relações de consumo e os impropriamente chamados de *pedidos implícitos*⁷⁶.

O princípio da demanda obriga as partes a individualizarem os “fatos” para a delimitação do direito material presente no caso concreto e, assim, poderem propor um pedido ou demanda, limitando o âmbito da prestação jurisdicional que desejam a partir de critérios de conveniência e oportunidade⁷⁷.

O art. 141, do CPC, leva a duas consequências: a vedação da cognição de fatos não alegados pelas partes, ou seja, do conhecimento de questões por elas não suscitadas, e a necessidade de o juiz decidir o mérito nos limites propostos pelas partes.

Não abrangidas por essa regra estão as matérias sob o domínio da ordem pública⁷⁸, tema de intenso debate no Direito. Essas questões podem ser conhecidas de ofício, aplicando-se a norma que obriga haver oportunidade de manifestação prévia sobre quaisquer questões de ofício (arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil)⁷⁹.

⁷⁶ “A *contrario sensu*, portanto, somente os pedidos podem ser decididos *principaliter*. Excepcionalmente, todavia, o mencionado dispositivo admite que haja decisões *principaliter* sobre questões que não foram objeto de pedidos da parte, desde que a legislação não exija a iniciativa da parte sobre elas.” (grifos do autor) (CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais...* Op. cit., 2019, Item 5.2.1, p. 386).

⁷⁷ DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. Comentários ao art. 2º do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017, pp. 69, 73 e 74.

⁷⁸ Gisele Góes conceitua ordem pública “como uma instituição que tem como objeto os interesses gerais – como interesses de toda sociedade – que se apresentam como o bem jurídico a ser tutelado. Por isso, deriva da ordem pública – instituição a ordem pública – objeto que são esses interesses gerais, cuja condição é termo jurídico indeterminado, desdobrado em cada caso pelos agentes autorizados – os legisladores e juízes, em razão dos fundamentos dominantes num específico momento histórico.” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. As questões de ordem pública nos recursos excepcionais. *Questões relevantes: sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017, p. 250).

⁷⁹ Vale a transcrição: “nessa medida, não se concede contraditório real e efetivo sem que as partes possam participar da formação do convencimento do juiz, mesmo tratando-se das questões de ordem pública, cujo exame independe de provocação.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no Processo Civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, p. 41).

As ações de natureza dúplice também são exceções à regra. Nelas, a posição do autor e do réu se confundem, não havendo necessidade de formular pedido ao juiz, já que constitui autêntico julgamento oficioso.

Nessa peculiar modalidade de ação, a simples constatação de direito pelo juiz autoriza o julgamento em favor do réu como se este tivesse movido uma reconvenção. Um exemplo clássico é a ação de prestação de contas, que constitui exceção à regra, devendo estar bem delimitada em lei, sob pena de violação ao princípio da demanda⁸⁰.

Entre os casos excepcionais encontra-se, também, a fungibilidade das modalidades de ação possessória, presente no art. 554, do CPC. Nesse sentido, é possível conceder tutela jurisdicional não expressamente pedida na inicial. Pela similitude entre as ações possessórias, entretanto, nem sempre é possível diferenciar uma ação da outra e, por isso, o CPC permite excepcionar a regra da correlação.

Voltando à questão da demanda, Heitor Sica assim se manifesta:

entendemos que demanda deve ser definida como ato voluntário, conotado por três elementos (partes, pedido e causa de pedir), pelo qual o sujeito processual rompe a inércia do Poder Judiciário e postula tutela jurisdicional *no tocante a determinação relação jurídica de direito de direito material*. A demanda ‘ativa o poder decisório do juiz’, fixando seus limites (CPC, arts. 128 e 460) e, como regra, o produto dessa atividade é decisão que se enquadra substancialmente na categoria de sentença (sem ou com exame de mérito, nos termos do arts. 162, § 1º, 267 e 269 do CPC), sendo que essa última apenas é apta a produzir coisa julgada material (grifos do autor)⁸¹.

A demanda, portanto, é ato jurídico processual cuja iniciativa cabe às partes. Ela pertence à classe dos atos postulatórios e tem o objetivo de induzir o juiz a uma decisão favorável. É essencial ao desenvolvimento do processo, pois sem ela não há existência jurídica⁸².

⁸⁰ “Tratando-se de demanda verdadeiramente dúplice, nem sequer existiria necessidade de se rotular as partes como autor e réu, haja vista estarem em igual condição substancial. Ambas poderão receber tutela de idêntica qualidade, obtendo exatamente o mesmo bem da vida em disputa, ainda que o réu não se manifeste a longo de todo o processo. [...] Assim, nas ações dúplices o julgamento de mérito pode trazer algo para o réu, ainda que ele nada tenha pedido ou mesmo que o processo tenha tramitado à sua revelia. O comportamento do demandado, portanto, é irrelevante para a eventual obtenção do bem da vida em litígio. Não há pedido do réu, não há cumulação de demandas. A duplicidade é genética: nasce com o próprio ajuizamento da demanda, que poderia ter sido proposta por qualquer um dos litigantes.” (ZOTARELI, Daniel Menegassi. *A regra da correlação à luz do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2020, Item 3.3.3, p. 146).

⁸¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: YARSHELL, Flavio Luiz; ZUFELATO, Camilo. *40 anos de Teoria Geral do Processo no Brasil passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 449-450. Os artigos citados por Heitor Vitor Mendonça Sica são referentes ao CPC de 1973.

⁸² MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil: relação entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodvim, 2015, Item 1.2, p. 20.

Como ato postulatório, a demanda tem o objetivo de influir sobre o convencimento do juiz para obtenção de decisão de mérito favorável. Tal decisão seria a consequência das influências psíquicas que estariam presentes nos argumentos das partes; logo, afetariam a cognição judicial e, possivelmente, tornaria uma decisão favorável⁸³.

A partir disso, constata-se a afirmação de Olavo de Oliveira Neto:

ambos os princípios estão previstos em conjunto para demonstrar que cabe às partes o direito de requerer o que entendem conveniente nos autos, estando a atividade do juiz limitada a essas atividades das partes. Em regra, essa iniciativa das partes, decorrente do princípio dispositivo, limita o que será objeto de conhecimento e de decisão em qualquer via processual⁸⁴.

Este princípio protege a liberdade das partes em dispor sobre o seu pedido de tutela jurisdicional e velar pela imparcialidade do magistrado. O juiz não pode conceder tutela jurisdicional quando não houver um pedido expresso⁸⁵. Este é sentido do art. 2º do CPC, que assim expressa: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.” Nesse sentido, as partes têm a escolha de provocar ou não o Poder Judiciário, contudo, a partir dessa escolha o processo é conduzido pelo Judiciário, que conduzirá o processo até o momento da sentença.

Somado a esta normativa, o art. 492 do Código de Processo Civil funda o regramento da correlação da demanda com a decisão judicial. Nos dizeres de Teresa Arruda Alvim, “esta regra é fruto do duplice dever do juiz de se pronunciar sobre tudo o que foi pedido e só sobre o que foi pedido.” Nesses termos, a atividade jurisdicional só pode resolver os problemas delimitados pelas partes, pois se extravasar tal limite estará agindo mediante arbítrio. A intervenção do Estado na vida do indivíduo, que é titular do direito substancial, depende da vontade do particular mediante provocação do exercício jurisdicional. Igualmente, é reservado ao particular a necessidade de invocar os fatos dotados de juridicidade. Esta normativa também

⁸³ Complementa James Goldshmidt: “os atos das partes são de duas classes: de postulação e constitutivos; atos de postulação (*erwirkungshandlungen*) são os que têm por finalidade uma resolução judicial de determinado conteúdo, mediante influências psíquicas exercidas sobre o juiz. Atos desta classe são os requerimentos, afirmações (alegações) e apresentações de provas: e os atos constitutivos (*bewirkungshandlungen*) são todos os demais.” (GOLDSHIMIDT, James. *Direito processual civil*. Op. cit., 2003, p. 193). E, também: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil...* Op. cit., 2015, Item 1.6, p. 30.

⁸⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo. Comentários ao art. 141 do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017, p. 632. Em sentido similar tem-se: ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, pp. 305-306.

⁸⁵ DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. Comentários ao art. 2º do CPC. Op. cit., 2017, p. 71.

está tutelando o réu, que deve ter previsibilidade quanto aos possíveis resultados e à possibilidade de haver clareza do pedido e causa de pedir para elaborar sua defesa⁸⁶.

A questão da congruência está intimamente ligada à demanda, pois o juiz somente pode decidir a partir dos seus elementos objetivos. Esses consubstanciam-se nas partes, causa de pedir e pedido, cujos elementos são inseridos em um instrumento específico de concretização da demanda, que é a petição inicial⁸⁷.

O princípio do contraditório possui evidente relação com a regra da correlação, pois na perspectiva do juiz o contraditório é concretizado pela fundamentação da decisão. Por outro lado, a fixação da demanda no início do processo resguarda o réu de eventuais surpresas e mudanças de argumentações postuladas pelo autor, garantindo o seu “efetivo contraditório”; logo, também gera um mínimo de segurança às partes⁸⁸.

Neste mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque afirma:

Não obstante à base da adstrição estejam também aspectos concernentes à técnica processual, como a necessidade de estabilização da demanda mediante preclusões, evitando retorno a situações consolidadas e possibilitando o desenvolvimento do processo, o contraditório constitui, sem dúvida, o principal motivo do limite imposto pelo sistema processual. A finalidade é evitar que a parte seja surpreendida com julgamento realizado à luz de fundamentos ou pretensões não submetidos ao debate, à ampla defesa.

Daí a importância da regra da adstrição, que evita contramarchas no caminhar processual e garante a real possibilidade de as partes exercerem o contraditório e a ampla defesa⁸⁹.

A partir dessas premissas encontram-se os vícios em que o magistrado pode incorrer, caso não obedeça essa normatividade. É o caso das decisões *extra petita*, que consistem na possibilidade de o juiz conceder algo diverso daquilo requerido pelo demandante. Também é considerada decisão *extra petita* aquela em que o juiz delimita um caso concreto diverso do relatado pelas partes.

⁸⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. Op. cit., 2017, Item 3.2.2, pp. 341-342.

⁸⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, Jan./Abr. 2018, pp. 152-153.

⁸⁸ “Dessa imperiosa previsibilidade advém a própria segurança jurídica que deve ser proporcionada aos jurisdicionados. Em um cenário em que se permitam modificações dos elementos da demanda a qualquer tempo, o réu seria constantemente surpreendido e prejudicado, pois forçados a apresentar defesas díspares e, até mesmo, contraditórias.” (ZOTARELI, Daniel Menegassi. *A regra da correlação à luz do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2020, Item 3.2.3, p. 139).

⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda... Op. cit., 2018, pp. 155-156.

Em rigor, o vício oriundo de uma decisão *extra petita* é a inexistência jurídica, pois a decisão não se refere ao pedido de tutela jurisdicional exercido pelo autor⁹⁰. Só é permitido que o juiz adentre na esfera jurídica da partícula caso tenha havido um pedido, que tem função de delimitar até onde a jurisdição exerce a sua atribuição substitutiva. Este dispositivo legal diverge daquele introduzido pela petição inicial, não importando, necessariamente, em decisão fora dos termos apresentados pelo autor.

Cabe lembrar que decisão *extra petita* não é uma sentença passível de convalidação, por essa razão não é possível haver o aproveitamento da decisão, necessitando de outra decisão⁹¹. Como se trata de vício de inexistência é possível o seu afastamento mediante simples petição arguida a qualquer momento.

As sentenças *ultra petita* estão relacionadas à superação do teto fixado pela parte no pedido. A decisão do magistrado, desse modo, vai além do que a parte pediu⁹². Se parte “A” pede 50 unidades de indenização e o juiz, ao decidir, concede 100 unidades, estará ele agindo conforme o seu arbítrio, concedendo mais do que o necessário. Existe, aqui, um transbordamento da atividade jurisdicional

Por último, tem-se as decisões *infra* ou *cintra petita*. Nessas, o magistrado não decide um dos pedidos da parte, havendo omissão em relação ao requerimento de tutela jurisdicional. A título de exemplo, a decisão *infra petita* ocorre caso haja cumulação de três pedidos deduzidos por uma parte e a sentença referir-se a apenas dois.

Existe, neste caso, clara afronta à correlação, pois o magistrado permanece inerte, ignorando a vedação do *non liquet* e da inafastabilidade do controle judicial. Nesses termos,

haverá, ainda, denegação da justiça, com violação da inafastabilidade da jurisdição e a vedação ao *non liquet* (CF, art. 5º, inc. XXXV), na medida em que deixará de se manifestar, mesmo que parcialmente, sobre elementos essenciais da causa, introduzindo pelos litigantes para a apreciação do Estado-juiz⁹³.

Teresa Arruda Alvim resume de forma clara:

Vê-se, portanto, que os vícios *extra* e *ultra petita* ligam-se a conceder (ou a não conceder fora) do que terá sido pedido ou mais do que está sendo pedido; enquanto o vício de que padece a sentença *infra petita* diz respeito à desconconsideração, ao não julgamento, à não apreciação de parte do pedido⁹⁴.

⁹⁰ Para o caso, consultar obra de Teresa Arruda Alvim que compila diversos julgados e jurisprudências das Cortes brasileiras: ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo...* Op. cit., 2017, Item 3.2.2, pp. 245-248.

⁹¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo...* Op. cit., 2017, Item 3.2.2, p. 149.

⁹² ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual...* Op. cit., 2017, Item 27.8.3, p. 1017.

⁹³ ZOTARELI, Daniel Menegassi. *A regra da correlação...* Op. cit., 2020, Item 3.4.3, p. 162.

⁹⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo...* Op. cit., Item 3.2.2, p. 250.

Esses fenômenos são todos relacionados à parte dispositiva da sentença; logo, em caso de provimento do pedido, este terá referência na parte dispositiva. Não estão, todavia, relacionados à parte decisória onde o juiz analisa os argumentos das partes no processo⁹⁵.

Já a péssima delimitação da causa de pedir ou a sua ausência na demanda gera nulidade no processo (art. 330, I, do CPC), que é o fenômeno da inépcia da petição inicial. A declaração da inépcia da inicial pode ser feita em qualquer momento do processo, estando sob o manto da ordem pública, e não necessariamente no momento de despacho inicial. Por isso, a inépcia é classificada como nulidade absoluta.

A disciplina do CPC considera a causa de pedir tão importante que no caso de não haver correta delimitação, lhe atribui vício grave. Isto ocorre pois é pela causa de pedir que o juiz consegue entender o caso concreto, e é onde está a justificativa do pedido de tutela jurisdicional feito pelo autor.

A partir desses elementos, constata-se que as normas referentes à demanda ou ao princípio do dispositivo se encaixam perfeitamente na segunda distinção feita por Castanheira Neves. Existe uma função específica no Direito que diferencia fato e direito, delimitando até onde o juiz pode atuar no caso concreto posto à sua interpretação.

O Direito utiliza esse critério para limitar a atuação do juiz na esfera individual ou coletiva das partes, sendo útil manter essa diferenciação da mesma maneira como ocorre com os recursos de estrito direito. Não se pode, todavia, perder de vista que apesar dessa diferenciação ocorrer para fins desse instituto processual, ainda existe uma carga jurídica pressuposta quando se está discutindo fatos à delimitação da demanda. Por fim, deve-se utilizar o critério da preponderância, pois é necessária a delimitação do caso concreto para alguns fins processuais.

1.4 A CAUSA DE PEDIR

Costuma-se definir a causa de pedir, em termos mais genéricos, como justificativa do pedido ou da demanda. Quando o autor vem perante ao juiz e pede tutela jurisdicional de um direito que supostamente possui, deve este autor justificar o motivo de estar exigindo uma intervenção estatal na vida de outra pessoa. É nessa justificativa que se encontra a chamada “causa de pedir”⁹⁶. Segundo Teresa Arruda Alvim, a causa de pedir possui a função de

⁹⁵ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual...* Op. cit., 2017, Item 27.8.3, p. 1018.

⁹⁶ ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: RT, 2019, Item 31, p. 126.

individualizar a demanda, ou seja, “a expressão causa, na hipótese, deve ser entendida como causa eficiente, i.e, a que nos leva a fazer ou realizar algo”⁹⁷.

Na causa de pedir se encontra grande parte da argumentação jurídica do demandante para que a sua prestação jurisdicional seja atendida e alcance o mundo concreto⁹⁸. É um dos institutos processuais que possui maior relação com o direito material, sendo possível identificá-lo a partir da relação substancial presente na ação⁹⁹.

A questão *causa de pedir* no Processo Civil é um tanto tormentosa porque não há consenso sobre um conceito preciso. No estado atual da doutrina não há um conceito unificado de causa de pedir. Segundo Nelson Nery Júnior, o debate começou na Alemanha e se alastrou pelo resto do mundo¹⁰⁰, o que sugere mais de um século de discussão e debate sobre o tema.

O debate é dividido entre a teoria da individualização e a substanciação. A primeira afirmava a necessidade de o autor declarar a relação jurídica na petição inicial, ou seja, levava em conta a declaração *in status assertionis*. O juiz deveria decidir nos moldes jurídicos delimitados pelo autor.

O exemplo mais expressivo citado por Araken de Assis é o das ações reivindicatórias, em que não importa se a propriedade fora adquirida mediante usucapião ou contrato de compra venda. O que realmente importa na circunstância da individualização é a identificação da relação jurídica na demanda¹⁰¹.

Já a teoria da substanciação enfoca a narrativa fática presente na petição inicial, ou seja, o autor deve selecionar os fatos relevantes para dar suporte ao seu pedido. A partir disso, o julgador faz a seleção jurídica da norma aplicável ao caso concreto, dando às partes uma função eminentemente descritiva.

Segundo Barbosa Moreira, é evidente a função descritiva exercida pela parte na petição inicial nesta teoria:

[...] o que lhe incumbe ministrar ao juiz é o fato (ou conjunto de fatos) a que atribui aptidão para surtir o efeito afirmado, ou para justificar a produção desse efeito por meio de sentença. A tal fato (ou conjunto de fatos), que o autor apresenta como base do seu pedido, é que se chama de *causa de petendi* [...] deve ser considerado sua inteireza, abrangendo tudo que seja indispensável, no plano fático, à incidência da norma e, pois, ao nascimento do efeito.

⁹⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, Item 2, p. 57.

⁹⁸ MACEDO, Lucas Buril. *Objeto dos recursos cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 47.

⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. III, 2019, Item 78, pp. 202-203.

¹⁰⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 882.

¹⁰¹ ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. *Op. cit.*, 2019, Item 31.1, p. 126.

[...] pode ele, com toda tranquilidade, limitar-se à narração dos fatos e pedir ao órgão judicial que tome tal ou qual providência, aplicando o direito pertinente¹⁰².

Contar os fatos é especificar o modo, o lugar e o tempo do acontecimento, com os quais deve pressupor uma crise jurídica lamentada. A partir disso, quando o magistrado ler essa narração, notará uma situação jurídica merecedora de tutela jurisdicional. O que importa à teoria da substanciação são os fatos descritos nas peças processuais, cuja fundamentação jurídica deve ser encarada pelo magistrado como mera sugestão de fundamentação da decisão judicial. O juiz, nesse sentido, poderia atribuir outro enquadramento jurídico à narração da parte¹⁰³.

As causas de pedir também podem ser divididas em: causa de pedir próxima e remota, ou, como alguns preferem, causa de pedir fática e causa de pedir jurídica. A remota seriam as alegações de fatos aptos a dar efeitos aos propósitos jurídicos do pedido de tutela jurisdicional elaborado pelo autor¹⁰⁴.

Já a causa de pedir próxima seria a consequência jurídica da descrição dos fatos (ou conjuntos de fatos) – os chamados “fundamentos jurídicos” da demanda. Das alegações fáticas feitas pelo autor, segundo Araken de Assis, é possível que sejam geradas diversas causas de pedir próximas ou fundamentos jurídicos, de acordo com a argumentação das partes empreendidas no processo¹⁰⁵.

Não é preciso fazer muito esforço para notar que a teoria da individualização privilegia a causa de pedir próxima para fundamentar a sua posição, enquanto a teoria da substanciação

¹⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada, causas de pedir não totalmente coincidentes, preliminar infundada. In: *Direito Aplicado I (acórdãos e votos)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 11-12. Neste sentido, tem-se também: “Já para a *substanciação*, adotada por nossa lei processual civil, o exercício do direito de ação deve se fazer à base de uma *causa petendi* que compreenda o *fato* ou o *complexo de fatos* de que se extraiu a conclusão a que chegou o pedido formulado na petição inicial. A descrição do *fato gerador* do direito subjetivo passa, então, ao primeiro plano, como requisito que, indispensavelmente, tem de ser identificado desde logo. Não basta, por isso, dizer-se proprietário ou credor, pois será imprescindível descrever todos os fatos de que adveio a propriedade ou o crédito.” (THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil* (versão eletrônica). 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2020, Item 562).

¹⁰³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2019, Item 528, pp. 152-153. Em sentido semelhante, tem-se: “A *communis opinio* da doutrina, inclusive de época contemporânea, afirma que o fato jurídico integra o núcleo da *causa petendi*, concebido como fato ocorrido e enquadrável *sub specie juris*. O fato essencial, pois, além de constituir o objeto da prova, é o pressuposto inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial.” (CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2016, p. 57).

¹⁰⁴ Segundo Marcelo Pacheco Machado: “A causa de pedir fática ou remota seria constituída pela descrição ou alegação dos fatos aptos – uma vez subsumidos às normas pertinentes – a produzirem os efeitos jurídicos pretendidos no pedido.” O autor continua afirmando que “fatos” são comportamentos ou condutas humanas desenvolvidos por um determinado período de tempo. Não são fatos *in natura* e, sim, alegações e reconstruções linguísticas sobre os acontecimentos feitos no processo (MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil... Op. cit.*, 2015, Item 3.9, pp. 82-84).

¹⁰⁵ Com interessantes exemplos: ASSIS, Araken. *Cumulação de ações. Op. cit.*, 2019, Item 32.2, pp. 140-141.

utiliza a causa de pedir remota como critério de definição¹⁰⁶. Não existe um consenso na doutrina (especialmente a internacional) quanto a uma terminologia única para definir a causa de pedir, visto que é um debate que se arrasta há mais de um século. A doutrina, no entanto, parece convergir em afirmar que a fundamentação legal (direito positivo *tout court*) não integra a causa de pedir¹⁰⁷.

No Brasil, a maior parte da doutrina clássica defende que o art. 319, inc. III do Código de Processo Civil, teria adotado a teoria da substanciação, o que pressupõe que as alegações referentes ao fato (ou conjunto de fatos) bastariam para caracterizar a causa de pedir. O juiz, neste sentido, poderia qualificar o Direito como bem entendesse, desde que dentro da narrativa da parte¹⁰⁸.

Como é intuitivo, não é compatível com a premissa inicial do capítulo uma visão que separe as questões de fato e de direito. De fato, a divisão de causa de pedir remota (ou fática) e causa de pedir próxima (ou jurídica) parece ser uma classificação que tem como plano de fundo contextual uma visão do direito positivista legalista, com base no silogismo judicial ou, pelo menos, que esta visão não estaria implícita de forma consciente. Toda a discussão de teorias da individualização e substanciação está relacionada ao contexto teórico em que ela foi iniciada (século XIX), ou seja, pensa-se no juiz que apenas descobre o direito mediante fórmulas silogísticas. Esse magistrado, no entanto, não interpreta o direito ou exerce função criativa, pois, inclusive, era proibido de fazê-lo por lei.

Como assentado nos primeiros tópicos, a separação dos conceitos de fato e direito, em grande medida, padece de artificialidade. A partir disso, percebe-se que esses são termos extremamente fungíveis. Isso porque, quando o autor está descrevendo as alegações de “fato” na petição inicial, via de regra está pensando que o direito tutela a referida situação de lesão. Ninguém pede tutela jurisdicional sem ter uma questão jurídica pressuposta. Quando se

¹⁰⁶ Neste sentido: MACEDO, Lucas Buril. *Objeto dos recursos cíveis*. *Op. cit.*, 2019, pp. 47-48.

¹⁰⁷ Por todos temos: ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual...* *Op. cit.*, 2017, Item 4.4.3.3, p. 181; DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. *Op. cit.*, 2019, Item 528, pp. 152-153; ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. *Op. cit.*, 2019, Item 32.1, pp. 130-131. Existe, contudo, uma interessante crítica por parte de Rodrigo Ramina de Lucca, que afirma não ser possível estabelecer distinção entre fundamento legal e fundamento jurídico, padecendo esta diferenciação de artificialidade por parte da doutrina. Ao final, conclui que a causa de pedir não possui fundamento jurídico, apenas existe a descrição dos fatos (RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *A disponibilidade da ação e da demanda – a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, Item 8.1, pp. 196-198).

¹⁰⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. *Op. cit.*, 2019, Item 528, pp. 152-153; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, 2019, p. 882; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada, causas de pedir...* *Op. cit.*, 2001, pp. 11-12; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil...* *Op. cit.*, 2015, Item 3.13, p. 97; THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil* (versão eletrônica). 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2021, Item 562.

descreve uma lesão corporal advinda de um acidente automobilístico, por exemplo, e se pede indenização, está se pensando nas normas jurídicas que a tutelam, mesmo que não haja expressa indicação legal.

Da mesma forma, quando o demandante argumenta questões de “direito” reunindo dispositivos normativos, jurisprudência e doutrina especializada, no fundo existe um caso concreto baseado nas provas constantes nos autos do processo.

Por isso, Teresa Arruda Alvim, afirma que as causas de pedir próxima e remota são híbridas, compostas de fato e de direito. Nos seus dizeres: “em nosso entender, todavia, como explicamos antes, tanto a causa de pedir próxima quanto, rigorosamente, abrangem fato e direito”¹⁰⁹.

Para superar a antiga discussão doutrinária das teorias da individualização e da substanciação, autores vêm criticando e propondo soluções interpretativas bem adequadas ao tempo histórico contemporâneo. É a percepção de que as teorias do início do século XX estariam ultrapassadas¹¹⁰. Algumas delas são apresentadas a seguir.

O ideal dos autores mais contemporâneos sobre a causa de pedir é, basicamente, de incluir ambos os fundamentos jurídicos e fáticos como núcleo da causa de pedir. Aqui, novamente, não se deve confundir os fundamentos jurídicos com os legais, pois seriam apenas mera referência a um dispositivo legal¹¹¹. A ideia de compilar ambos os elementos decorre da constatação de uma maior proximidade do direito substancial e do processo no que se refere à causa de pedir¹¹².

A ideia é convergir ou unir as teorias da substanciação e da individualização em um único conceito, dando-lhe uma terminologia de causa de pedir que ficaria no meio entre ambas as teorias majoritárias. As duas teorias seriam duas faces da mesma moeda¹¹³. Essa parece ser a opinião de Elio Fazzalari, que afirma que a cisão dos fatos constitutivos e da alegação da

¹⁰⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, Item 2.1, p. 60.

¹¹⁰ É a percepção de Othmar Jaurernig: “A velha teoria da individualização e sua réplica, a teoria da substanciação, estão ultrapassadas. Aquela reclama, e bastava-se com a identificação técnico-jurídica da relação jurídica accionada (“arrendamento”, “empréstimo”, “propriedade”, etc.), por isso punha de parte o princípio: *iura novit curia*. A teoria da substanciação lançava-se doutro modo para além do objetivo; pedia a formulação completa dos factos substantivada, ou seja, os pormenores (vd. RDZ 143, 65). Tal formulação pode ser necessária para o êxito da acção (concludência! Vd. Supra 3 o primeiro exemplo) mas não, como se disse, para a determinação do objeto do litígio.” Mais adiante conclui que somente a exposição minuciosa dos fatos não tem o condão de tornar uma ação admissível, sendo necessário disponibilizar a matéria de direito (JAUERING, Othmar. *Direito processual civil*. Op. cit., 2002, §§ 37 e 39, p. 207 e 225).

¹¹¹ ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. Op. cit., 2019, Item 32.2, p. 140; LANES, Julio Cesar Goulart. *O fato e direito no Processo Civil cooperativo*. Op. cit., 2014, Item 3.3.2, pp. 145-146

¹¹² DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil*. São Paulo: RT, 2016, Item 3.2.2.4, p. 168.

¹¹³ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil...* Op. cit., 2015, Item 2.6, p. 60.

relação jurídica não pode mais prevalecer, pois no ordenamento jurídico ambos os conceitos possuem relação de complementariedade e não de contraposição. Fazzalari justifica, afirmando que a Justiça possui papel contra a transgressão do Direito; logo, existe uma relação entre direito subjetivo e medida jurisdicional. O processo jurisdicional possui a função de dar tratamento adequado à situação substancial posta em juízo¹¹⁴.

Em outras palavras, a situação substancial aparece no processo cognitivo mediante afirmações do caso concreto, provas, argumentações jurídicas, etc. Tais elementos estão sujeitos à verificação por parte do juiz que, mediante o contraditório, analisa a existência ou inexistência da transgressão alegada pelo autor¹¹⁵. No processo de cognição, a situação substancial gira em torno da declaração ou não da transgressão, sempre sob os olhos do contraditório¹¹⁶.

Outro doutrinador que utiliza tanto os aspectos fáticos como os jurídicos para individualizar a demanda é Andrea Proto Pisani. A partir da noção de *fattispecie*, ele sugere a utilização dos fatos que a permeiam, e que advêm do direito demandado por meio do pedido¹¹⁷.

Para o autor, o denominado objeto processo, de que a causa de pedir seria parte, não se refere apenas aos fatos relatados no processo mas, sim, à união do fato e do direito que permeia a demanda judicial. Essa individualização da demanda teria o condão de superar a contraposição das teorias vigentes sobre a causa de pedir, tendo como aspecto claro a união dos elementos fáticos e jurídicos mediante a *fattispecie*¹¹⁸.

Outra doutrinadora que sugere a superação da dicotomia causa de pedir jurídica e fática é Teresa Arruda Alvim. Segundo esta autora, as causas de pedir próxima e remota são fenômenos híbridos que se confundem e, muitas vezes, variam de acordo com o caso concreto

¹¹⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Op. cit., 2006, pp. 330-331. Da mesma forma, tem-se: CRUZ E TUCCI, José Rogério. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 68, 1992; MACEDO, Lucas Buril. *Objeto dos recursos cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 52-53.

¹¹⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Op. cit., 2006, pp. 334-336. O autor afirma que a situação substancial do processo, “portanto, conclui-se que qualquer posição jurídica é, sempre, uma conjectura, dependente ou sujeita à verificação.”

¹¹⁶ Complementa José Rogério Cruz e Tucci: “Deve, pois, a situação substancial ser articulada: a) num dever e na sua respectiva transgressão. A existência de um dever implica a invocação de uma norma material qualificadora de uma especificada conduta. A desobediência consiste numa conduta desconforme ao modelo-normativo; e b) no direito subjetivo correspondente ao dever, bem como na lesão do direito correlata à inobservância do dever: ‘a justiça civil é institucionalmente considerada como resposta do Estado à lesão do direito subjetivo’.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. A denominada “situação substancial”... Op. cit., 1992, Item 6.1).

¹¹⁷ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civili*. Op. cit., 2014, p. 56 e ss; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil*... Op. cit., 2015, Item 2.6, p. 59.

¹¹⁸ Segundo Otávio Domit: “Para Proto Pisani, assim, individualização da demanda significaria o mesmo que “*diritto fatto valere in giudizio*”, que formaria o chamado “*oggetto sostanzial del processo*”, o que implicaria numa restrição da máxima do *iura novit curia* (DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*... Op. cit., 2016, Item 3.2.2.4, pp. 166-167).

que está em juízo. A partir disso, a doutrinadora estabelece um critério temporal para identificar a causa pedir. Neste sentido, “ambas são, a nosso ver, fenômenos híbridos, compostos de fato e direito. A causa de pedir remota é a que está mais longe no tempo e que deu, indiretamente, causa à propositura da ação”. A autora exemplifica, afirmando que numa ação de despejo por falta de pagamento a causa de pedir remota seria o contrato de locação, e a causa de pedir próxima seria o inadimplemento contratual¹¹⁹.

Uma análise sob a ótica clássica não levaria a essa conclusão, pois o formato das causas de pedir fática e jurídica remontam à ideia de silogismo entre o fato e os direitos, tal qual delineado pelo positivismo clássico. Assim, o critério de diferenciação pela ordem delineada por Teresa Arruda Alvim parece renovar a antiga classificação, dando novos horizontes à causa de pedir.

Percebe-se, então, que há insatisfação por parte da doutrina em relação ao modelo clássico das teorias da individualização e a substanciação. A partir disso, parece que os doutrinados apresentam soluções que tendem a relativizar o binômio direito e fato. A corrente de Fazzalari parece ser a mais certa, no entanto, as opiniões em certa medida se assemelham, sendo difícil diferenciá-las por completo. Todas, em certa medida, superam o falso problema da divisão fato e direito, trazendo respostas satisfatórias para o Direito contemporâneo, em que pese os doutrinadores não dialogarem diretamente uns com os outros.

Resta compreender se o Código de Processo Civil teria adotado a teoria da substanciação como sua doutrina majoritária. O art. 319, inc. III, do CPC, afirma a necessidade de a petição inicial conter “o fato e o fundamento jurídico do pedido”. Diante deste texto normativo não parece que o Código tenha adotado esta linha de pensamento. Pelo contrário, a disposição normativa exige a conjugação dos elementos jurídicos e fáticos para a formação da causa de pedir.

Cabe registrar a controvérsia existente entre os defensores da teoria da substanciação: (i) há aqueles que entendem que seria apenas a descrição do fato (ou conjunto de fatos) constitutivos de direito; e (ii) os que entendem que o fundamento jurídico seria parte integrante da teoria da substanciação somada aos fatos constitutivos.

A primeira corrente é a defendida por Cândido Rangel Dinamarco, para quem o autor deve descrever os fatos tal qual um historiador, pois são como segmentos da história ou fatos

¹¹⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração*. Op. cit., 2016, Item 2.1, pp. 57-58. No mesmo sentido do posicionamento de Teresa Arruda Alvim, tem-se: LANES, Júlio Cesar Goulart. *O fato e o direito...* Op. cit., 2014, Item 3.3.2, pp. 153-154: “o que se deseja realmente voltar a enaltecer é a preocupação em favor do tratamento entrecruzado entre os elementos fáticos e jurídicos, reforçando-se a teoria da interpretação jurídica cética.”

da vida. Dinamarco delimita a substanciação da seguinte maneira: “Prepondera no sistema processual brasileiro o sistema da substanciação, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e, conseqüentemente, da decisão de mérito (CPC, art. 141), mas os fundamentos jurídicos não.” O professor segue afirmando que os fundamentos jurídicos não passam de mera sugestão dadas pelo autor, pois é o juiz que possui a função de enquadrá-los juridicamente¹²⁰.

Rodrigo Ramina de Lucca, em monografia, defende que a causa de pedir não possui nenhuma fundamentação, pois o estado do juiz não estaria vinculado a esta fundamentação pelo princípio do *iura novit curia*. Lucca continua afirmando que é preferível que o autor desenvolva argumentos jurídicos, mesmo que sejam “meramente persuasivos”¹²¹.

Em sentido contrário, Araken de Assis defende que a teoria da substanciação engloba os fundamentos jurídicos, sendo necessário ao demandante especificar as consequências jurídicas advindas dos fatos constitutivos. Afirma neste sentido: “Em outras palavras, a causa se divide em dois momentos: a concreta individuação dos fatos jurídicos; e a afirmação da sua coincidência com regras que lhes conferem os efeitos constantes do pedido”¹²².

Discorda-se desta última posição, pois para sustentar sua posição, Araken de Assis fundamenta-se em autores que pretendem superar as teorias da substanciação e individuação, como Andrea Proto Pisani e Elio Fazzalari. Por esta razão, acredita-se que a primeira posição melhor reflete aquilo que a teoria da substanciação pretende defender.

A substanciação, portanto, revela apenas a necessidade de exposição dos fatos na petição inicial, o que, a grosso modo, seria a parte da petição inicial denominada pela prática forense como “dos fatos”. Mediante este relato, o juiz traria a solução normativa sem haver necessidade de exposição jurídica. Logo, percebe-se que o art. 319, inc. III, do Código de Processo Civil, exige argumentação jurídica por parte do demandante e não um simples relato de caso.

Corroborando esta posição, Otavio Augusto Domit afirma:

segundo expõe a legislação, passada e atual, não é somente o conjunto fático narrado pelo demandante que tem relevo na determinação da causa de pedir; ao lado disso, deve explicitar também as razões jurídicas pelas quais afirma

¹²⁰ O autor excepciona determinadas causas em que o juiz deve aplicar a individuação, como os casos das ações fundadas em direitos reais. (DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., 2019, Item 528, p. 153). No mesmo sentido, apontando a necessidade da descrição do conjunto de fatos para possibilitar a criação de efeitos jurídicos, tem-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979, Item 69, p. 109.

¹²¹ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *A disponibilidade da ação e da demanda – a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, Item 8.1, pp. 196-198.

¹²² ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. Op. cit., 2019, Item 32.3, p. 140.

ser fundamento o pedido que formula. Com efeito, ao alçar mão da conjugação coordenativa aditiva ‘e’, para logo em seguida completar com a expressão ‘fundamentos jurídicos’, os textos de lei indicam uma tomada de posição por parte do legislador que, claramente, ultrapassa a simples substanciação e que não pode ser simplesmente desconsiderada¹²³.

Esse *plus* exigido pela lei faz com que as partes tenham ônus argumentativo de delimitar o direito substancial, utilizando os elementos do sistema jurídico para formular a demanda. O fato e o direito têm igual importância, não havendo gradação de importância, pelo menos, segundo o texto legal. É interessante notar que, na prática forense, ao redigir as peças dos tópicos *dos fatos* e *do direito*, esses padecem de artificialidade pois, muitas vezes, são o reflexo um do outro. O tópico *do direito* pode ser mera repetição do tópico *dos fatos*, havendo apenas alguns incrementos legais, jurisprudenciais e doutrinários, pois um tem uma camada pressuposta do outro. Para relatar os fatos essenciais é necessário ter em mente que existe um direito lesionado e, para argumentar juridicamente, é preciso haver um caso concreto.

A partir dessa concepção parece adequado classificar a superação da noção de causa de pedir como jurídica e fática, bem como as teorias da individualização e substanciação que ora privilegiam uma em detrimento da outra. Os fatos relevantes que alguns consideram como causa de pedir, são, em verdade, fatos pensados diante de espécies normativas presentes no Sistema Jurídico. Quando parte relata fatos perante o juiz, o faz imaginando a existência de direito implícito, portanto, o ideal é considerar um conceito de causa de pedir que reúna tanto o fato como o direito.

1.5 A PROVA

Antes de tudo, é preciso deixar consignado que o direito à prova é verdadeiro direito constitucional. Advém de princípios fundamentais do Processo Civil como contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões judiciais, acesso à Justiça e, claro, do devido processo legal. A partir desses direitos processuais surge a natureza constitucional da prova.

O direito à prova, preponderantemente, tem origem no direito ao contraditório e ampla defesa, que possibilitam às partes, pelos meios de prova, exercer ação e defesa. Não faria sentido reconstruir um caso concreto destituído de provas. Da mesma forma, o princípio do contraditório, em sua forma contemporânea, não é visto apenas como oportunidade de as partes se manifestarem nos autos e, sim, como condicionante que as impede de decidir questões que

¹²³ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir...* Op. cit., 2016, Item 2.1.1, p. 249.

não tenham passado pelo crivo do contraditório, ainda que esta matéria seja de ordem pública, o que é nova disposição prevista no art. 10 do Código de Processo Civil de 2015^{124,125}.

Além de estar relacionado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, também é considerado princípio implícito¹²⁶ na Constituição Federal, à semelhança do duplo grau de jurisdição.

Outros doutrinadores afirmam que o direito da prova advém do direito à ação e do direito à defesa, como garantias da influência positiva à decisão do juiz. Neste sentido, o contraditório probatório seriam as legítimas fontes de cognição jurisdicional para produção de decisão¹²⁷.

Já outros entendem que o acesso à Justiça, previsto na Constituição Federal, não poderá ser alcançado sem possibilidade de as partes produzirem provas, como bem aposta a doutrina: “a doutrina moderna cuidou de adjetivá-lo como efetivo, não pode ser concebido sem a oportunidade de provas dos argumentos deduzidos”¹²⁸.

Independente da norma constitucional que origina o direito à prova, parece haver consenso no *status* de direito fundamental ou da tutela constitucional das liberdades que o indivíduo possui perante o Estado. Por isso, é necessário fazer o deslocamento da prova de mero ônus probante no processo para verdadeiro meio constitucional de resolução do conflito.

O ônus da prova é uma das regras processuais mais antigas, e representa uma forma de regulamentar o direito à prova. Esse instituto surgiu na Roma Antiga, mais especificamente no Período Formular, quando os jurisconsultos desenvolveram uma maneira esparsa em seus textos doutrinários. Na prática, o ônus da prova surge quando o autor move uma ação em face de outrem e alega um fato, contudo, esse encargo não recai somente ao autor, mas, também, ao

¹²⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração*. Op. cit., 2016, p. 125; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda... Op. cit., 2002, p. 41.

¹²⁵ Neste sentido, tem-se Ada Pellegrini Grinover: “na relação entre contraditório e prova, aquele emerge como verdadeira condição de eficácia desta. Tanto será viciada a colhida sem a presença do juiz, quanto aquela colhida sem a presença das partes.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: 2018, pp. 23-24. Em sentido semelhante: “A mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa: o direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui positivamente sobre o convencimento do juiz.” (BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 223).

¹²⁶ Com esta opinião, tem-se: GÓES, Gisele dos Santos. Direito à prova e a proibição das provas obtidas por meios ilícitos. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson; FUX, Luiz. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 953.

¹²⁷ BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: Op. cit., 2016, p. 222.

¹²⁸ MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 56.

réu, no momento em que alega um fato novo. Neste caso, portanto, o encargo probatório é passado ao réu¹²⁹.

A sistematização do conceito de ônus foi realizada no início do século XX por James Goldschmidt, que o diferenciou de forma clara do conceito de dever. Goldschmidt conceitua ônus como “imperativo do interesse próprio”, ou seja, é necessário que a parte exerça determinado ato para que não sobrevenha a ela determinado prejuízo estabelecido mediante lei.

O ônus se distingue da obrigação, pois nele é dada a possibilidade de a parte exercer ou não esse direito. Segundo palavras de James Goldshmidt: “os ônus processuais encontram-se numa estreita relação com as ‘possibilidades’ processuais, posto que toda ‘possibilidade’ impõe às partes o ônus de ser diligente para evitar a perda.” Por isso, o conceito de ônus processual toma o lugar da obrigação no processo civil¹³⁰, sendo aceito por parte considerável da doutrina¹³¹.

O conceito de ônus pressupõe uma margem de liberdade por parte do jurisdicionado. Caso, porém, não exerça essa opção, implicações podem incidir sobre a parte, ou seja, é uma escolha com consequências advindas da lei, geralmente criando presunções em face do não praticante que, neste caso, é aquele que não junta provas nas peças dos autos. O ônus da prova, ademais, é considerado um ônus imperfeito¹³².

A doutrina, usualmente, faz a diferenciação entre ônus da prova subjetivo e objetivo, sendo que o primeiro está direcionado às partes, enquanto o segundo refere-se ao juiz no momento do julgamento da causa.

¹²⁹ “À primeira vista parece mais equitativo que o autor prove o que pretende, porém, indubitavelmente, se exigem certas provas do réu, porque se eu reclamo um crédito e ele responde que já pagou a importância, está obrigado a provar este fato; assim, pois, neste caso, quando o autor apresenta duas escrituras e o herdeiro contesta a validade da segunda (*posteriolem inanem esse*), cabe a este prová-la em juízo.” (BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, v. 57, 1962, pp. 117-120).

¹³⁰ GOLDSCHIMIDT, James. *Direito processual civil*. Op. cit., 2003, pp. 17 e 174.

¹³¹ Neste sentido, adota-se o conceito de James Goldshmidt: LOPES, João Batista. Comentários aos arts. 369 ao 380 do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2017, p. 255; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie*, segundo o novo CPC. São Paulo: RT, 2017, p. 48; DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. Op. cit., 2016, pp. 166-167. A título de exemplo de ônus, Goldshmidt afirma: “os ônus processuais mais importantes são: a de comparecência (independente do § 141), a da afirmação e declaração – contestação – especialmente a que pesa sobre o demandado de pronunciar-se sobre os fatos alegados pelo autor como fundamento da demanda, para colocar-se protegido das consequências dos §§ 138, II, e 331, I (‘ônus de intervir na causa’), a de provar, a de jurar, a de exhibir documentos, a de caução e adiantamento das custas e a de gestão do tempo.” (GOLDSCHIMIDT, James. *Direito processual civil*. Op. cit., 2003, p. 174).

¹³² FERREIRA, William Santos. Das provas. In: ARRUDA ALVIM, Teresa et al. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 1127-1128.

O ônus da prova subjetivo ou formal é a necessidade de a parte comprovar seu direito em juízo, mediante prova. É um estímulo ao ligante que deseja obter a vitória e consiga influir no convencimento do juízo. Nesse aspecto, aponta José Carlos Barbosa Moreira:

Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato deveras ocorreu — numa palavra: de prová-lo. Todo ordenamento processual, sejam quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que o inspirem, conta em larga extensão com a eficácia desse estímulo. O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal)¹³³.

Neste sentido, o ônus da prova subjetivo seria uma regra de instrução, dando um norte à forma como as partes devem se comportar.

Com relação ao ônus da prova objetivo, caso o magistrado se encontre em estado de dúvida referente ao material probatório carregado nas peças dos autos, deve julgar com base no ônus da prova. Tal norma visa a evitar o *non liquet*, logo, a intenção é ter um julgamento mesmo que não haja comprovação do fato alegado pela parte. Barbosa Moreira esclarece nesse sentido:

uma vez afastados os expedientes da extinção do processo sem pronunciamento sobre o *meritum causae* e da decisão por equidade ou segundo a verossimilhança, a regulamentação do *non liquet* reclama prescrições que não só abram caminho para a sentença de mérito, mas também fixem o conteúdo da decisão e determinem, caso por caso, de que maneira se deve julgar, quando permaneçam desconhecidos fatos de que dependa a configuração do *Tatbestand* de uma norma jurídica. Essas prescrições são justamente as regras sobre ônus da prova¹³⁴.

Partindo deste pressuposto, o ônus da prova objetivo é aquele que estabelece uma regra de julgamento ao magistrado, ou seja: “no momento da sentença, servir de diretriz no encadeamento lógico do julgamento das questões de fato, fazendo o juízo pender em favor de uma ou de outra parte conforme tenham ou não resultado provados os fatos que a cada uma delas interessam, o chamado ônus objetivo”¹³⁵.

Percebe-se, então, que as regras do ônus probatório são presunções que evitam um julgamento inconclusivo, ou seja, caso não haja provas julga-se mediante o ônus da alegação

¹³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual civil* (segunda série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74.

¹³⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 76.

¹³⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil* (versão eletrônica). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

que as partes assumiram. No processo, se a parte faz uma alegação e não a prova, é provável que o julgamento seja contrário à pretensão, pois não cumpriu o encargo que escolheu ao alegar.

A partir disso, é sempre preferível que o julgamento seja embasado em prova e não em julgamento mediante ônus da prova. Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque afirma:

o problema não pode ser tratado apenas do ângulo do ônus (CPC, art. 333). Necessário examiná-lo do ponto de vista de garantia constitucional ao instrumento adequado à solução de controvérsia, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material, a tutela jurisdicional¹³⁶.

Por óbvio, respeitando o direito das partes da vedação da prova ilícita, ou seja, provas produzidas mediante ilegalidade não poderão ser admitidas no processo.

A prova é o mecanismo constitucional que o juiz usa para ter acesso ao caso concreto. Com ela, a probabilidade de uma decisão justa aumenta exponencialmente, conforme a qualidade das provas e das técnicas processuais existentes. Quanto mais provas colhidas durante o processo, maior é a probabilidade de obter tutela jurisdicional adequada¹³⁷.

Apesar de os juízes terem “um apetite um pouco menor pela análise das questões de fato”, segundo Barbosa Moreira é necessário que “analisemos as questões de fato, isto é, procedamos ao exame discriminado, específico, das várias provas que foram colhidas, e expliquemos o motivo do maior ou menor peso que acabamos de atribuir a cada uma delas”¹³⁸.

Necessário anotar que o conceito de prova também não pode prescindir da verdade. É preciso adotar o chamado *conceito de verdade processual*, explicado por Michele Taruffo, que considera a narrativa mais verdadeira e não a melhor construída. O juiz não premia a parte que melhor narra a situação fática, pois o processo não é concurso literário de melhor narrativa. Taruffo conclui neste sentido:

A esse propósito, é possível observar que se bem é verdade que no processo os fatos ingressam sob a forma de enunciados, e que as narrativas fáticas são muito importantes em toda a dinâmica do procedimento, isto não transforma o processo em um tipo de concurso literário no qual se brinda, como prêmio, a melhor narrativa como a aquela dotada de maior coerência. Na realidade, o processo permanece sendo um lugar no qual se procura estabelecer qual é a

¹³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogerio. *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, pp. 168-169.

¹³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. *Temas de direito processual civil* (quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 145-146.

¹³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juiz e a prova. *Revista de Processo* (online), nº 35, 1984. Aqui é preciso afirmar a necessidade de entender a expressão “questão de fato” como questão jurídica, conforme a crítica do início deste capítulo.

narrativa ‘mais verdadeira’ à medida da confirmação diante das provas disponíveis, porque é na confirmação probatória da verdade dos fatos que reside a condição fundamental da justiça da decisão¹³⁹.

O direito à prova, portanto, não é mero mecanismo argumentativo para fundar a causa de pedir ou os fundamentos da defesa e, sim, um instrumento para demonstrar a probabilidade da veracidade de determinada alegação feita pelas partes quando requerem determinado direito.

A atividade reconstrutiva, no entanto, obtida na Instrução Probatória, nunca é uma integral representação dos fatos e, sim, uma reconstrução parcial dos fatos ocorridos. O juiz não conhece os fatos propriamente ditos, apenas representações do que provavelmente aconteceu. Ora, uma probabilidade por mais alta que seja nunca resulta em total certeza da veracidade dos fatos¹⁴⁰.

Posto isto, deve-se notar que a reconstrução obtida no processo nunca refletirá 100% do que ocorreu na realidade. A reconstrução do fato é obtida por fragmentos, como avisa Adelvan Olivério: “mesmo as informações que podem ser trazidas pela instrução probatória ao processo não retratam o fato em si, mas apenas e tão somente, partes do fato, sendo, assim, fragmentárias”¹⁴¹. Afinal a ausência de verdade absoluta no processo não pode impedir o juiz de resolver a situação conflituosa trazida pelas partes¹⁴².

É comum a doutrina afirmar que as provas servem para resolver questões de fato. A partir das premissas deste estudo, é importante deixar consignado que as provas, em verdade, comprovam questões jurídicas. As partes, ao juntarem elementos probatórios e fazerem alegações sobre o caso concreto, estão pensando no seu direito e na sua *sub specie juris*, ou seja, indicam o que diz a lei sobre o caso concreto ou sobre uma jurisprudência específica dos Tribunais. As questões probatórias e as de direito em sentido estrito são fungíveis, ou seja, de difícil separação no momento do julgamento.

Importante superar a semelhança existente entre *erro de fato* e *erro de direito* que havia no Processo Penal português, relatado por Castanheira Neves, pois os erros de fato pressupõem

¹³⁹ TARUFFO, Michele. Considerações sobre prova e motivação. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Ensaio sobre o Processo Civil*. Trad. Maurício Reis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 150.

¹⁴⁰ DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. *Revista de Processo*, v. 27, n. 107, jul./set. 2002, pp. 89 e 91.

¹⁴¹ OLIVÉRIO, Adelvan *et al.* *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 183. Tem-se, também, com a mesma opinião: “Na atividade reconstrutiva que ocorre no processo não há a integral representação do fato. Há uma representação apenas parcial, na medida em que é impossível reproduzir historicamente *todas* as condições físicas, psicológicas, econômicas e outras, que se verificavam no momento da ocorrência. Mesmo as informações que podem ser trazidas pela instrução probatória ao processo, não retratam o fato em si, mas apenas e tão somente *partes* do fato, sendo, assim, fragmentárias.” (DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova... *Op. cit.*, 2002, p. 89).

¹⁴² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, pp. 82-83.

um tipo penal específico. Da mesma forma, algumas questões probatórias pressupõem uma normatividade própria do Sistema Jurídico¹⁴³.

Como já se afirmou anteriormente, o problema não está em haver esses dois tipos de erros que o magistrado tem de resolver (sejam eles referentes à prova ou à divergência interpretativa da lei). A problemática está relacionada a pensar que não existe uma camada jurídica pressuposta quando se está discutindo uma questão probatória e vice-versa. Parece ser interessante, portanto, entender que as questões probatórias são uma espécie do gênero *questões jurídicas*, colocadas ao lado das outras questões de direito.

¹⁴³ Não tão específica como no Direito Penal ou no Tributário, onde a legalidade deve ser interpretada de maneira estrita e os problemas jurídicos são minuciosamente prescritos na lei.

2 OBJETO DA COGNIÇÃO

O objeto da cognição abrange um trinômio de questões: pressupostos processuais, condições da ação e mérito¹⁴⁴. De modo geral, parte considerável da doutrina aceita tal construção, inclusive à luz do CPC de 2015¹⁴⁵. Os pressupostos processuais e as condições da ação compõem o grupo das questões de admissibilidade ou processuais, enquanto o mérito constitui o momento culminante do processo de cognição, pois quase toda atividade de conhecimento se encerra e o processo está apto a produzir coisa julgada¹⁴⁶.

Neste capítulo analisa-se os conceitos essenciais do objeto da cognição, pois o estudo da cognição que não bem define esses institutos está fadado a gerar incoerência e falta de sistematização. Os recursos e a fase executiva possuem os seus próprios requisitos de admissibilidade e mérito que não se confundem com o processo de cognição. Esses, porém, são deixados de lado, pois extravasariam os limites da dissertação.

2.1 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Os chamados “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo” (expressão utilizada pelo art. 485, inc. IV, do CPC), ou simplesmente *pressupostos processuais*, são um dos mais importantes institutos do direito processual que marcaram a autonomia do processo em relação ao direito material¹⁴⁷.

Embora a expressão *pressuposto* não seja a mais adequada, a prática jurídica e a lei escolheram denominar o instituto dessa forma. *Pressuposto* é algo prévio, ou antecedente, que

¹⁴⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000, pp. 71-72. O trinômio se aplica ao processo de execução e cautelar, no entanto, este último foi suprimido com a unificação das tutelas provisórias e, agora, tanto as de natureza cautelar como as satisfativas possuem o mesmo regime (ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016).

¹⁴⁵ A título de exemplo, tem-se: ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: RT, 2017, pp. 156-157; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 72; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 53; DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 148-151; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 137-140. Apesar que conhecer outras propostas de sistematização em binômios ou quadrinômios, não se constata pertinência em iniciar a discussão neste momento.

¹⁴⁶ Obviamente, se não houver interposição de recurso, neste caso, a atividade de conhecimento se prolonga mediante novo julgamento por um Tribunal.

¹⁴⁷ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual... Op. cit.*, 2017, Item 5.1, p. 189. O autor marcou um rompimento do período denominado “sincretista”, onde o processo era “mero capítulo do direito privado”, para fase “autonomista”, em que a doutrina elaborou terminologias e sistematizou o Processo Civil. Nesta fase, os pressupostos processuais foram um dos primeiros institutos a serem estudados sob a perspectiva separada do direito material (DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, Item 4, pp. 17-18).

induz o intérprete a entender que o objeto dos pressupostos processuais é algo prévio ao processo, ou seja, é o próprio mérito do processo. Feitas as devidas considerações, a expressão *pressuposto processual* é a de maior aceitação universal pela doutrina, lei e jurisprudência¹⁴⁸.

Sobre a função dos pressupostos processuais, Barbosa Moreira afirma:

No que se acaba de dizer, implicitamente se reconhece aos pressupostos processuais a função que lhe assina longa e venerável tradição doutrinária: a de constituir um filtro – ou, em certa perspectiva, o filtro – capaz de reter postulações inviáveis do ponto de vista formal. O controle de tais pressupostos teria por finalidade precípua barrar o acesso de espécimes processuais gravemente defeituosos à superior região em que se resolve o destino das partes quanto à substância do litígio. A semelhante desfecho ficaria impedido de chegar o processo que não exibisse, por assim dizer, passaporte em ordem¹⁴⁹.

Os pressupostos processuais, portanto, visam a garantir legalidade aos atos processuais, bem como serem instituto indispensável ao desenvolvimento da cognição no Processo Civil.

Trata-se do primeiro momento lógico da cognição do juiz, em que os requisitos são necessários para aferir a existência jurídica da relação processual e a sua validade. A existência e a validade são os elementos essenciais para a produção de uma sentença de mérito¹⁵⁰.

Subdividem-se em pressupostos de validade e pressupostos de existência. A união desses dois elementos constituem, segundo Arruda Alvim, os chamados elementos constitutivos da relação processual¹⁵¹.

Se no decorrer da marcha processual houver ausência dos pressupostos de validade, a consequência processual deste ato é a nulidade ou invalidade. De modo geral, a nulidade tem aptidão de tornar o ato ineficaz, ou seja, na maioria dos casos os efeitos práticos do ato tendem a cessar diante da declaração do vício. Estes efeitos perduram e têm aptidão de produzir danos até o momento de seu reconhecimento. A invalidade, todavia, tende a gerar a ineficácia¹⁵² e, o

¹⁴⁸ Araken de Assis critica a expressão pressuposto: “pressuposto é algo prévio, ou antecedente, e a explicação do seu objeto, ou relação processual, induz à suposição de que tal matéria vem antes da formação do processo. Ora, questões nessa ordem de problema recebem exame do juiz no curso do processo, ou seja, após a respectiva formação. Literalmente, não constituem pressupostos do ‘processo’, mas do exame do mérito, a favor ou contra o autor. Então, melhor designação a esse conjunto de questões de requisitos, mas sem reservar a palavra ‘pressuposto’ para o plano da existência, no qual se alude com mais propriedade a ‘elemento.’”. O autor, no entanto, reconhece, ao final, a importância da expressão, não havendo como evitá-la (ASSIS, Araken. *Processo Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2016, Item 98, p. 323).

¹⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. *Temas de direito processual civil* (quinta série). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 89.

¹⁵⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo...* Op. cit., 2017, Item 1.2.2, p. 45.

¹⁵¹ ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel. *Tratado de direito processual civil*. Art. 1º ao 6º do CPC. 2. ed. São Paulo: RT, v. 1, 1990, p. 288.

¹⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Das nulidades. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2017, p. 871.

quanto antes for identificada a nulidade e vista a possibilidade da sua convalidação, melhor para o desenvolvimento do processo.

Diz-se, por isso, que o sistema de nulidades é criado para evitar que um ato processual crie efeitos indesejados ou que, pelo menos, faça os efeitos cessarem. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim, a “nulidade é o estado em que se encontra um ato, que o torna passível de deixar de produzir efeitos próprios e, em alguns casos, destrói os já produzidos”¹⁵³.

Existem dois tipos de nulidades: as chamadas nulidades *relativas* e as denominadas *absolutas*. As primeiras somente podem ser conhecidas mediante arguição das partes, ou seja, não são conhecíveis de ofício pelo magistrado. Se não forem, portanto, suscitadas no momento processual adequado, estarão sujeitas à preclusão, pois, caso a parte não suscite no prazo estabelecido em lei, o sistema processual releva a sua existência.

As nulidades absolutas são aquelas conhecíveis de ofício pelo magistrado ou a pedido das partes. Não estão sujeitas à preclusão, podendo ser conhecidas a qualquer momento no decorrer do processo. Se, por acaso, houver trânsito em julgado, o vício poderá ser conhecido mediante ação rescisória, na hipótese de violação de norma jurídica ou em situações específicas, como ausência de competência absoluta ou impedimento do magistrado (art. 966, incs. III e V, do Código de Processo Civil).

O principal fator de diferenciação das nulidades relativas e absolutas é que estas estão sob o regime de ordem pública, enquanto aquelas estão sob a disponibilidade das partes. O regime de ordem pública permite a atuação oficiosa do juízo, já a disciplina da disponibilidade faz a discricão e conveniência das partes em arguir a nulidade ou não. Roque Komatsu afirma neste sentido que as nulidades absolutas “configuram deficiência estrutural do ato, que resta atingida em sua qualidade”, sendo a infração da norma cogente de interesse público¹⁵⁴.

Passando à questão da inexistência jurídica do ato jurídico processual, constata-se que a ausência de pressuposto processual de existência gera o fenômeno da inexistência jurídica do ato processual. E, embora não haja tratamento legal expresso dos vícios de existência, a doutrina fez um bom trabalho em sistematizar os atos. Sua ocorrência cria uma situação tão grave no processo que não chega a produzir trânsito em julgado. Logo, o meio mais adequado para

¹⁵³ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo...* Op. cit., 2017, Item 2.1, pp. 110-111.

¹⁵⁴ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 209. Esta também é a opinião de Cabral: “Pela combinação dos dois critérios, as nulidades absolutas seriam consequências imputadas aos atos viciados quando o desrespeito à forma prescrita violasse norma cogente protetiva de interesse público. Devido a essas características, afirma a doutrina que (i) podem ser declaradas de ofício pelo juiz. Para as nulidades relativas, a possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz é controversa. Há autores que não admitem a atuação *ex officio* e outros que aceitam que o juiz possa conhecer da matéria independentemente de requerimento” (CABRAL, Antônio do Passo. *Das nulidades*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Código de Processo Civil* (versão eletrônica). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016).

identificar o vício é mediante a chamada *Ação Declaratória de Inexistência Jurídica* ou *querela nulitatis*.

Quando se fala de *inexistência* está se referindo ao mundo jurídico. A partir dessa premissa cria-se um “não ato” no Processo Civil, cuja existência é tão somente fática, não havendo o ato ingressado no plano do direito. Teresa Arruda Alvim assim se manifesta a respeito: “Trata-se de realidade fática que não logrou transformar-se em jurídica, em função de sua integral desconformidade com a hipótese legal que a regula”¹⁵⁵.

Tem-se alguns exemplos clássicos do fenômeno da inexistência jurídica: ausência de jurisdição, ausência de citação somada à não contestação, não presença de dispositivo na sentença, e decisão fora dos limites do pedido da parte. Como se pode ver, a inexistência jurídica pode ser do processo como um todo (ausência de jurisdição) ou parcial (ausência do dispositivo da sentença). No último caso, os atos anteriores ao vício de existência são válidos; no primeiro o processo, como um todo, é uma realidade fática.

Diferentemente do que ocorre no Direito Civil, tanto a nulidade relativa ou absoluta, como os vícios de inexistência jurídica são sanáveis ou emendáveis. As invalidades no processo civil sofrem influência de normas gerais de direito público, e uma dessas normas é que sempre que possível o ato processual deve ser aproveitado, evitando, assim, a declaração do vício.

A doutrina nomeia essa norma de diversas maneiras: princípio do aproveitamento¹⁵⁶; princípio da instrumentalidade do processo¹⁵⁷; primazia da decisão de mérito¹⁵⁸; ou a reunião de todas essas definições¹⁵⁹. O essencial, para além da nomenclatura utilizada, é que todos os

¹⁵⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo...* Op. cit., 2017, Item 2.3, p. 130.

¹⁵⁶ ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel. *Tratado de direito processual civil*. Op. cit., 1990, p. 285.

¹⁵⁷ Segundo Nelson Nery Júnior, “O Código adotou o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o que importa é a finalidade do ato e não ele em si mesmo considerado. Se puder atingir sua finalidade, ainda que desatendida sua forma, não se deve anulá-lo.” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 18. ed. São Paulo: 2019, p. 814). No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista Justitia*, v. 52, Abr./Jun. 1990, pp. 60-62.

¹⁵⁸ O mérito, segundo a doutrina contemporânea, deve ser primado em relação às sentenças processuais, ou seja, a apreciação do mérito deve ser o principal objetivo do processo a ser alcançado (art. 4º do Código de Processo Civil). Sobre o tema, Gisele Santos Fernandes Góes se posiciona sobre a primazia do mérito no âmbito recursal: “o objetivo declarado do sistema processual brasileiro do NCPC, por meio do art. 1.034, é o processo sem dilações, aplicando o juízo de mérito recursal aberto tanto às causas de pedir, quanto aos fundamentos de defesa e questões de ordem pública, para a primazia do mérito exposta no art. 4º, uma viga do sistema, exposta, assim, como norma fundamental processual.” (GOES, Gisele Santos Fernandes. *As questões de ordem pública nos recursos excepcionais. Questões relevantes: sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017, p. 254). Aprofundando o tema: CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia de mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, nº 97, Set./Out. 2015.

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, pp. 30 e ss; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. Op. cit., 2017, Item 2.3, pp. 153 e ss; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, pp. 239 e ss.

vícios no Processo Civil são sanáveis, ou que, ao menos deve-se dar oportunidade de emenda à parte¹⁶⁰.

Se estaria, por acaso, defendendo um processo sem formas? Não é este o caso, já que o formalismo no processo é essencial ao estado democrático de direito, servindo de pauta de conduta aos sujeitos do processo. Liga-se, portanto, à ideia de devido processo legal, logo, gera previsibilidade às partes¹⁶¹.

Repudia-se o formalismo exacerbado ou o fenômeno da “degeneração da forma”, pois, neste caso, trata-se de uma espécie de obsessão pelo rito solene do processo e seus requisitos, e qualquer mínimo e insignificante descumprimento gera a necessidade de declaração da invalidade¹⁶².

Usualmente, a doutrina classifica três espécies: (i) referentes à propositura da demanda; (ii) em relação à capacidade das partes; e (iii) à investidura da jurisdição. Existe relativo consenso doutrinário quanto a esta classificação¹⁶³, pois cada uma dessas espécies possui vícios relacionados à validade e à inexistência jurídica.

(a) plano da validade

Na propositura à demanda, as nulidades estão relacionadas à petição inicial, logo, no campo da validade são pertinentes à delimitação da causa de pedir e do pedido: se a sua explanação foi suficientemente clara; se a causa de pedir é condizente com pedido feito ao final; ou se a parte contrária foi minimamente qualificada. Quando há nulidade na demanda, o termo

¹⁶⁰ “Para tanto, o órgão julgador deve determinar o saneamento dos vícios existentes, ainda que considerados insanáveis. A nulidade do processo ou a extinção sem julgamento do mérito devem ser decretadas apenas quando não exista a menor possibilidade de saneamento. No entanto, o desapego completo à forma no processo não é recomendado, sob pena de se permitir juízos autoritários.” (AURELLI, Arlete Inês. Processo e pressuposto processual. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo *et al.* *Estudos em homenagem a Thereza Arruda Alvim: controvérsias do direito processual civil: 5 anos do CPC/2015*. São Paulo: RT, 2020, p. 198).

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. *Op. cit.*, 2004, pp. 21-22.

¹⁶² Sobre a degeneração formal do processo, tem-se: “caracterizava-se no culto à forma sem qualquer razão de ser, mesmo de natureza cultural. A não observância de qualquer solenidade, mínima que fosse, trazia consequências extremamente graves. Os gestos e as expressões eram fundamentais. O grande problema é que tal situação era mantida no próprio interesse dos próprios juízes.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Das nulidades...* *Op. cit.*, 2017, p. 865).

¹⁶³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. *Op. cit.*, 2000, Item 17, pp. 74-75; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 27; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. *Op. cit.*, 1989, p. 86; ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: RT, 2017, Item 5.1, p. 189; GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil* (versão eletrônica). 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2015, Item 14; CINTRA, Carlos Antônio; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, Item 190, p. 330; THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil* (versão eletrônica). 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2021, Item 87.

técnico utilizado é *inépcia da petição inicial*, sendo a inépcia nulidade absoluta, podendo ser conhecida a qualquer tempo.

Referente à validade no campo da jurisdição, o juiz deve ser imparcial e competente – imparcialidade no sentido de ausência de impedimento e, competência, subdividida em *relativa* e *absoluta*, em que as relativas estão sujeitas à exclusiva arguição das partes sujeitas à preclusão, enquanto as absolutas são controladas de ofício e não sujeitas à preclusão¹⁶⁴. A competência relativa, no entanto, não configura pressuposto processual e, neste caso o ordenamento jurídico não define essa modalidade de incompetência como invalidade, defeito ou rescindibilidade¹⁶⁵.

São três as espécies que envolvem a capacidade de ser parte: capacidade de ser parte; capacidade de estar em juízo; e capacidade postulatória. Os dois primeiros se relacionam à validade, enquanto a última está ligada à inexistência jurídica.

Capacidade de ser parte é um conceito bem abrangente: está presente em toda pessoa física, jurídica e entes despersonalizados que, por força de lei, ganham o direito para tanto. Basta, por exemplo, ser uma pessoa física para ter capacidade de ser parte. Já a capacidade de estar em juízo se relaciona ao regramento de capacidade do Código Civil (CC), referido pelos arts. 70 e 71 do CPC. Neste caso, é necessário ter capacidade plena, pois eventual incapacidade relativa e absoluta pode impedir a configuração da capacidade de estar em juízo, gerando uma decisão terminativa. A partir disso, é necessário que o absolutamente incapaz seja representado, e o relativamente incapaz seja assistido na forma da lei¹⁶⁶.

(b) Plano da existência

O vício de inexistência jurídica na demanda relaciona-se à própria existência da demanda, mais especificamente, se houve ou não a propositura de um pedido feito na petição inicial. A inexistência de pedido na petição inicial gera a inexistência do processo como um todo, pois não há processo sem a iniciativa das partes (art. 2º do CPC)¹⁶⁷.

¹⁶⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. Op. cit., 2017, Item 1.2.2, pp. 45-46.

¹⁶⁵ AURELLI, Arlete Inês. Processo e pressuposto processual... Op. cit., 2020, pp. 201-202. Esta também é a opinião de Cassio Scarpinella Bueno: “Ela se relaciona a hipóteses em que o ordenamento jurídico permite que os litigantes façam escolhas entre determinados órgãos jurisdicionais, pressupondo, nesse sentido, a existência de mais de um órgão jurisdicional igualmente competente. Se a incompetência relativa não for arguida a tempo – o réu deve questioná-la quando da apresentação de sua contestação (art. 337, II) –, ela fica prorrogada, como expressamente dispõe o *caput* do art. 65. Sem que o ordenamento jurídico reserve à hipótese qualquer pecha de invalidade, de defeito ou de rescindibilidade, não há como conceber tal categoria de competência como pressuposto processual de validade.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – teoria geral do processo civil – parte de geral do código de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2020, p. 337).

¹⁶⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. Op. cit., 2016, Item 3.1, p. 30.

¹⁶⁷ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. Op. cit., 2017, Item 5.2, p. 192.

Em relação à investidura da jurisdição, existem alguns casos interessantes. Não existe processo civil conduzido e decidido por um não juiz ou juiz sem investidura. Essa afirmativa vale para juízes aposentados que não mais exercem o ofício da magistratura. A partir do momento em que o juiz se aposenta, todo ato prolatado por ele é considerado inexistente, o que pode gerar alguns inconvenientes práticos¹⁶⁸.

A capacidade postulatória se relaciona com a representação técnica do advogado da parte. A disciplina do Código de Processo Civil exige a presença de advogado inscrito na Ordem dos Advogados para a parte autora¹⁶⁹. A ausência de advogado regularmente representado gera a inexistência dos atos jurídicos no mundo jurídico.

Teresa Arruda Alvim inclui uma quarta classificação de pressuposto processual, que se refere à citação do réu, geralmente relacionada à propositura da demanda na doutrina clássica. No plano da existência jurídica liga-se à presença ou não de citação do réu para a constituição de relação processual de três elementos (autor, réu e juízo). Já no plano da validade, a obediência se relaciona aos procedimentos exigidos pelo Código de Processo Civil, ou seja, se houve alguma ilegalidade no cumprimento da citação¹⁷⁰.

No Processo Civil brasileiro também classificam-se os pressupostos processuais negativos, isto é, aqueles relacionados à presença de coisa julgada e litispendência. Logo, esses pressupostos estão relacionados com outro processo. Conforme afirma José Manoel Arruda Alvim Neto, “estes impedem a validade da relação jurídica processual, mas, como se situam fora do processo, são denominados extrínsecos”¹⁷¹. São extrínsecos porque sua presença necessita do cotejo analítico de dois processos para saber da presença ou não das invalidades relacionadas à coisa julgada e litispendência, mais especificadamente dos seus elementos essenciais da demanda (partes, causa de pedir e pedido).

¹⁶⁸ “Ninguém tomará por tal o ‘processo simulado’ que se realiza para fins didáticos, sob a ‘presidência’ do professor, como ninguém se equivocará diante do ‘processo’ instaurado perante Oficial de Justiça, ou de outros exemplos de sabor igualmente acadêmico. Menos abstrata é a eventualidade de atuar pessoa ainda não regularmente investida no cargo Judiciário, ou dele já desligada (v.g., pela aposentadoria, de cujo decreto passou despercebida a publicação no jornal oficial). Mas o corolário é sempre o mesmo: nada do que se faça, em semelhantes condições, existe juridicamente. O ‘órgão’ não pode sequer proclamar sua própria carência de jurisdição: a proclamação seria tão inócua como qualquer outro ato que ele pratique.” (BARBOSA MOREIRA; José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. *Op. cit.*, 1989, p. 91).

¹⁶⁹ “A capacidade postulatória, por fim, é aquela decorrente da opção do Código pela obrigatoriedade de uma representação técnica para que os sujeitos interessados possam postular no processo, exigindo sua representação por quem tenha a condição de advogado ou outra função à qual se atribua essa capacidade específica.” (SALLES, Carlos Alberto. Da capacidade processual. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017, p. 400).

¹⁷⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. *Op. cit.*, 2017, Item 1.2.2, pp. 51-52.

¹⁷¹ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. *Op. cit.*, 2017, Item 5.4, p. 201. No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 188-189.

Existe uma respeitável parte da doutrina que tende a colocar os pressupostos processuais extrínsecos no campo das chamadas *condições da ação*¹⁷². Como se verá mais adiante, essa corrente se mostra incompatível com a chamada *teoria da asserção* que, atualmente, parece ter sido adotada pelos tribunais brasileiros. Por esta razão, coloca-se a coisa julgada e a litispendência no campo dos pressupostos processuais.

A doutrina do direito processual tem dificuldades em formular uma definição de pressupostos processuais que abarquem todos os componentes deste abrangente instituto. Alguns afirmam que a sua ocorrência geraria uma sentença processual ou terminativa, que obstaria o conhecimento do mérito do processo. Existem, contudo, casos em que o desfecho do processo não acaba com a sua extinção. É o caso da decisão que reconhece a incompetência do juízo, pois essa apenas remete o processo ao juízo competente. Da mesma forma, no caso de o juiz se reconhecer parcial para julgar o processo, hipótese em que ele é substituído por um imparcial.

Nesses casos, segundo a clássica lição de Alfredo Buzaid, o processo não é extinto, muito pelo contrário, ele continua do juiz parcial para o imparcial e do juiz incompetente para o competente, com a óbvia transferência dos autos do processo¹⁷³.

Diante da multiplicidade de tipos de pressupostos processuais, Barbosa Moreira tece uma crítica ao instituto. Nas suas palavras:

Quando se diz, porém, que determinado requisito é um pressuposto processual, a rigor é pouquíssimo o que se fica sabendo a seu respeito. Que se cuida de matéria referente ao processo, a ser apreciada preliminarmente ao mérito – e só. Quem se acreditar habilitado a extrair mais dos dizeres do art. 267 estará assumindo o risco de comer gato por lebre: o regime do suposto gênero apenas se ajusta a número reduzido de ‘espécies’. Sempre se poderá objetar, evidentemente, que se trata de exceções, ou argumentar que é normal fenômeno o da prevalência das regras especiais sobre a geral. Se, todavia, as exceções são tantas, e tão importantes, que pouco espaço resta à margem delas, alguma desconfiança parece justificar-se¹⁷⁴.

¹⁷² Conforme afirma Donaldo Armelin: “portanto, pelo menos os três primeiros pressupostos processuais negativos supra-arrolados melhor se encartariam nas categorias genéricas de condições da ação acima explicitadas, porque antes de afetarem a existência ou formação válida do processo, atingem, no que tangem a um caso específico, o direito de ação como tal considerado neste trabalho, tornando ineficaz o resultado do processo.” (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, pp. 42-43). No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. *Temas de direito processual civil* (quinta série). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 85. Especificamente na nota de rodapé número 10, que encampa o entendimento de Machado Guimarães, igualmente citado por Donaldo Armelin.

¹⁷³ BUZOID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. Item 56, pp. 119-120.

¹⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. *Op. cit.*, 1989, p. 93.

Apesar da ausência de um conceito unitário que abarque todas as hipóteses de pressupostos processuais, o instituto ainda é mantido pela doutrina devido à sua importância à ciência do processo.

2.2 CONDIÇÕES DA AÇÃO

As condições da ação são um instituto relativamente recente no Processo Civil brasileiro, pois é fruto das modernas discussões sobre as teorias da ação e sua natureza jurídica. Como afirmado anteriormente, o direito de ação está relacionado à necessidade de o Estado dar às partes uma decisão de mérito após permitir que essas exerçam influência frente ao contraditório. Como afirma o próprio Enrico Tullio Liebman, a ação é o direito ao processo e ao julgamento de mérito, seja este último favorável ou não ao autor.

Liebman define, também, as condições da ação, ou seja:

elas são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente). Só quando estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la. Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento da demanda, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo. Toda decisão sobre as condições da ação é decisão sobre o processo, devendo aplicar a *lex fori*, seja qual for a lei que rege a relação controversa¹⁷⁵.

O autor era favorável à teoria eclética¹⁷⁶ da ação. Defendia que a lei poderia estabelecer requisitos mínimos para o direito à ação, restringindo, assim, o caráter absolutamente abstrato da ação¹⁷⁷. Uma concepção muito radical do direito à ação abstrata levaria a distorções práticas que prejudicam o desenvolvimento do processo. Nesse sentido, afirma Donaldo Armelin:

Se aceita a ação como direito completamente abstrato, desvinculado da matéria correspondente ao mérito do processo, evidentemente, é de se aceitar que, em qualquer hipótese, desde que provocada pelo estímulo da apresentação da inicial veiculadora de um pedido determinado, a atuação da jurisdição, o direito de ação se exercitou na sua plenitude, independentemente da apreciação de tal pedido. Se a apreciação do mérito é essencial a exercício

¹⁷⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Op. cit., 2005, pp. 200 e 203.

¹⁷⁶ Essa nomenclatura não foi utilizada por Enrico Tullio Liebmann, pois o mesmo se considerava adepto à teoria abstrata da ação, mas devido às suas grandes contribuições ao estudo da ação, seus seguidores passaram denominar sua teoria da ação como *eclética*.

¹⁷⁷ ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel. A ação e as condições da ação no processo civil contemporâneo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 149-150.

regular do direito de ação, óbvio que tal direito não se dinamizou, tanto assim que poderá ser reiterado. Dir-se-á que no conceito de ação como direito inteiramente abstrato essa reiteração do seu exercício poderá ocorrer, também. Indubitavelmente isso sucede; porém, dentro da normalidade do sistema jurídico, o exercício regular de um direito é uma das formas de sua exaustão¹⁷⁸.

Por essa razão, somente em determinados casos regulamentados em lei poderá o juiz restringir o direito de ação, dando uma decisão sem resolução do mérito, ou na linguagem de Liebman, de “carência de ação”.

As condições genéricas da ação consistem na legitimidade e no interesse, reguladas pelo art. 17 do Código de Processo Civil e em outros dispositivos espalhados. O atual Código atualizou o entendimento das condições de ação pois, anteriormente, o CPC/73 incluía a possibilidade jurídica como condição da ação. O próprio Liebman, no entanto, a retirou das edições do seu manual, posteriores à lei do divórcio italiana. Tal atualização gerou uma distorção entre a disciplina do CPC/73 e a sistematização do pensamento de Liebman que, em parte, inspirou o instituto. O CPC/2015, em tardia hora, atualizou a disciplina, retirando a possibilidade jurídica do rol de condições genéricas da ação. A mudança foi bem-vinda.

Existem, também, as condições específicas da ação: são condições presentes em determinados institutos processuais que se integram na categoria de condição da ação. Não se confundem, todavia, com as condições genéricas da ação ou com os pressupostos processuais, pois possuem peculiaridades próprias que as distinguem dessas últimas categorias. Exemplo clássico é o direito líquido e certo do mandado de segurança e a presença de locação comercial na ação renovatória disciplinada na Lei do Inquilinato¹⁷⁹.

A sistematização do direito de ação de Liebman, como toda obra relevante, sofreu críticas por parte de alguns doutrinadores. A mais famosa delas, no Brasil pelo menos, é a do professor Ovídio A. Baptista da Silva, para quem a constatação tardia da ausência de ação gerava distorções e incoerências, pois não havia direito de ação devido à ausência de condição da ação, e o processo não seria nada além de ilusão de ótica. Nada haveria, portanto, para ficar no lugar da ação¹⁸⁰.

¹⁷⁸ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil...* Op. cit., 1979, p. 33.

¹⁷⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo...* Op. cit., 2017, Item 1.2.3.4, p. 60.

¹⁸⁰ Afirmava o prof. Baptista da Silva: “Em última análise, um procedimento onde os sujeitos da relação processual, tanto da parte como do magistrado, desenvolveram normalmente as suas respectivas atividades, as partes pedindo que o Estado lhes prestasse jurisdição e o magistrado, convicto de que o fazia, proferindo inúmeras decisões, recebendo as provas, presidindo audiências e, finalmente, prolatando a sentença, crente de que proferia uma sentença de mérito. O julgamento superior, porém, veio a mostrar que tudo isso era inteiramente ilusório... porque o autor carecia de ação! Certamente nem Liebman e nem seus seguidores conseguem explicar a natureza da atividade em tais casos desenvolvida pelo juiz.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento – arts. 1º a 100*. 2. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2005, p. 40).

Armelin apresentou uma solução criativa para esta crítica, afirmando que quando o juiz reconhecia a carência de ação, ainda restava o direito fundamental de petição contra o poder público – o direito de petição – direito irrestrito e amplo que não se submete aos requisitos que a lei processual faz ao direito de ação¹⁸¹. O direito de petição é um direito político do cidadão contra o poder público destituído de formalidades, que garante a participação política do cidadão em face do Estado, não havendo necessidade de haver lesão ou ameaça de lesão para se concretizar¹⁸².

2.2.1 Interesse

Segundo Buzaid, “há interesse processual se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais”¹⁸³. Prejuízo ou gravame deve ser aferido de maneira hipotecária, o que é explicado por Teresa Arruda Alvim como “se houve lesão” (como no vencimento de um contrato não integralizado), a única forma de resolver o problema é por meio do Judiciário e sua força imperativa¹⁸⁴.

Classicamente, o “interesse processual” é chamado de “interesse de agir”. Desde o CPC/73, no entanto, houve supressão do complemento, mantendo-se apenas o termo “interesse”. Nelson Nery Júnior afirma que é uma mudança positiva, pois “agir pode ter significado processual e extraprocessual” e “interesse processual” tem eficácia processual bem definida¹⁸⁵.

Não há, tampouco, menção a “interesse econômico ou moral” da forma como leis mais antigas faziam a referência (notadamente o Código Civil de 1916 e o art. 2º do CPC/1939). Isso ocorre devido à evolução do direito processual como ciência autônoma do direito privado. Adjetivar o interesse como econômico ou moral remete ao período em que o processo ainda era apêndice do Direito Civil¹⁸⁶, o que, inclusive, abre portas à sedimentação do entendimento de

¹⁸¹ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir...* Op. cit., 1979, p. 35.

¹⁸² NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo...* Op. cit., 2016, pp. 210-213.

¹⁸³ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição...* Op. cit., 1956. Item 39, pp. 88-89.

¹⁸⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo...* Op. cit., 2017, Item 1.2.3.3, p. 57.

¹⁸⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Condições da Ação*. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 64, 1994, Item 4.

¹⁸⁶ Segundo Arruda Alvim: “O preceito em exame, porém, traz para o nosso Direito uma novidade. Anteriormente, quer o legislador processual civil, quer o civil, sempre adjetivaram expressamente o tipo de interesse, legitimador do ajuizamento da demanda. Ambos os adjetivos faziam perceber a insuficiência do mero interesse, pois prescreviam tais Códigos que o interesse devia ser econômico ou moral. Aqui se condicionava que o interesse fosse econômico ou moral, ou, obviamente, econômico e moral, certamente, na medida em que o Direito positivo houvesse definido o que fosse econômico ou moral; ou então, quando essa modalidade de interesse pudesse ser identificada nos textos. No entanto, o Código vigente, neste artigo, alude tão somente a interesse. Serviu-se o nosso

que a ação declaratória seria admissível, independentemente de pedido condenatório¹⁸⁷, muito discutido no século XX.

Não se confunde, todavia, o interesse substancial ou primário (que é o mérito do processo) com o interesse processual, que surgiu da necessidade obter proteção do direito material mediante prestação jurisdicional¹⁸⁸. A admissibilidade positiva do interesse processual não significa que o mérito será julgado positivo, mas, sim, tão somente que a demanda é passível de exame¹⁸⁹.

Costuma-se identificar o interesse processual com o binômio “necessidade + utilidade”. A questão do interesse-necessidade surge “quando a parte tem a necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida”¹⁹⁰, sendo inevitável ir ao Judiciário. Já o interesse-utilidade, segundo Barbosa Moreira, é

chegar-se-á, provavelmente, à percepção clara de que, no campo do processo, tal ou qual providência deve reputar-se útil não tanto por ser capaz, em tese, de acarretar um proveito qualquer para quem a pede, mas na medida em que, por sua natureza, verdadeiramente se revele – sempre em tese – apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente”¹⁹¹.

Neste sentido, o interesse deve resultar em atividade não ilícita, ou seja, tutelada pelo Direito. Há aqueles que subdividem o interesse em “necessidade + adequação”. É posição de Candido Rangel Dinamarco: “O interesse-adequação resulta na via processual adequada para solucionar a crise de direito material, mediante provimento previsto em lei”¹⁹². Assim, ao se optar por um mandado de segurança, em caso de necessidade de prova pericial, o interesse-adequação resta prejudicado, pois a via adequada é a disciplina do procedimento comum. Nesta posição, o conceito de interesse-necessidade se confunde com o de utilidade¹⁹³.

legislador da fórmula do Código de Processo Civil italiano (art. 100). Aliás, o Projeto definitivo do Código de Processo Civil italiano (art. 3Q) continha a mesma redação que o seu art. 100, vigente.” (ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel. *Tratado de direito processual civil*. Op. cit., 1990, p. 321).

¹⁸⁷ Com profundos comentários e críticas sobre o tema, tem-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação declaratória e interesse. *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, pp. 11 e ss.

¹⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 17, 1980, Item 11.

¹⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo...* Op. cit., 2006, p. 297.

¹⁹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. Op. cit., 1994, Item 4.

¹⁹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação declaratória e interesse. Op. cit., 1971, p. 17.

¹⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2019, Item 632, p. 356.

¹⁹³ Ada Pellegrini Grinover, adepta à corrente de Dinamarco, até lhe atribui o mesmo sentido, classificando-o como interesse de “necessidade ou utilidade”. Atribui, assim, o mesmo sentido a ambas as definições (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. Op. cit., 2004, p. 73).

Existem, ainda, aqueles que afirmam ser um trinômio: interesse “necessidade + utilidade + adequação”. É posição de Eduardo José da Fonseca Costa:

Haverá o interesse: 1) se a parte tiver a necessidade da tutela jurisdicional para ver a sua pretensão material satisfeita [= necessidade]; 2) se a tutela jurisdicional pretendida pela parte for capaz de satisfazer a sua pretensão material [= utilidade = adequação do provimento]; 3) se o remédio processual eleito pela parte for hábil à obtenção da tutela jurisdicional capaz de satisfazer a pretensão de direito material adequação propriamente dita [= adequação do procedimento]¹⁹⁴.

A discussão parece ser mais em relação à nomenclatura dada ao interesse processual do que a fatores ligados à admissibilidade do próprio interesse, pois ao analisar a opinião dos doutrinadores da primeira posição, eles frequentemente aglutinam a adequação ao conceito de utilidade¹⁹⁵. Já os da segunda posição compilam o conceito de utilidade dentro da necessidade¹⁹⁶, e os da terceira posição os identificam como três categorias autônomas.

Embora haja interessante debate doutrinário, percebe-se que as definições se misturam, não havendo uma real divergência de pensamento. Fica claro, portanto, que as posições são as mesmas, e só mudam os nomes e as classificações atribuídas às espécies de interesse processual.

2.2.2 Legitimidade

Armelin se refere à legitimidade no Processo Civil como:

nessa ordem de raciocínio, a legitimidade para agir é de ser conceituada como uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação, se presentes as demais condições da ação e pressupostos processuais, com o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo¹⁹⁷.

¹⁹⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Da sentença e coisa julgada. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo *et al.* *Comentários ao Código de Processo Civil – Lei n. 13.015/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 586.

¹⁹⁵ É o caso de Teresa Arruda Alvim: “não há ao nosso ver, necessidade de que se aluda à noção de ‘adequação’ para caracterizar o interesse. Pensamos que a noção de ‘adequação’ está embutida na de ‘utilidade’, pois, se o meio escolhido é inadequado será, por conseguinte, inútil.” (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Os agravos no CPC de 2015*. 5. ed. Curitiba: Direito Contemporâneo, 2021, Item 3.5.1, pp. 212-213).

¹⁹⁶ Neste sentido, afirma Cândido Rangel Dinamarco: “Há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe verdadeira tutela, a tutela jurisdicional (supra, nn. 49-50). O interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso que só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido na medida em que ele tenha essa utilidade e essa aptidão.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual...* Op. cit., 2019, Item 632, p. 653).

¹⁹⁷ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir...* Op. cit., 1979, Item 69, p. 85.

De forma simplificada, expressa Buzaid, “legitimidade é a pertinência subjetiva da ação, a titularidade na pessoa que propõe a demanda”¹⁹⁸.

A qualidade jurídica destacada no primeiro conceito não se confunde com a figura jurídica da parte e, sim, é uma permissão dada à parte para ter uma decisão final ou de mérito (por óbvio, presentes os outros requisitos de admissibilidade)¹⁹⁹.

A legitimidade no Processo Civil, segundo Teresa Arruda Alvim, é condição de operabilidade no Sistema Processual a partir de critérios predeterminados previstos pelas normas que autorizam a propositura da demanda, impugnam a execução e interpõem um recurso, entre outros. É um aspecto seletivo que não só abrange o processo, mas o direito como um todo²⁰⁰.

Relacionada especialmente à figura do autor e do réu, a legitimidade possibilita ao autor obter uma decisão de mérito, bem como ao réu sofrer os efeitos da decisão de mérito e de uma possível execução. Caso o pedido for condenatório, destaca-se a mera possibilidade, pois ao final do processo pode terminar com um julgamento sem resolução do mérito²⁰¹. É, portanto, a adequação do sujeito à causa do processo que determina a legitimidade no processo civil²⁰².

Tradicionalmente, pressupõe-se que quem pleiteia direito alheio como seu é uma parte ilegítima no processo. Nesse caso, somente é possível pedir tutela jurisdicional se há pertinência do sujeito com o objeto. Existem, contudo, situações excepcionais em que é possível ser legítimo sem a adequação necessária. É a chamada *legitimidade extraordinária*, prevista no art. 18 do Código de Processo Civil, determinando que em casos excepcionais previstos em lei, é possível dispensar a legitimidade ordinária para determinados sujeitos pleitearem direito alheio.

Esta possibilidade está sob o manto da tipicidade, ou seja, somente há previsão clara e expressa da lei quanto à possibilidade de haver participação de pessoas estranhas ao processo. Não é possível legitimidade extraordinária por interpretação analógica, nem mesmo por força de decisão judicial. Um dos exemplos clássicos é a tutela que o Ministério Público tem sobre o menor ou a possibilidade de mover ação anulatória de casamento.

Não se considera a legitimidade específica presente nas leis coletivas como legitimidade extraordinária, pois nesses casos a relação sujeito x causa é muito distinta de um processo

¹⁹⁸ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição...* Op. cit., 1956, Item 39, p. 89.

¹⁹⁹ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir...* Op. cit., 1979, Item 69, p. 85.

²⁰⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Os agravos no CPC de 2015*. Op. cit., 2021, Item 3.5.2, p. 221.

²⁰¹ SHIMURA, Sergio Seiji. *Arresto cautelar*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, Item 3.4.2, pp. 100-101.

²⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito...* Op. cit., 2019, Item 633, p. 357.

individual. Parece, portanto, haver legitimação ordinária dentro do microssistema do processo coletivo²⁰³.

A diferença entre legitimidade ordinária e extraordinária no Processo Civil é assim explicitada por Barbosa Moreira:

Quando a situação legitimante coincide com a situação deduzida em juízo, diz-se ordinária a legitimação; no caso, contrário, a legitimação diz-se extraordinária. Ali, a regra concreta que se vier a formular na sentença incidirá diretamente sobre a esfera jurídica do próprio legitimado; aqui, incidirá diretamente sobre a esfera jurídica de outra pessoa, ou de outras pessoas, conquanto possa, por via indireta, a atingir a esfera do legitimado, e até seja tal a razão mais comum de reconhecer-se eficácia legitimante à situação subjetiva deste. O legitimado ordinário deve encontrar na sentença a disciplina da sua própria situação; o legitimado extraordinário, a disciplina de situação alheia, talvez suscetível de repercutir na sua²⁰⁴.

Fica, portanto, clara a diferença entre ambas.

Sobre a legitimidade passiva, o Código de Processo Civil, nos seus arts. 338 e 339, traz nova regulamentação da legitimação passiva. Em verdade, o novo instituto veio substituir a antiga nomeação da autoria, que no CPC/1973 era modalidade de intervenção de terceiro. Conforme os princípios do aproveitamento dos atos processuais, a correção do polo passivo visa a evitar que o processo seja extinto sem resolução do mérito em face da legitimação passiva.

O art. 338 do CPC determina que juiz conceda ao autor a faculdade de corrigir o polo passivo no caso da preliminar de legitimidade do réu ser acatada, não sendo mais necessário suscitar um incidente de intervenção de terceiro para a correção do polo. A possibilidade de correção pode ser suscitada de ofício pelo juiz no caso da constatação da ocorrência de ilegitimidade (“o juiz facultara ao autor” do art. 338). O prazo é de 15 dias para que haja a correção.

Da mesma forma, o art. 339 do CPC estabelece um autêntico ônus ao réu: no caso de suscitar a preliminar de ilegitimidade deve indicar o réu legítimo. A norma tem o escopo de impedir que o demandado fique arguindo a preliminar de forma protelatória, o que no CPC/1973 ocorria com muita frequência.

²⁰³ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimidade para agir. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça), processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 256.

²⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 60.

José Rogerio Cruz e Tucci afirma que, por vezes, é difícil saber quem é, de fato, o réu legítimo, por isso, cabe ao magistrado o controle desse ônus, e a última palavra sobre o tema²⁰⁵.

A respeito das faculdades do autor, Cruz e Tucci as sistematiza da seguinte maneira:

a) recusa a indicação feita pelo réu, ficando mantido o demandado no polo passivo, por sua conta e risco; b) aceita a indicação do réu, providenciando, no prazo suplementar de 15 dias, a emenda da petição inicial para substituir o demandado. Arcará, ainda, com a sucumbência, nos termos do parágrafo único do art. 338; c) aceita a argumentação de *ilegitimatio ad causam* suscitada pelo réu, mas despreza o sujeito por ele indicado. Nesta hipótese, o autor cuida de emendar a inicial, substituindo o réu originário por outra pessoa, que, em seu entender, depois dos fatos revelados na contestação, deve responder à demanda. Aqui também o demandante deverá ser responsabilizado pela sucumbência em prol do réu originário (custas) e de seu respectivo advogado (honorários), a teor do parágrafo único do art. 338; ou, por fim, d) aceita parcialmente a indicação do demandado, providenciando, no prazo suplementar de 15 dias, a emenda da petição para incluir, como litisconsorte passivo do réu, a pessoa por ele indicada²⁰⁶.

O autor, portanto, tem diversas possibilidades que ficam à sua discrição, de acordo com os seus cálculos de custo e benefício.

Parte da doutrina, entretanto, entende que é possível haver correção do polo ativo da legitimidade, havendo autêntico caso de convalidação do vício de legitimidade do autor. Discorda-se deste posicionamento, pois entende-se que o vício de legitimidade ativa é uma das poucas nulidades do processo que não podem superar ou corrigir a feita constatada no processo.

Essa impossibilidade de correção de vício decorre do desrespeito ao princípio da demanda e da inércia da jurisdição. O Judiciário não poderia chamar o verdadeiro autor para compor o litígio, pois este só pode produzir tutela jurisdicional no caso de haver provocação do legítimo demandante, não podendo o Judiciário substituir a liberdade conferida ao verdadeiro autor da ação.

2.2.3 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido já nasceu controversa no Direito brasileiro, pois ela foi concebida no Código Buzaid, nos moldes do pensamento de Enrico Tullio Liebman, tal qual explicado anteriormente, no tópico sobre as condições da ação. Ironicamente, no mesmo ano

²⁰⁵ CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2018, p. 216.

²⁰⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 218.

de aprovação do Código Buzaid (1973), Liebman retirou a possibilidade jurídica do pedido do catálogo de espécies de condições da ação.

Isso ocorreu pois o divórcio foi permitido na legislação italiana, sendo a sua proibição naquela legislação o principal exemplo de possibilidade jurídica do pedido de Enrico Tullio Liebman, utilizada para sustentar a presença dessa condição da ação no ordenamento jurídico italiano. Cândido Rangel Dinamarco relata, em notas, o manual de Liebman:

Sucede que, tendo entrado em vigor na Itália, no ano de 1970, a lei que instituiu o divórcio (lei n. 898, de 1.12.1970), na terceira edição de seu *Manuale*, o autor sentiu-se desencorajado de continuar a incluir a possibilidade jurídica entre as condições da ação (afinal, esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica da demanda). E nisso tudo se vê até certa ironia, pois no mesmo ano de 1973, em que vinha a lume o novo Código de Processo Civil brasileiro, consagrando, legislativamente, a teoria de Liebman com suas três condições, eis que surgia, também, o novo posicionamento do próprio pai da ideia, renunciando a uma delas²⁰⁷.

Esse acaso gerou irônica e bizarra situação pois o Código de Processo Civil de 1973 nasceu desatualizado em relação às suas premissas teóricas, logo, houve diversas discussões quanto à possibilidade jurídica de o pedido ser considerado requisito de admissibilidade ou não.

Além dessa controvérsia ainda havia outra a partir do próprio nome dessa condição da ação. Em um primeiro momento, trata-se de vedação do próprio ordenamento jurídico ao pedido imediato, ou seja, manejado contra o Estado e referente à tutela jurisdicional²⁰⁸. Com o passar do tempo, porém, parte da doutrina passou a entender que a impossibilidade jurídica não estaria somente restrita ao pedido, mas, também, à causa de pedir, ou seja, referente à descrição do caso que estaria sendo julgado pela jurisdição²⁰⁹.

Em parte, essas discussões cessaram devido ao fato de o próprio Código de Processo Civil de 2015 ter excluído a impossibilidade jurídica do pedido como condição da ação. Houve, então, adequação do pensamento do Código atual ao moderno entendimento de Liebman.

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Notas de tradução *In*: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, v. I, 2005, Item 74, p. 204.

²⁰⁸ Segundo Humberto Theodoro Júnior: “A possibilidade jurídica, então, deve ser localizada no pedido *imediato*, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor. Assim, um caso de impossibilidade jurídica do pedido poderia ser encontrado nos dispositivos legais que vedam a ação investigatória de paternidade adúltera, na constância do casamento do genitor adúltero (Lei n. 883, de 21.10.49).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 17, 1980, Item 10).

²⁰⁹ Este é o pensamento de Nelson Nery Júnior: NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 64, 1994.

A mudança é positiva, pois a possibilidade jurídica do pedido, muitas vezes, representava denegação de acesso à Justiça²¹⁰, gerando situações de desrespeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição²¹¹. A garantia de acesso à justiça deve ser vista não somente no simples ingresso no Judiciário, mas, também, como acesso à justiça *interna corporis*, ou seja, é necessário que o jurisdicionado seja ouvido dentro do processo, e que não tenha o seu direito perecido enquanto tramita o processo. É necessário, portanto, haver garantias de que os seus direitos serão tutelados adequadamente com julgamento do mérito. Neste sentido, a utilização da possibilidade jurídica como impedimento era, muitas vezes, óbice para o julgamento do mérito, visto que com frequência se confunde com o próprio objeto do processo. A partir disso, muitos casos acabavam com decisões terminativas quando deveriam ter o seu mérito julgado. Por esses motivos, sua exclusão foi uma boa decisão do CPC/2015.

Resta a seguinte pergunta: onde se encontra a possibilidade jurídica do pedido no plano sistemático do objeto da cognição? Nas edições posteriores, Liebman afirmou que a impossibilidade jurídica teria sido absorvida pelo interesse processual²¹². Esta é a orientação de parte relevante da doutrina brasileira²¹³.

A solução dada por Enrico Tullio Liebman, contudo, é um tanto insatisfatória, pois, na prática, transportar todos os casos de possibilidade jurídica do pedido para outros de interesse processual não altera em nada o sistema jurídico brasileiro. Nesse caso, a possibilidade jurídica do pedido continuaria sendo condição da ação, agora dentro do interesse. Ademais, geraria sentença processual que extinguiria o processo sem resolução do mérito.

Diante dessa solução não satisfatória, parte da doutrina defende que a possibilidade jurídica do pedido seria parte do mérito do processo, ou seja, se no Sistema Jurídico de direito

²¹⁰ COSTA, Susana Heriques. Da jurisdição e da ação. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2017, p. 279.

²¹¹ Kazuo Watanabe afirma que a inafastabilidade da tutela jurisdicional se divide em dois fundamentos: “a) o de que o estado se encontra obrigado a prestar a tutela jurisdicional a todo aquele que afirma ter sofrido uma lesão de direito individual; b) e o princípio do juiz natural, ou do juiz constitucional.” Em outro momento afirma: “pode-se afirmar que em consequência, que também em nosso sistema jurídico está ínsita, no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, a regra proibitiva de qualquer forma de denegação de justiça, decorra ela de norma processual ou substancial, num perfilhamento à tendência da relativização do binômio *substance-procedure*.” (WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980, p. 29 e 37). Ada Pellegrini Grinover expressa: “mas isto não é suficiente. Não basta afirmar a constitucionalização do direito de ação, obter o pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido. É necessário, antes de mais nada, que por direito de ação, direito ao processo, não se entenda a simples ordenação de atos através de qualquer procedimento, mas, sim, do ‘devido processo legal’.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 35).

²¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Candido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, v. I, 2005, Item 74, pp. 203-205.

²¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condições de ação”? Uma resposta a Fredie Didier Júnior. *Revista de Processo (versão eletrônica)*, v. 197, 2011; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit., 2019, pp. 1133-1134.

material ocorre vedação ao pedido ou à causa de pedir, haveria clara hipótese de mérito, ou seja, um caso de improcedência da demanda²¹⁴. Esta posição parece ser a mais adequada.

Armelin já argumentava, no CPC/1973, sobre a possibilidade jurídica de o pedido estar dentro do mérito:

Mas, qualquer que seja o seu objeto, ocorrendo a impossibilidade jurídica do pedido ou a ilicitude da *causa petendi*, a justificar a pré-exclusão do julgamento do mérito, que é o próprio pedido, em verdade o que sucede é um julgamento *prima facie* de mérito.

[...]

Com efeito, dizer que um pedido é insubsumível às normas jurídicas do sistema jurídico vigente, porque existe uma vedação expressa a respeito, não difere de se julgar que um pedido não pode ser acolhido porque não provou o autor a existência do suporte fático indispensável à sua subsunção à norma legal invocada. Ambos levam à rejeição do pedido em razão de sua carente fundamentação. Apenas em um caso inexistem fundamentos jurídicos; noutro, fáticos. Inobstante no caso de vedação expressa do sistema a premissa maior do silogismo judiciário ser inaceitável, e, no caso de falta de prova, ocorrer isso com a premissa menor desse silogismo, ambas as hipóteses, para efeitos processuais, são ontologicamente iguais, ou melhor, deveriam ser no que tange aos efeitos emergentes de sua constatação. A circunstância da apreciação da inviabilidade do pedido poder ser feita *ab initio* não retira da decisão, que o rechaça por impossibilidade jurídica, a natureza de decisão de mérito, porque, como é cediço, o momento da prolação de tal decisão no processo de modo algum tem o condão de firmar ou infirmar a sua natureza²¹⁵.

Para além desse argumento, dizer se a sua pretensão a determinado bem jurídico da vida é possível ou não diante do ordenamento jurídico é invariavelmente uma questão de mérito, sendo necessário analisar os fundamentos do pedido e ver se são compatíveis com as leis vigentes. Este tipo de juízo é o mesmo que o juiz realiza ao prolatar uma sentença de mérito ao final do processo.

A questão da possibilidade jurídica do pedido ser mérito fica ainda mais evidente quando a doutrina passa a admitir que a possibilidade também engloba a causa de pedir. O interesse é próximo ao mérito, mas ainda é preciso fazer um juízo de necessidade para aferi-lo, conforme se viu em tópicos anteriores.

Acredita-se, portanto, que o Código Processo Civil perdeu a oportunidade de colocar a possibilidade jurídica do pedido como hipótese de improcedência liminar do pedido (art. 332,

²¹⁴ COSTA, Susana Heriques. Da jurisdição e da ação. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit., 2017, p. 279; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo...* Op. cit., 2017, Item 1.2.3.1, p. 54; DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo Processo Civil*. Op. cit., 2016, Item 74, p. 116.

²¹⁵ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir...* Op. cit., 1979, pp. 51-52. Faz-se, aqui, apenas a observação do raciocínio silogístico de que não se concorda com a posição, o que, inclusive, foi explicado no primeiro capítulo deste estudo.

do CPC). Na disciplina do atual Código é necessário que haja citação do réu para possibilitar o contraditório, mesmo na hipótese de o pedido ser juridicamente impossível.

As hipóteses de improcedência liminar do pedido presente no art. 332, do CPC, podem até caracterizar uma espécie de possibilidade jurídica do pedido, pois contemporaneamente se reconhece que o juiz cria direito, logo, as súmulas e casos repetitivos seriam partes integrantes do direito ao realizar a sua interpretação. Seria uma possibilidade “jurídica do pedido qualificada”, pois para julgar o pedido improcedente de forma liminar é necessário haver alguns deste institutos de direito jurisprudencial.

Por estas razões bem fundamentadas acredita-se que a possibilidade jurídica do pedido pertence ao mérito do processo e não ao interesse processual. E, se o sistema jurídico veda determinado pedido ou causa de pedir, então se está diante de decisão de mérito que, aliás, transita em julgado (coisa julgada material).

2.2.4 Teoria da asserção nas condições da ação

Diante do fato de, frequentemente, as condições serem de difícil diferenciação em relação ao mérito, ou seja, os limites entre mérito e condições da ação estarem nublados, faz com que, em muitos casos, não seja possível estabelecer diferença. Fala-se que as condições da ação seriam um ponto de estrangulamento do direito material e do processo, sendo que parte da doutrina criou o que se convencionou chamar de “teoria da asserção”.

Para esta parte da doutrina, o exame das condições da ação somente teriam natureza de admissibilidade no início do processo, mais especificadamente, na fase postulatória do processo. Seriam o interesse processual e legitimidade avaliadas à luz das afirmações das partes, ou seja, *in statu assertionis*, na expressão latina. As condições da ação estariam sob o manto da cognição sumária. Barbosa Moreira afirma nesse sentido que o

exame da legitimidade, pois – como o de qualquer das ‘condições da ação’ tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória²¹⁶.

²¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimidade para agir. Indeferimento de petição inicial. *Temas de direito processual civil* (primeira série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 200.

Adentrando a fase instrutória, em que parte das provas são produzidas, as condições da ação passariam a ter natureza de mérito e não mais de admissibilidade. Assim, haveria uma transmutação da natureza das condições da ação à medida que a cognição se tornasse mais profunda.

A análise das provas e dos argumentos das partes geraria uma situação onde não mais fariam sentido as condições da ação serem tidas como de natureza processual. Não é o momento do processo que transmuda a natureza das condições da ação e, sim, a profundidade da cognição²¹⁷. No início do processo, as partes somente possuem prova documental disponível, portanto, a cognição neste momento processual é sumária devido à ausência de produção de outros tipos de prova, que podem ser essenciais ao processo. A análise seria comparativa entre os documentos e as afirmações das partes presentes na inicial.

Por razões de economia processual, o legislador teria sumarizado as questões referentes à legitimidade e ao interesse processual para que o juiz pudesse, desde logo, resolver o processo, proferindo uma decisão que não teria aptidão para transitar em julgado. Afasta-se, assim, o dano marginal que o tempo causa ao processo.

Conforme lecionam, respectivamente, José Rogério Cruz e Tucci²¹⁸ e Susana Henriques Costa²¹⁹:

Vencida a fase postulatória, as condições da ação já não mais serão apreciadas *in statu assertionis*, visto que, conduzido o processo para momento reservado à produção das provas, aprofundada, portanto, a cognição judicial, o ato decisório a ser proferido, em sequência, é de mérito, com o reconhecimento da Procedência ou improcedência do pedido.

Pelo atual CPC, portanto, a legitimidade e o interesse são meros requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito, cuja ausência, em teoria, impede o juiz de analisar o pedido do autor. Não se confundem, porém, com os pressupostos processuais, outra espécie de requisitos de admissibilidade de julgamento do mérito, sem embargo da existência de entendimento doutrinário em sentido contrário. Pressupostos processuais são requisitos para a existência e validade da relação jurídica de direito processual, enquanto a legitimidade (especialmente a ordinária) e o interesse (especialmente a necessidade) representam um primeiro olhar, ainda que superficial, no direito material trazido ajuízo, para verificação da pertinência subjetiva da demanda e da exigibilidade da prestação requerida. São questões de diferentes naturezas.

²¹⁷ COSTA, Susana Heriques. Da jurisdição e da ação. *Op. cit.*, 2017, pp. 284-285.

²¹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogerio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, v. 8, 2018, pp. 53-54.

²¹⁹ COSTA, Susana Heriques. Da jurisdição e da ação. *Op. cit.*, 2017, p. 286.

De fato, percebe-se que em alguns sistemas jurídicos estrangeiros, as condições da ação possuem natureza de mérito, mais especificamente de natureza prejudicial em relação às questões principais. O caso mais famoso é o da Alemanha, onde a doutrina possui o consenso de que a legitimidade para agir seria questão de direito material, logo, não estando dentro da admissibilidade e, sim, sendo parte do objeto litigioso (não se aplicando este entendimento para a legitimidade extraordinária)²²⁰.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é pacífica e consolidada já há algum tempo pela adoção da teoria da asserção. Nesse sentido:

É o que diz a teoria da asserção, adotada pela jurisprudência desta eg. Corte Superior, que já proclamou que os fatos narrados na inicial constituem meras alegações, de modo que, nesse momento, as condições da ação, dentre elas o interesse processual, devem ser avaliadas *in status assertionis*, ou seja, de forma abstrata, à luz exclusivamente da narrativa constante na inicial, sem o aprofundamento na matéria de mérito e dispensando qualquer atividade probatória²²¹.

Concorda-se com a chamada “teoria da asserção” (expressão infeliz, mas utilizada na prática). Entende-se, no entanto, que devem ser feitas algumas observações. A posição de que a condição da ação é aferida pela simples afirmação da parte parece um tanto controversa, pois sugere ser sempre necessária uma prova documental para confirmar a presença ou não da condição da ação. Armelin afirma que a ilegitimidade poderá ser comprovada no processo com a comparação da estrutura argumentativa da lide e o conjunto de provas pré-constituídas presentes na inicial. O desacordo de ambas gera situação de ausência de ilegitimidade para agir²²².

Posto isto, as condições da ação são uma técnica processual que visa possibilitar a economia processual, sendo hipótese de sumarização da cognição dado o momento processual presente, é neste sentido que Kazuo Watanabe defende: “as “condições da ação” nada mais constituem que técnica processual instituída para a consecução desse objetivo”²²³.

²²⁰ Ao fazer um estudo sobre a legitimidade no Direito alemão, tem-se: ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir...* Op. cit., 1979, Item 135, p. 136; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. Op. cit., 1989, p. 84.

²²¹ REsp 1.609.701-MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 18/05/2021, DJe 20/05/2021. Para um estudo jurisprudencial profundo, consultar: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit., 2018, pp. 54-56.

²²² ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir...* Op. cit., 1979, Item 70, p. 86.

²²³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000, p. 94

Superada a questão, acredita-se que a teoria da asserção seja útil para acomodar a questão das condições da ação e os problemas teórico-práticos gerados na vida do operador do Direito.

2.3 MÉRITO

Como mencionado anteriormente, o demandante no processo, por meio de seu advogado, tem a liberdade de escolher os limites de atuação da jurisdição e sobre o que irá discutir no processo. O estado não presta tutela jurisdicional sem o consentimento do litigante. Essa escolha do jurisdicionado pode ser acatada ou não pelo Judiciário, sendo chamada de mérito ou objeto litigioso do processo.

Tradicionalmente, no Processo Civil, o mérito do processo é tomado pelo pedido. De acordo com Teresa Arruda Alvim, “o mérito da ação é a lide, a pretensão, o pedido, o objeto litigioso, o *petitum* formulado pelo autor”^{224,225} – todas essas expressões possuem o mesmo sentido para fins deste estudo.

Segundo Dinamarco, o mérito constitui o julgamento da pretensão de direito substancial do autor como um todo, isto é, o magistrado opta entre várias soluções aquela que mais se encaixa com o ordenamento jurídico presente naquele momento²²⁶. Há, nessa posição, estreita relação entre o pedido, o dispositivo da sentença e os limites objetivos da coisa julgada, pois bastava que o magistrado julgasse procedente ou improcedente o pedido do autor para que o alcance da coisa julgada fosse automaticamente delimitado²²⁷.

²²⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Os agravos no CPC de 2015*. Op. cit., 2021, Item 3.1, p. 187.

²²⁵ Referente ao mérito no contexto recursal, Barbosa Moreira explicita: “Objeto do juízo de mérito é o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida. Quando nela se denuncia vício de juízo (*error in iudicando*, resultante de má apreciação da questão de direito, ou da questão de fato, ou de ambas), pedindo-se em consequência a reforma da decisão, acoimada de injusta, o objeto do juízo de mérito, no recurso, identifica-se (ao menos qualitativamente) com o objeto da atividade cognitiva no grau inferior de jurisdição, com a matéria neste julgada. Quando se denuncia vício de atividade (*error in procedendo*), e por isso se pleiteia a invalidação da decisão, averbada de ilegal, o objeto do juízo de mérito, no recurso, é o julgamento mesmo proferido no grau inferior. Ao examinar o mérito do recurso, verifica o órgão *ad quem* se a impugnação é ou não fundada (procedente) e, portanto, se lhe deve ou não dar provimento, para reformar ou anular, conforme o caso, a decisão recorrida.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2013, pp. 267-268). O mérito na execução não ocorre da mesma forma que o mérito do processo de conhecimento. Segundo Sérgio Shimura: “na ação de conhecimento, o pedido é atendido mediante sentença. Na execução, o pedido é satisfeito pela prática de atos concretos, atos executivos de ingresso no patrimônio do devedor; o mérito na execução não é mais questão a ser decidida, mas a atos a serem praticados.” (SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 88). A partir disso, percebe-se que o mérito executivo é atendido pela satisfação das obrigações contidas no título.

²²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., 2017, pp. 229-230.

²²⁷ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. O conteúdo da sentença e os limites objetivos e subjetivos da sua eficácia e da coisa julgada. In: YARSHELL, Flavio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador:

Em outros termos, o objeto da coisa julgada é o julgamento de mérito, em que o juiz afirma a procedência ou improcedência da pretensão²²⁸. A partir disso, o julgamento de mérito pode gerar decisões declaratórias, constitutivas e condenatórias (executiva *lato sensu* e mandamentais, caso adote a classificação quinária)²²⁹. Essa primeira posição tem a pretensão de adotar um conceito unitário de objeto de processo.

Existe uma segunda posição que entende o mérito de maneira mais ampliativa, ou seja, não estaria centrado o pedido do autor. Esta corrente entende que o pedido, a causa de pedir e a defesa de mérito circunscrevem o objeto litigioso do processo. Pretende, assim, ser pragmática e resolver as principais falhas da primeira posição²³⁰. Esta é a posição adotada neste estudo.

O objeto litigioso é importante, pois é uma noção teórica que guia a atividade do juiz, das partes e de terceiros dentro do Processo Civil. É essencial, pois serve de guia para alguns institutos fundamentais, tais como a litispendência, a coisa julgada e a conexão. Para determinar tais institutos é necessário que haja o cotejo de ambas as causas de pedir dos processos supostamente idênticos.

A primeira posição falha ao adotar um conceito unitário de objeto do processo, pois para resolver a problemática dos pressupostos negativos do processo é necessário delimitar a causa de pedir. Somente com o pedido é impossível diferenciar um processo de outro; logo, esta posição dá um conceito unitário insatisfatório de mérito processual²³¹.

Além da problemática da coisa julgada e da litispendência, uma série de institutos necessitam da análise da causa de pedir para alçarem seus determinados fins. Importante ver a questão da competência em razão da matéria, a produção de determinadas provas, a adoção de

Juspodvim, 2016, p. 92. Neste sentido, tem-se, também, a opinião de Antônio do Passo Cabral: “A partir da vitória da concepção unitária do objeto do processo, que igualava o *Streitgegenstand* ao pedido (excluindo qualquer parcela da causa de pedir), a correlação da coisa julgada com o objeto do processo caminhou para a limitação objetiva da *res iudicata* ao dispositivo da sentença, o ponto onde o juiz respondia ao pedido, julgando-o efetivamente. Estavam excluídas da abrangência objetiva da coisa julgada todos os aspectos da fundamentação da decisão.” (CABRAL, Antônio do Passo. Novas tendências nos limites objetivos e temporais da coisa julgada. *Revista ius dictum: teoria geral da adjudicação*, v. 00, 2020, p. 34).

²²⁸ A coisa julgada também recai sobre sentenças de mérito atípicas, em que não há, propriamente, uma parte dispositiva de autoria do juiz.

²²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Op. cit., 2016, p. 68.

²³⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. O objeto litigioso na dogmática do processo civil alemão. *Direito processual civil: entre comparações e harmonizações*. Salvador: Juspodvim, 2021, p. 158.

²³¹ “Em verdade, a doutrina de Schwab frustra qualquer expectativa no sentido de contar-se com um conceito unitário de objeto litigioso, que ofereça instrumental técnico adequado para dar tratamento a fenômenos processuais relacionados — que seria, aliás, o escopo de qualquer teoria acerca do objeto litigioso. Isso porque, para analisar adequadamente institutos correlatos, como o da coisa julgada e seus limites objetivos, Schwab abriu mão do aspecto fundamental de sua construção, propondo o recurso a elementos complementares — motivos e fundamentos — a fim de possibilitar um exame adequado do fenômeno.” (DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil*. São Paulo: RT, 2016, Item 3.1.2.2, p. 126).

determinados procedimentos especiais – questões que, por vezes, sinalizam a necessidade de extravasar a mera percepção do pedido²³².

Além dessas questões clássicas, o Código de Processo Civil de 2015, desde que cumpridos determinados requisitos, estendeu os limites objetivos da coisa julgada às mencionadas questões prejudiciais. Agora, os limites não ficam restritos ao dispositivo da sentença, gerando inúmeras discussões sobre o tema. É o que diz o art. 503 do CPC: “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º. O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se [...]”²³³.

A intenção trazida pelo novo Código é que o conflito, como um todo, não seja trazido novamente à apreciação do Poder Judiciário. Impede-se, com isso, que as questões já discutidas anteriormente voltem à apreciação do juiz, evitando a repetição de um debate já feito. No novo sistema é possível, a título de exemplo, discutir dano material contratual e, anos mais tarde, vir a pedir o dano moral contratual. Se, porém, o juiz afastou a ocorrência de nulidade contratual alegada pelo réu na ação de dano moral, ele não poderá argui-la novamente mais tarde, caso venha a se discutir o dano moral, satisfeitos os determinados pressupostos.

Para determinar, portanto, se a coisa julgada incide ou não sobre a questão prejudicial, é necessário observar como a causa de pedir foi delimitada pelas partes, pois as questões prejudiciais inevitavelmente integram a causa de pedir e os fundamentos da defesa do réu.

Diante de todas essas problemáticas, a doutrina alemã superou a noção de que o pedido é o mérito do processo. Diante disso, Renato Beneduzi afirma que a doutrina e a jurisprudência alemã consideram a causa de pedir e o pedido como o mérito do processo. Nesse sentido,

Streitgegenstand é, em primeiro lugar, a pretensão deduzida pelo autor (*Anspruch*); não a pretensão de direito material a que alude o § 194 BGB, como se entendia quando da promulgação da ZPO, mas uma pretensão genuinamente processual. Segundo a opinião hoje dominante, são dois os elementos do *Streitgegenstand*: a causa de pedir (*Sachverhalt*), o evento da vida, despido de qualquer qualificação jurídica, com fundamento no qual o autor pede tutela, e o pedido (*Antrag*), aquilo que o autor, concretamente, pede ao Poder Judiciário (por exemplo, a condenação do réu ao pagamento de uma certa soma de dinheiro, não apenas a condenação enquanto espécie de tutela jurídica, tampouco apenas o bem da vida reclamado, porque o mesmo bem pode ser objeto de um pedido meramente declaratório e de outro condenatório)²³⁴.

²³² MACEDO, Lucas Buril. *Objeto dos recursos cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 42.

²³³ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

²³⁴ BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018, p. 74. No mesmo sentido: JAUERING, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, §§ 37,

Diante desse cenário, é razoável defender a existência de uma relação simbiótica entre pedido e causa de pedir para determinar o mérito ou objeto do processo²³⁵. Seja para resolver problemas práticos relacionados a determinados institutos processuais, ou para não excluir totalmente a participação argumentativa das partes na construção de uma solução adequada ao processo.

2.3.1 Questões prévias: prejudiciais e preliminares

As questões ditas prévias, ou seja, que antecedem logicamente a questão principal no processo, são compostas de dois grupos: *prejudiciais* e *preliminares*. A determinação desses conceitos é relevante, pois são usados para determinar alguns institutos processuais (como os limites objetivos da coisa julgada).

O conceito de questão prejudicial, no final do século XIX e início do XX, representava um problema para os doutrinadores. Isso porque tinha em sua formação duas grandes fontes históricas distintas, o que gerava confusão na doutrina da época, já que basicamente cada doutrinador tinha um conceito a respeito. Esse fenômeno é chamado por Barbosa Moreira de *promiscuidade conceitual*²³⁶.

Essa promiscuidade decorria da divergência entre os conceitos de *prejudicial*, originados do Direito Romano e do Direito Medieval. O conceito romano (do Período Formular) levava em conta o liame lógico entre duas ações, em que uma era prejudicial e a outra prejudicada. Esse fenômeno também acontecia dentro de um mesmo processo, o que exigiu seguir uma ordem lógica de enfrentamento da questão para a resolução da controvérsia.

Já a “questão” do Direito Medieval era um tanto distinta. Na Idade Média, se dizia que uma questão era prejudicial se a lei criasse um efeito suspensivo no processo; logo, quando a lei afirmava que o processo estava sob efeito suspensivo, a doutrina automaticamente deliberava a existência de uma questão prejudicial. O erro do Direito Medieval era considerar um efeito de prejudicialidade à causa²³⁷.

p. 217 Com explicações mais detalhadas explicando as diversas posições da Alemanha de forma sistemática, tem-se: CRUZ E TUCCI, José Rogério. O objeto litigioso na dogmática do processo civil alemão. *Direito processual civil*: entre comparações e harmonizações. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 158 e ss.

²³⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas* – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 105-106.

²³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Instituto Makenzie, 1967, pp. 11-14.

²³⁷ CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais* – limites objetivos e subjetivos. São Paulo: RT, 2019, pp. 166-122; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op. cit.*, 1967, pp. 15-20.

Dessa confusão terminológica, Barbosa Moreira aponta que o responsável por resgatar o conceito de questão prejudicial do Período Formular romano foi Francesco Menestrina, que idealizou a ideia de vínculo de subordinação entre questão subordinante e subordinada. Essa ordem natural ocorre quando o magistrado tem de se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de determinado tributo em uma demanda fiscal movida pelo Poder Público.

Neste sentido, ensina Barbosa Moreira:

convém atentar que todo o fenômeno de que se está tratando emerge deste dado substancial. As questões prioritárias não são tais em virtude de algo que esteja nelas mesmas, isoladamente consideradas, nem de algo que esteja nas questões que delas dependem, mas por força particular da relação que se estabelece entre umas e outras²³⁸.

Esse liame lógico de resolução, no entanto, também é considerado na resolução de questões preliminares. A reunião das questões prejudiciais e preliminares é chamada pela doutrina contemporânea de *questões prévias*. O diferencial entre ambas é o modo como influenciam as questões subordinantes sobre a decisão das questões subordinadas. A resolução da questão preliminar não determina o resultado da questão principal a ela vinculada. O que ocorre é “que as soluções das preliminares tornaram ou não *admissíveis* o julgamento das questões a elas vinculadas”²³⁹.

Já a questão prejudicial influencia, de modo significativo, o resultado do objeto litigioso do processo, cuja influência não é determinante para o resultado final, mas se apresenta muito relevante no plano processual. A doutrina costuma afirmar, como potencial, a possibilidade de criar um resultado²⁴⁰.

Este é o sentido apontado por Thereza Arruda Alvim: “prejudicial é, dentro do esquema por nós colocado, aquela questão que deve, lógica e necessariamente, ser decidida antes de outra, sendo que sua decisão influenciará o próprio teor da questão vinculada”²⁴¹.

²³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 81.

²³⁹ ARRUDA ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, p. 23. (g.n.)

²⁴⁰ “É importante perceber que a relação de influência que um elemento pode exercer sobre outro tem, nesse conceito, um caráter eminentemente potencial; basta, assim, que exista a possibilidade de que o juízo feito sobre uma questão venha a repercutir sobre a análise de outra. Portanto, para se afirmar que entre duas questões existe uma relação de prejudicialidade, não se faz necessário que uma delas, ou ambas, já tenham sido apreciadas em juízo. É suficiente, como dito, a mera aptidão de uma para influir no teor da outra, o que deve ser aferido *ex ante*.” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 181).

²⁴¹ ARRUDA ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites...* *Op. cit.*, 1977, p. 24.

Barbosa Moreira, contudo, faz um adendo interessante ao conceito de questão prejudicial. Para o autor, é possível, na cadeia de resolução de questões prejudiciais, a ocorrência da relação prejudicial entre questão processual e questão de mérito. Nesse sentido,

o tipo de relação entre questão subordinante e a questão subordinada tampouco depende de uma pertinência de uma e outra ao direito material ou ao direito processual. Pode o vínculo de dependência manifestar-se entre duas questões regidas pelo direito material, entre uma questão regida pelo direito material e outra pelo direito processual e vice-versa – e em todos esses casos tanto é possível que a solução dada à subordinante pré-determinasse o sentido em que se resolverá a subordinada, como é possível igualmente que a primeira seja capaz de pré-excluir o conhecimento da segunda pelo juiz²⁴².

Esse vínculo no processo entre uma questão prejudicial e outra principal ocorre no entrelaçamento das questões prejudiciais, e advém da cadeia dessas mesmas questões que ocorrem no processo, como no caso de resolução de cláusula de competência contratual. A questão da competência influencia o resultado da resolução da prejudicial de nulidade contratual que, por sua vez, influencia a questão principal. É nesse sentido, portanto, que a questão processual prejudicial influencia uma questão de direito material.

2.3.2 Critérios classificatórios de provimentos/sentenças judiciais

Os provimentos judiciais têm, em regra, duas correntes majoritárias: a teoria tradicional e a quinária. A eficácia da sentença é amplamente discutida pela doutrina, o único consenso é que provavelmente não exista concordância sobre a expressão.

Existem, ainda, outras propostas de classificação²⁴³ para além dessas supracitadas, no entanto, essas não se mostram muito influentes em relação à doutrina e à jurisprudência, com o devido respeito aos doutrinadores que estudaram novas formas de classificar os provimentos judiciais.

É válido lembrar que classificações são úteis ou inúteis, não havendo classificação melhor ou pior. Elas funcionam como redutor de complexidade da realidade, e visam a pôr em ordem a realidade a fim de que o ser humano possa compreender o objeto de pesquisa²⁴⁴.

A eficácia é a qualidade que possui determinado ato jurídico (neste caso, a decisão judicial) para produzir efeitos. Lembra Barbosa Moreira que a palavra *eficácia* tem dois

²⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. *Op. cit.*, 1971, p. 85.

²⁴³ Sobre o tema, tem-se: WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. *Op. cit.*, 2000, p. 38 e ss.

²⁴⁴ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais – teoria geral e aplicação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 45-46.

sentidos: “pode-se falar de eficácia como simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato)”²⁴⁵.

Esses efeitos sistematizados pela doutrina são essenciais à compreensão da atividade jurisdicional outorgada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88).

2.3.3 Classificação ternária/clássica

A classificação tradicional ou ternária é dividida em três grandes categorias, que são: sentença declaratória, constitutiva e condenatória. Tal classificação remonta ao final do século XIX e início do XX (período do início da autonomia científica do processo) quando, segundo Barbosa Moreira, as sentenças já vinham sendo classificadas de acordo com o que parte da doutrina adota atualmente, e as doutrinas alemã, italiana, espanhola, francesa e argentina aceitam pacificamente, mesmo que com alguns “acidentes de percurso”²⁴⁶.

O critério da classificação ternária é o pedido veiculado pelas parte²⁴⁷ ou, como outros expressam, é a simetria/correlação entre pedido e sentença²⁴⁸.

Neste caso, o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88) força o juiz a decidir sobre, pelo menos, duas pretensões antagônicas: a do autor de obter certeza, constituir nova relação e adimplir obrigações; e do réu, que pede a declaração de que não houve violação no mundo do Direito. A opção pelas várias soluções apresentadas em juízo no momento de crise é tornar uma delas definitivas²⁴⁹.

2.3.4 Decisão declaratória

A sentença com eficácia declaratória é a decisão que traz certeza sobre determinada relação jurídica substancial. É por meio dela que se sabe da existência ou inexistência de direitos

²⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Temas de direito processual* (quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 175-176.

²⁴⁶ O autor fala de divergências pontuais que a doutrina já superou em seus respectivos países: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas em matéria de classificação de sentença. *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 125-128. Acrescenta o autor que essa classificação quase fora positivada no projeto originário do Código de Processo Civil de 1973, contudo, segundo o mestre, o texto era “muito defeituoso”.

²⁴⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo...* Op. cit., 2017, p. 85.

²⁴⁸ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 986.

²⁴⁹ “Há crise de certeza, debeláveis por um ato jurisdicional que torne certa a relação jurídica sobre a qual havia dúvida; há crises de adimplemento, a serem superadas por medidas capazes de oferecer ao credor o mesmo resultado que o devedor teria produzido, se adimplisse; há crises das situações jurídicas, que se eliminam instituindo entre os litigantes uma situação jurídica nova.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., 2017, pp. 230-232).

e deveres que englobam um vínculo jurídico. Ela disciplina as relações substanciais do Direito e deixa claro o que aconteceu e como tudo se resolveu.

A sentença meramente declaratória é a modalidade de provimento que se apresenta com maior simplicidade, pois apenas retira a situação de dúvida de acontecimentos do passado que estão inseridos numa relação jurídica, sem alterar ou modificar determinada situação jurídica²⁵⁰.

É interessante observar que toda sentença possui natureza declaratória, porque este é o traço comum de todas as decisões judiciais, conforme orienta Cruz e Tucci: “seja como for, é curial que toda e qualquer ação e, pois, todas as sentenças proferidas em processo de conhecimento contenham eficácia declaratória, em grau de intensidade mais ou menos acentuado”²⁵¹.

É uma exigência lógica, segundo aponta Teresa Arruda Alvim, pois “todas as sentenças têm, como se sabe, cunho declaratório. A declaração se impõe logicamente, antes de tudo, ao juiz.” Algumas vezes, no entanto, o autor só precisa ou só deseja do efeito declaratório, por esta razão, a locução meramente declaratória é utilizada²⁵².

Por este motivo, os arts. 19 e 20 do Código de Processo Civil aceitam a ação do ordenamento jurídico, contudo, “é inadmissível a utilização da ação declaratória como forma de consulta ao Poder Judiciário, motivo pelo qual não cabe ação declaratória para simples interpretação de tese jurídica ou de questão de direito”²⁵³. Não pode, portanto, o demandante pedir ao juiz que declare que em tal dia tenha chovido, pois esses fatos devem estar inclusos na causa de pedir de ações próprias.

A exceção desta regra é a questão da falsidade documental de determinado documento (art. 19, inc. II, do CPC)²⁵⁴. Há outras exceções possibilitadas pela jurisprudência, em que as Cortes brasileiras admitem implicitamente declarações de fatos, apesar de a jurisprudência, nesses casos, nunca admitir expressamente que está extrapolando os limites²⁵⁵.

²⁵⁰ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: RT, 2017, pp. 986-988.

²⁵¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil. *Op. cit.*, 2018, p. 262.

²⁵² ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo...* *Op. cit.*, 2017, p. 80.

²⁵³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Anotado* (edição eletrônica). 17. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 140.

²⁵⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2012, p. 96.

²⁵⁵ Afirma Lia Carolina Cintra: “Outros exemplos, citados por João Batista Lopes, mantêm a crença de que o objeto do pedido declaratório extrapola os estritos limites da existência ou inexistência de relação ou situação jurídica: interpretação de testamento; declaração dos efeitos do casamento putativo; declaração da juridicidade da cobrança de alugueis progressivos, etc. Também na obra de Theotônio Negrão há elucidativos exemplos: declaração de invalidade de cláusula contratual; declaração de invalidade de alteração estatutária; declaração de nulidade de citação, etc. [...] A linha divisória parece ser muito tênue. A jurisprudência acaba admitindo declaração de fatos quando dele emanam efeitos jurídicos de maneira um pouco aleatória, mas sempre sem admitir que está declarando fatos. A tentativa de consagração da expressão “modo de ser da relação jurídica” em nível legislativo

É o que consta do art. 19, inc. I, do CPC, que afirma a necessidade de a *fattispecie* apresentar alguma consequência jurídica tutelada pelo ordenamento, e que esteja inserida em uma relação jurídica.

Importante afirmar que a declaração ocorre no dispositivo e não na motivação da decisão judicial. As fundamentações possuem apenas declarações de fato e de direito, no entanto, funcionam como suporte lógico da conclusão do juiz sobre a existência de direitos. Já a declaração constante no dispositivo é que são suscetíveis de ocorrência da coisa julgada²⁵⁶.

2.3.5 Decisão constitutiva

A decisão constitutiva não se limita a confirmar a relação jurídica pré-existente, pois tal modalidade de sentença tem a capacidade de modificar relações jurídicas, criando, assim, novos vínculos jurídicos entre as partes do processo. Em geral, é o direito substancial que outorga a capacidade de alterar relações jurídicas, como ocorre no pedido de anulação de casamento. Às vezes, porém, é o próprio direito processual que outorga essa capacidade de alterar as modificações jurídicas. É o que ocorre na ação rescisória, em que a coisa julgada é desconstituída, ou nos embargos de terceiro, com a desconstituição do ato construtivo que afeta terceiros²⁵⁷.

Duas são as razões pelas quais existe a tutela constitutiva: a primeira é a título voluntário, que ocorre quando uma pessoa pode oferecer determinado resultado jurídico, mas não o faz por razões variadas; o segundo motivo ocorre por força de lei, ou seja, a ordem jurídica impede que as partes resolvam a crise via consenso ou acordo²⁵⁸.

A tutela constitutiva é dividida em positiva e negativa, ou constitutiva e desconstitutiva. Neste caso, a positiva limita-se a criar uma relação jurídica nova que anteriormente não existia no mundo do Direito. A constitutiva negativa desconstitui relação jurídica que havia anteriormente, é o caso do provimento dado na ação de embargos de terceiro, onde o juiz libera terceiro de relação jurídica processual instaurada a partir de ato construtivo no patrimônio de terceiro²⁵⁹.

indica que ainda que se pretenda alargar o objeto do pedido declaratório, procura-se manter ao menos nominalmente a restrição no tocante aos fatos, que só poderiam ser objeto de declaração judicial em casos excepcionais.” (CINTRA, Lia C. Batista. A relevância da vontade no processo, interpretação do ato postulatório e pedido “meramente” declaratório. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 239, Jan./2015, pp. 4-5).

²⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., 2017, p. 262.

²⁵⁷ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiros*. Op. cit., 2017, p. 148.

²⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., 2017, pp. 301-303.

²⁵⁹ Em passagem, Armelin destaca: “portanto, o caráter desconstitutivo da ação de embargos, é na prática, onipresente, ensejando, dessarte, uma posição doutrinária significativa, no sentido de sua classificação, como ação

A tutela constitutiva possui dois momentos distintos que determinam esta modalidade de tutela: (I) o primeiro, de natureza declaratória (toda tutela possui dose de declaração) em que se reconhece o direito pleiteado; (II) o segundo, o momento propriamente constitutivo em que as relações são modificadas ou extintas.

É igualmente interessante lembrar que as modificações ocorridas pela sentença constitutiva devem ocorrer de acordo com as exigências da lei processual ou material. Devem ser rigorosamente observadas, pois não é dado ao juiz o direito de, propriamente, substituir a vontade das partes, mas, sim, apenas de acordo com as consequências previstas em lei²⁶⁰.

Nota-se, portanto, que “essa ação provém da eficácia inovadora existente em certos direitos subjetivos”²⁶¹, que alteram o mundo jurídico e promovem mudanças nas relações.

2.3.6 Decisão condenatória

A sentença condenatória é a classificação mais polêmica dos três grupos de provimentos, pois se sabe que possui elemento declaratório como todas as outras. O que fica em dúvida, porém, é o *plus* que a caracteriza. A doutrina não discrepa quanto à capacidade de formar título executivo judicial e dar acesso à satisfação do bem da vida.

É o que Barbosa Moreira ensina:

que a constituição do título executivo lhe seja traço peculiar é ponto que não nos inclinaríamos a pôr em dúvida. Apenas, reconhecer-lhe como constante o efeito executório não importa, nem deve importar, que se defina por ele a sentença condenatória [...]. A questão é saber se existe algo mais, que se haja de identificar como a causa do efeito executório²⁶².

A doutrina não parece entrar em consenso com esse acréscimo pós-declaração. Parte dela sustenta, à luz da teoria de Liebman²⁶³, que a marca que predomina na sentença condenatória é a sanção. Arruda Alvim afirma, nesse sentido, que “o que marca, precipuamente, é o elemento de sanção. Obtida a sentença condenatória, adquire o autor um instrumento jurídico destinado à satisfação do seu direito”²⁶⁴.

constitutiva. A rigor, ela é uma ação constitutiva negativa ou desconstitutiva em razão de seus efeitos inarredáveis quanto ao desfazimento da situação processual constritiva.” (ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiros*. Op. cit., 2017, p. 146).

²⁶⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, pp. 146-149.

²⁶¹ ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 117.

²⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. *Temas de direito processual* (primeira série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 79-80.

²⁶³ LIBMEAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Op. cit., 2005, Item 84, p. 237.

²⁶⁴ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de Direito...* Op. cit., 2017, p. 990. Sobre esse tema, Barbosa Moreira percebeu flagrante contradição na teoria de Liebman, e afirmou que o critério não poderia ser a sanção,

Há quem afirme que a sentença condenatória é caracterizada por uma ordem judicial ao réu ou terceiro no processo, para que assim haja o adimplemento do direito do autor. Esse parece ser o critério adotado pelo Direito Alemão, conforme lembra Barbosa Moreira²⁶⁵.

Outros, ainda, afirmam que o *plus* é, na verdade, uma “prestação” que emerge da relação substancial de direito, e que visa a sanar a crise do adimplemento. Essa prestação também abre caminho à chamada execução forçada²⁶⁶.

A doutrina, enfim, não parece concordar neste ponto com o que seria o fator determinante. Sabe-se, contudo, que este fator é essencial para caracterizar sentença condenatória e abrir caminhos para a fase executória da sentença.

2.3.7 Classificação Quinária

A classificação tida como quinária é a construída por Pontes de Miranda e aprimorada por Ovídio Baptista e Kazuo Watanabe. Nela, como o próprio nome diz, existem cinco grupos: sentença declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *latu sensu*.

Pontes de Miranda parte da premissa de que não existem sentenças puras ou decisões meramente declaratórias ou constitutivas, etc. O que ocorre é que todas as eficácias se conjugam formando um provimento que satisfaz o direito da parte. O autor afirma que há, na verdade, um critério de preponderância entre as decisões judiciais, ou seja, uma sentença é preponderantemente mandamental ou condenatória, etc. A ideia centra-se na conjugação dos cinco grupos de ações²⁶⁷.

O provimento mandamental e executivo *lato sensu* é caracterizado pela não necessidade de procedimento executivo posterior. Logo, o momento executivo e o provimento que declaram certeza de determinada situação jurídico substancial são os mesmos²⁶⁸.

ou seja: “O problema fundamental, todavia, permanece intacto. Não há reputar ilegítima *a priori* a tentativa de ligar-se a uma declaração o efeito executório; será porém igualmente legítima a exigência de que se esclareça porque dessa determinada declaração promana um efeito que outras se mostram inaptas a operar. Em que consiste, afinal, a declaração capaz de proporcionar à parte vencedora título hábil para a execução forçada? A resposta de Liebman, vazada em fórmula mais aderente à realidade, soaria: na declaração da aplicabilidade da sanção. Ora, justamente nisso é que não se pode convir sem fazer tábua rasa das hipóteses em que o juiz condena, e a sentença se executa, sem que se trate em absoluto de sanção; e também daquelas outras, não tão raras, em que a sanção se efetiva na própria sentença, sem necessidade – nem, aliás, possibilidade – de repor-se em movimento, para atualá-la, o mecanismo judicial.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria... *Op. cit.*, 1988, p. 80).

²⁶⁵ Este é o critério com o qual o autor igualmente não concorda: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas... *Op. cit.*, 2004, pp. 133-134.

²⁶⁶ YARSHELL, Flavio Luiz. *Tutela jurisdicional*. *Op. cit.*, 1998, p. 156.

²⁶⁷ MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações*. São Paulo: Bookseller, v. 1, 1998, pp. 137-139.

²⁶⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. *Op. cit.*, 2000, pp. 47-49.

Watanabe complementa em outro texto:

Após perplexidade inicial e resistência causada pela influência da concepção predominante, a meditação e a análise que procedemos sobre os fenômenos que ocorrem efetivamente na prática processual conduziram-nos, afinal, à conclusão de que os provimentos mencionados são efetivamente distintos do provimento condenatório, pela própria natureza e também pela forma de sua atuação, e não apenas pelo momento processual em que o ato de atuação do direito é efetivado (execução feita no próprio processo em que a cognição é estabelecida – executiva *lato sensu* e mandamental) ou unicamente pelo destinatário do comando judicial (uma autoridade pública – mandamental)²⁶⁹.

Outra diferenciação importante que vem sendo analisado como pressuposto inerente à classificação da quinária é a ideia de relativização do binômio execução e cognição. Essa utilidade visa, ainda, a identificar se o juiz está exercendo *imperium* ou *cognitio*.

Esses dois elementos essenciais aos processualistas, contudo, não podem ser considerados em compartimentos estanques, mas, sim, combinados os momentos de declaração e o de execução dos atos judiciais, a fim de que o processo tenha tutela adequada e efetiva. Estão, também, centrados na ideia da tutela sub-rogatória prevista exhaustivamente no Código de Processo Civil e não são a única alternativa à disposição do juiz²⁷⁰.

Existe, ainda, uma relativização na sentença mandamental e executiva *lato sensu* do princípio do dispositivo, pois a satisfação do Direito ocorre no mesmo comento da sua declaração à execução desses provimentos, que ocorrem de ofício pelo magistrado, prescindindo de requerimento. Nesses casos, Watanabe aponta que o princípio do dispositivo é excepcionado e, a partir disso, no contexto da tutela executiva *lato sensu*:

Não há, no processo de despejo, uma execução *ex intervallo* dependente da propositura, pelo locador, de nova ação (ação executória). A execução, embora dependente da manifestação de vontade pelo interessado, é efetivada em seguida à sentença, às vezes antes mesmo do seu trânsito em julgado (quando o recurso é recebido apenas no efeito devolutivo) e até mesmo antes da sentença final, quando é concedida a antecipação da tutela, que a Lei de Locação de Imóveis Urbanos – 8.245, de 18.10.1991 – admite em certas hipóteses (CF, art. 59, § 1º)²⁷¹.

²⁶⁹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça), processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 193.

²⁷⁰ “Essas ponderações permitem, em nosso sentir (o tema requer um estudo mais aprofundado, cabendo aqui apenas um rápido aceno à problemática), as seguintes conclusões: a) relatividade da dicotomia processo de conhecimento-processo de execução; b) as espécies de execução forçada previstas no Livro II do Código de Processo Civil, baseadas na responsabilidade patrimonial do executado, não exaurem as formas de atuação do direito admitidas pelo nosso sistema processual, que admite, conforme visto, a conjugação de provimentos executivos com vários tipos de provimentos de conhecimento.” (*Id., ibid.*, pp. 199-200).

²⁷¹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica... *Op. cit.*, 2019, p. 194.

Fixadas as premissas, passa-se às modalidades em espécie que ocorrem na concepção de Pontes de Miranda.

2.3.8 Decisão executiva *lato sensu*

Pontes de Miranda define a ação executiva *lato sensu* da seguinte maneira:

a ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor*). No definir títulos executivos e em apontá-los, o direito material reputa-os suficientes para começo de execução (cognição incompleta). É comum às sentenças condenatórias que passam em julgado terem em si elementos de cognição completa para a execução, salvo *lex specialis*²⁷².

A partir disso, constata-se que a executiva *lato sensu* é cumprida de imediato, quando a lei percebe que o bem é tão relevante que não deve seguir o modelo sub-rogatório. Por isso, foi cunhado pela doutrina posterior o vocábulo *lato sensu*, que se oporia à execução tradicional por sub-rogação.

O vocábulo *lato sensu* não está presente na doutrina originária de Pontes de Miranda, sendo incluído, posteriormente, por outros autores, dentre os quais alguns apresentam repúdio a tal construção²⁷³.

Os provimentos executivos prescindem de fase de execução a ser instaurada, pois o momento da declaração e da execução ocorrem na sentença. Diferentemente da tutela condenatória, o que necessita de uma demanda executiva (rito do cumprimento de sentença) *lato sensu* satisfaz a pretensão sem esse procedimento executivo extenso e detalhado.

A prestação se dá *in natura*, de acordo com o previsto na lei ou com o ato adequado emanado pela jurisdição.

Teresa Arruda Alvim orienta:

há condenação, sim. Mas, além desta, é necessário observar que esta espécie de sentença, para que haja alteração no mundo empírico, no mundo real, na esfera dos fatos, não reclama a existência de posterior processo de execução. Ao contrário, ela por si mesma, é apta a levar à efetiva satisfação do credor, prescindindo-se do processo de execução propriamente dito²⁷⁴.

²⁷² MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações*. Op. cit., 1998, pp. 135-136.

²⁷³ Sobre as críticas, tem-se: ASSIS, Araken. *Manual da execução*. Op. cit., 2016, pp. 127-129.

²⁷⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidade do processo e da sentença*. Op. cit., 2017, p. 83.

As sentenças executivas *lato sensu* não admitem em sua estrutura a chamada impugnação ao cumprimento de sentença. Isso ocorre pela ausência de intervalo entre a execução e declaração e pela ausência de processo executivo, previsto nos moldes do CPC.

Conforme aponta Watanabe, no contexto da ação de despejo, que é similar à possessória, e à época do artigo, ainda não havia a reforma de 2004:

a) inadmissibilidade de embargos do executado, conclusão que decorre do simples fato de inexistir ação executória; b) necessidade de dedução de toda a defesa na fase de conhecimento, inclusive no tocante ao direito de retenção por benfeitorias, e não através de embargos na fase de execução; c) execução promovida por simples mandado, após a notificação para a desocupação no prazo fixado, sem a necessidade do processo de execução forçada previsto no livro II do Código de Processo Civil (LGL/1973/5), que disciplina o Processo de Execução. Não sendo cumprido o comando judicial espontaneamente, os atos executórios são efetivados pelos auxiliares do juiz, de modo a assegurar a efetiva desocupação do imóvel, se necessário ‘com emprego de força, inclusive arrombamento’. Tudo isso assegura à ação de despejo, destinada à proteção de um direito patrimonial, uma grande efetividade. E a execução da sentença de despejo, embora aparente estar incidindo apenas sobre um imóvel, na verdade repercute na liberdade das pessoas que nele residem, pois são elas expulsas contra sua vontade, através do uso da violência oficial²⁷⁵.

2.3.9 Decisão mandamental

A tutela mandamental “prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandato porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental”²⁷⁶.

Caracteriza-se, portanto, por um mandar do juiz a outra pessoa, contudo, não é o simples condenar que legitima a tutela mandamental, mas é preciso que o ordene de forma expressa e que exerça coerção para legitimar tal ordem.

Não existe nenhuma exigência legal que no provimento mandamental deva ser apontado pelo juiz como, necessariamente, uma medida de apoio. Esta coerção ou execução indireta, no entanto, é inerente à natureza dessa sentença, conforme aponta Araken de Assis:

elemento independente, o mandato, incrustado no núcleo de eficácias da sentenças, irradia efeitos bem discerníveis no campo executivo: (a) a já realçada estatalidade imanente, tutelada através de medida coercitiva contra a pessoa do sujeito passivo; (b) o ato executivo ocorre ulteriormente ao provimento, *ex officio*, porém dentro da mesma estrutura de (processo)²⁷⁷.

²⁷⁵ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica... *Op. cit.*, 2019, pp. 194-195.

²⁷⁶ MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações*. *Op. cit.*, 1998, p. 136.

²⁷⁷ ASSIS, Araken. *Manual da execução*. *Op. cit.*, 2016, p. 126.

O ato de aglutinar cognição e execução exige que o juiz emita meios de pressão psicológica que convençam a parte executada a satisfazer a pretensão do autor. O ideal é que a satisfação seja feita *in natura*, contudo, na tutela mandamental isso nem sempre é possível, motivo pelo qual deve haver meio de execução indireta que convença, de imediato, quem está sujeito à ordem a cumpri-la.

2.3.10 Considerações sobre as classificações dos provimentos

Percebe-se que há problemas na determinação de ambas as classificações. A classificação de Pontes de Miranda falha em estabelecer um critério comum para compor o que reúne os provimentos. Enquanto que na classificação ternária o elemento comum que reúne todas as três categorias é o pedido e o possível provimento do juiz neste sentido, na classificação quinária não existe esse elemento, pois coloca lado a lado diversos critérios classificatórios.

Sabe-se que o critério classificatório das sentenças mandamentais e executiva *lato sensu* parece estar relacionado à forma de execução da sentença. Na mandamental utiliza-se eminentemente a execução indireta conjugada com uma ordem judicial, ou seja, “Também chamada de coerção indireta, não realiza por si só o direito material, mas apenas atua sobre a vontade do devedor com o objetivo de convencê-lo a adimplir”²⁷⁸. A multa é exemplo clássico. A partir disso, percebe-se que uma atua sem a vontade do executado, solvendo total ou em parte o débito, enquanto a outra é um meio de coerção que incide e depende da vontade do devedor para satisfazer o crédito.

Já a sentença executiva, como dito anteriormente, é realizada *in natura*, sem a necessidade de um processo sub-rogatório clássico exigido pelo Código de Processo Civil. A título de exemplo, a execução acontece retirando o réu que habita imóvel sob a posse de outrem, mediante a força.

Diante disso, a classificação quinária reúne provimentos que são classificados pelo pedido (declaratório, constitutivo e condenatório) e pela forma de execução (mandamental e executivo *lato sensu*). Esta composição gera uma classificação incoerente. Agrupá-las em um único grupo não parece ser adequado, pois coloca critérios executivos onde deveria haver uma classificação do processo de cognição.

Já a classificação ternária falha em não considerar a utilidade dos conceitos desenvolvidos por Pontes de Miranda, pois estes desempenham um fator muito valioso na

²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 70-71.

superação do sistema clássico de execução via sub-rogação, em crise já há muito tempo. Supera os dogmas da inviolabilidade do executado, sem permitir nenhum tipo de pressão à sua pessoa, somente com o seu patrimônio disponível.

As novas terminologias desenvolvidas por Pontes de Miranda serviram de base ao desenvolvimento científico no Brasil. Apesar de o processo executivo, em termos de legislação, pouco ter se desenvolvido no decorrer do tempo, o arcabouço teórico de Pontes de Miranda serviu para renovação do pensamento de doutrina. Há, também, algumas inovações no Código de Processo Civil, como o art. 139, inc. IV, que estabelece o dever de o juiz proferir decisões “mandamentais” em determinadas situações²⁷⁹.

Por estas e outras razões, Baptista da Silva (um dos maiores seguidores de Pontes de Miranda) afirma ser necessário afastar os provimentos mandamentais e executivos do processo de conhecimento. Neste sentido, esclarece a função negativa dos conceitos:

Na verdade, o equívoco cometido pelos que consideram essas e as demais ações executivas e as mandamentais – com exclusão apenas das ações cautelares – como pertencentes ao Processo de Conhecimento, é essencialmente de natureza lógica. Não levam eles em conta que toda definição, além de sua função afirmativa, deve conter, necessariamente, uma função negativa simultânea. Quer dizer, definir, desde suas origens semânticas, significa basicamente estabelecer limites, pôr fim (*finis*, a extremidade de alguma coisa; *finitio*, *finitionis*, definição, no sentido de conceituação; mas, também, terminação, divisão, termo). Definir, portanto, significa afirmar o que o objeto definido é, indicando seus limites conceituais, para além dos quais haveremos de encontrar, não o objeto de nossa definição, mas os objetos que lhe sejam próximos (*finitus*, confinante, vizinho, próximo, contíguo). Se dissermos, portanto, Processo de Conhecimento, estaremos a referir-nos a processo (somente) de conhecimento, enquanto forma jurisdicional que não contém execução interna à demanda²⁸⁰.

A partir disso, a classificação sugerida por Olavo de Oliveira Neto parece ser adequada, pois transfere as tutelas mandamental e executiva para o grupo da tutela executiva. No processo de conhecimento, portanto, as tutelas podem ser classificadas como declaratórias, constitutivas e condenatórias, e na tutela executiva são agrupadas em executivas *stricto sensu* ou sub-rogatórias, mandamentais e executiva *lato sensu*²⁸¹.

²⁷⁹ Por óbvio, esse tema extravasa os limites desta dissertação. O art. 139, inc. IV, do CPC, é um dos institutos que mais gera discussões e falta de entendimento uniforme na doutrina brasileira (notadamente dos limites judiciais de utilização deste instituto). Contudo, é inegável que o pensamento de Pontes de Miranda exerceu muita influência sobre este dispositivo.

²⁸⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, Item 13.a, p. 182.

²⁸¹ OLIVEIRA NETO, Olavo. *Poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019, Item 2.1.5, p. 108.

3 PLANOS COGNITIVOS E TUTELAS JURÍDICAS DIFERENCIADAS

A questão da tutela jurisdicional diferenciada remonta à necessidade de o processo ter indispensável adaptabilidade ao Direito Material, isto é, possuir técnicas e procedimentos que assegurem o Direito Material em suas diversas facetas. A doutrina do direito processual fixou entendimento de que somente um tipo de tutela jurisdicional não seria suficiente para satisfazer as pretensões dos jurisdicionados, sendo necessária a vinculação da prestação jurisdicional com a finalidade específica da tutela. Essa necessidade de adaptação tem a finalidade de atenuar os custos temporais do processo²⁸².

Antes, porém, de adentrar o tema da tutela jurisdicional diferenciada, é preciso fixar o seu conceito. No período autonomista²⁸³ do processo, o tema foi, em certa medida, abandonado pelos processualistas da época, que buscavam construir a rica terminologia existente nos tempos modernos. Diante dos problemas contemporâneos, contudo, os processualistas mais modernos resgataram a definição de tutela jurisdicional com a preocupação de dotar o processo de “efetividade”²⁸⁴.

No Brasil, o movimento em prol da efetividade foi visto, principalmente, nas primeiras reformas do Código de Processo Civil de 1973, no início dos anos 1990, quando a Lei nº 8.951, de 1994, instituiu a antecipação de tutela e, também, o regime executório das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa. Na doutrina também já havia interessantes escritos resgatando o conceito de tutela jurisdicional²⁸⁵.

Diante disso, Donaldo Armelin conceitua tutela jurisdicional como “uma prestação do Judiciário em favor dos consumidores dos seus serviços, caracterizado pela atuação do direito

²⁸² ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 65, 1992, pp. 45-55, p. 45.

²⁸³ Este período foi a fase em que o processo se constituiu como ciência autônoma, e deixou de ser mero apêndice do Direito Material. Nessa fase, a relação processual do autor, réu e juiz diferenciou-se da relação material e, igualmente, o direito de ação diferenciou-se do direito subjetivo. Conforme complementa Arruda Alvim Neto: “a renovação conceitual, no âmbito do direito processual civil, é que provocou integral revisão dogmática, podendo, a rigor, ser dito que, na realidade, essa renovação é que criou a dogmática processual, que antes era praticamente inexistente.” (ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de processo civil*. 17. ed. São Paulo: RT, 2017, Item 2.7, p. 62).

²⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 81, 1996, Item 03.

²⁸⁵ Ricos textos doutrinários foram publicados em busca de dotar a tutela jurisdicional de efetividade. Destacam-se os dois ensaios de José Carlos Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito processual* (segunda série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: *Temas de direito processual* (segunda série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988). Também os escritos: ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada... *Op. cit.*, 1992; BIDART, Adolfo Gelsi. Tutela processual diferenciada. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 44, 1986; YARSHELL, Flavio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

em casos concretos trazidos à sua apreciação. Por isso mesmo há de ser ela dotada de certas qualidades que lhe são essenciais para que seja realmente efetiva e, assim, atenda os reclamos daqueles consumidores dessa atividade pública”²⁸⁶.

Não se vislumbra uma definição de tutela jurisdicional que inclua somente o autor, porque quando uma demanda é julgada improcedente (havendo uma declaratória negativa), existe uma tutela jurisdicional conferida ao réu. Neste caso, existe a proteção da coisa julgada material e do seu efeito preclusivo, logo, cria-se uma proteção ao réu em que este pode obstar demandas com as mesmas partes, causa de pedir e pedidos.

O bem jurídico dado ao réu na declaratória negativa é a certeza jurídica, ou seja, rejeitado o pedido cria-se uma imunidade de possíveis demandas pleiteadas pelo autor do processo²⁸⁷.

Existe, também, a tutela jurisdicional em favor do réu quando há prolação de sentença processual. Forçoso reconhecer que a extinção do processo sem resolução do mérito é tutela jurisdicional com caráter mais tênue, com menos utilidade e efetividade ao demandado²⁸⁸, pois a coisa julgada não se faz presente. Estabelece, no entanto, uma situação de vantagem do réu para o autor, onde este se vê obrigado a encontrar alguma forma de sanar o vício originário da sentença terminativa.

A tutela jurisdicional, desse modo, diferencia-se do conceito de ação, pois “naturalmente, só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente”²⁸⁹. O direito constitucional de ação garante somente uma decisão de mérito, enquanto o direito à tutela jurisdicional é assegurado àquele favorecido pelo Direito Material. Mais do que apenas isso, o conceito de tutela jurisdicional abarca todos os meios necessários para a concretização da decisão judicial, não somente uma mera decisão favorável²⁹⁰.

²⁸⁶ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional do meio ambiente. *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 37, 1992, p. 49.

²⁸⁷ Neste sentido, se manifesta Cândido Rangel Dinamarco: “Sempre que a demanda do autor é rejeitada pela sentença de mérito (*ação improcedente*), o réu recebe uma tutela jurisdicional oposta e de intensidade semelhante à que o autor teria recebido em caso de procedência. Sempre que uma ação declaratória negativa é julgada procedente, seu autor recebe precisamente a tutela que veio a juízo postular, com a declaração de inexistência de vínculo perante o adversário e com a tranquilidade que a coisa julgada material lhe assegura para o presente e para o futuro.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo... Op. cit.*, 1996, Item 11).

²⁸⁸ “Mas, como dito, nem por isso deixa o demandado de receber alguma tutela jurisdicional quando o processo é extinto. Ele, que vinha sendo inquietado pela pretensão do demandante e pelos notórios incômodos do processo, vê-se livre deste e, pelo menos provisoriamente, também daquela pretensão.” (*Id.*, *ibid.*, Item 12).

²⁸⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, v. I, n. 71, 2005, p. 195.

²⁹⁰ YARSHEL, Flavio Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020, Item 38, pp. 98-99. Da mesma forma defende José Roberto dos Santos Bedaque: “A existência de provimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função da especificidade da relação material; ou a regulamentação de tutela sumárias típicas, procedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo

Sabe-se que, por vezes, apenas a decisão satisfaz as pretensões afirmadas pelas partes, é o caso dos provimentos constitutivos e declaratórios, ambos nas suas versões positiva e negativa. Em outros casos, é necessário lançar mão de provimentos executórios (sub-rogatórios, mandamentais e executivos *lato sensu*) mediante pedido condenatório ou apresentando título executivo extrajudicial. Nessas hipóteses, tão somente a decisão judicial não é capaz de dar conta das pretensões exercidas pelas partes.

Diante desse cenário, onde a sentença não é suficiente para satisfazer a demanda feita pelo autor, surge a necessidade de se lançar mão das tutelas jurídicas diferenciadas. A tutela jurisdicional diferenciada é conceito bem amplo, não raro, definido de maneira imprecisa pela doutrina.

Armelin alude a dois posicionamentos sobre a tutela jurisdicional diferenciada: o primeiro se refere ao tipo de provimento emanado pelo órgão jurisdicional, ou seja, é a resposta jurisdicional da pretensão veiculada na demanda; o segundo refere-se às técnicas e iter procedimentais utilizados para adequar a tutela jurisdicional ao resultado pretendido.

O primeiro já foi anteriormente analisado em profundidade neste estudo, inclusive elaborou-se uma proposta de classificação no sentido de adequar os diversos tipos de provimentos jurisdicionais presentes na teoria ternária e quinária.

O segundo modo de entender a tutela jurisdicional diferenciada refere-se ao que consta no iter procedimental estabelecido pela lei, ou seja, “situa no instrumento processual a sede da investigação da tutela jurisdicional diferenciada, cuja diversidade resulta de técnicas relativas ao procedimento de onde ela emerge e ou do grau cognição indispensável à sua efetivação”²⁹¹. São os cortes cognitivos que a lei processual faz por meio de técnicas processuais, procedimentos especiais e incidentes processuais.

Nesse sentido, a tutela jurisdicional diferenciada parte da crítica, já antiga, de que o procedimento comum não é o único meio de cognição adequado. O repúdio às formas sumárias de tutela e procedimentos especiais advém de uma concepção generalizante do fenômeno jurídico processual. A partir disso, Ovídio A. Baptista da Silva aponta que a antiga doutrina do século XIX confundia o conhecimento com o que ele chama de “ordinariedade procedimental”. Essa “plenariedade” das relações processuais trazia ideias danosas aos indivíduos, pois partiam

possa comprometer o resultado do processo.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória*: analisado à luz das garantias constitucionais da ação e do processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, Item 5, p. 26).

²⁹¹ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo... Op. cit.*, 1992, pp. 48-49. Neste sentido, ver também: LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010, pp. 19-20.

da ideia do “respeito quase sagrado à liberdade individual do demandado” e a segurança plena do autor a partir da coisa julgada material²⁹².

O processo civil brasileiro tem a tradição de proteger excessivamente o réu, remanesendo no sistema o efeito suspensivo da apelação que proíbe a execução em caráter provisório da sentença, mesmo se oferecer a prestação de caução. Até as reformas dos anos 1990, a presença de liminares de urgência era tida como característica de procedimentos especiais, que exigia a criação de um instituto jurisprudencial chamado “cautelar satisfativa” a fim de que ocorresse a antecipação da tutela. Todos esses elementos mostram que há um desequilíbrio que vem sendo atenuado pelas reformas mais recentes.

Um balanceamento no custo de tempo entre autor e réu é a principal característica do devido processo legal contemporâneo, o que já foi afirmado em estudo específico sobre a tutela de evidência, em coautoria deste pesquisador com William dos Santos Ferreira:

No Processo Civil não cabe vinculação extremada da garantia constitucional de presunção de inocência do Processo Penal, tampouco o devido processo legal pois no âmbito civil há equilíbrio entre as posições de autor e réu em relação à fruição do bem da vida em debate, situação muito diversa do ambiente penal²⁹³.

Em outro estudo, William dos Santos Ferreira esclarece:

Em perspectiva *dinâmica*, ainda que provisoriamente, uma tomada de posição acerca da fruição de uma determinada titulação jurídica, com requisitos de controle previamente estabelecidos, conferem efetiva aplicação não somente da razoável duração do processo, permitindo um balanceamento *in concreto* de *tempo* e *conteúdo cognoscível*, *risco* e *segurança*, mas, também, que a lei não estará excluindo da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (perspectiva dinâmica do devido processo legal), o que rompe com o *dogma* de que o *devido processo legal* estrutura-se em perspectiva estática, até então orientadora de uma posição genérica de não interferência jurisdicional (grifos do autor)²⁹⁴.

Nesse sentido, é possível complementar, afirmando que:

Conclusivamente, não se adequa à concepção moderna de devido processo legal, a permanência de uma titulação jurídica pelo réu durante todo o processo, especialmente quando há forte probabilidade de a razão estar com o autor. Assegurar o contraditório e a ampla defesa para o réu não são elementos

²⁹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 7-8.

²⁹³ CORRÊA, Leonardo Peres; FERREIRA, William dos Santos. O conceito de tutela de evidência e as superações para sua efetiva adoção. *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, nº 115, Jun./Set. 2021, p. 215.

²⁹⁴ FERREIRA, William dos Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000, p. 544.

indissociáveis da tutela jurisdicional provisória do autor, ao contrário, são garantias justificáveis do réu, o mesmo não ocorrendo diante de um ‘direito’ do autor que se apresenta ‘evidente’, encontrando aqui a compreensão de choque entre princípios constitucionais e solução mediante *balanceamento*²⁹⁵.

As concepções de processo que atribuem o custo de tempo todo ao autor geram o engessamento das relações litigiosas e a não resolução de conflitos. Por isso, a “ordinariedade procedimental” resulta na ausência de efetividade da tutela adequada, um processo pautado pelo procedimento comum seguido de um processo executivo sub-rogatório, como bem aponta José Carlos Barbosa Moreira:

Não é preciso grande esforço para demonstrar que as modalidades de tutela jurisdicional mais prestigiadas pela tradição se revelam, com muita frequência, incapazes de desempenhar a contento missão de tamanha delicadeza. Sobremaneira insatisfatório mostra-se ao propósito o mecanismo — todavia, em geral mimado pelos legisladores e pela doutrina — que se pode representar por meio do esquema ‘processo de condenação (normalmente de rito ordinário) + execução forçada’, máxime quando se reserva, conforme sucede as mais das vezes, para o tratamento exclusivo de situações que se caracterizam pela existência de lesão já consumada²⁹⁶.

Ao referir o custo do processo não se está falando tão somente dos aspectos ligados ao dinheiro, isto é, dos valores de custas, honorários e outros gastos que o demandante normalmente tem de arcar para tirar o Judiciário de seu estado inerte. O tempo de duração do processo é um dos principais custos que as partes utilizam para parametrizar as suas decisões. Por isso, o estudo dos planos cognitivos é especialmente importante, pois a sua utilização de forma conjunta tende a distribuir melhor o custo temporal do processo.

Adota-se, aqui, a clássica sistematização de Kazuo Watanabe²⁹⁷ a respeito dos dois planos ou cortes de cognição processual, ou seja, “horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade)”. O plano horizontal consiste na extensão das questões que podem ser discutidas no processo, se existe ou não a necessidade de excluir da apreciação judicial algumas questões em determinados procedimentos. Neste caso, a cognição poderá ser plena ou limitada. O plano de cognição vertical está ligado ao nível de profundidade das questões probatórias que são julgadas pelo juiz, sendo classificados em exaurientes e sumários.

²⁹⁵ CORRÊA, Leonardo Peres; FERREIRA, William dos Santos. O conceito de tutela de evidência... *Op. cit.*, Jun./Set. 2021, p. 215.

²⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva... *Op. cit.*, 1998, p. 22. No mesmo sentido, ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada... *Op. cit.*, Jan./Mar. 1992, pp. 46-47.

²⁹⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000, pp. 111-115.

A partir desses critérios, Watanabe sistematiza os planos cognitivos em seis grupos distintos, que são: I. Cognição plena e exauriente; II. Cognição limitada e exauriente; III. Cognição plena e exauriente “*secundum eventum probationes*”; IV. Cognição sumária ou superficial; V. Cognição eventual, plena ou limitada e exauriente; e VI. Cognição rarefeita (cognição na execução).

A cláusula de devido processo legal inclui em suas garantias o direito à cognição adequada, de acordo com as necessidades. Segundo Watanabe, as “várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando em um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza”²⁹⁸.

Existe, aqui, importante lição sobre a teoria da cognição, pois não se vê a adoção de um tipo específico de cognição como melhor que outro. O ideal ao estudar a teoria da cognição é a reunião de vários tipos de mapas cognitivos em um único processo. Tem-se, por exemplo, os processos com julgamento de tutela provisória, mas que têm o prosseguimento do processo até um julgamento de cognição plena e exauriente. Outro bom exemplo são os casos em que se encerra o processo com cognição sumária, mas que permitem o prosseguimento pela manifestação posterior do réu em novo processo (como na ação monitória).

O que se defende é que a reunião de vários tipos legais de cognição permite que o processo se desenvolva de maneira mais adequada, com melhor distribuição do tempo no Processo Civil. Se, porém, forem considerados apenas os processos de cognição exauriente e plena sem a utilização de técnicas de sumarização de cognição, o autor certamente estará em grandes apuros, pois o custo do tempo cairá sobre os seus ombros. Por outro lado, se não forem bem definidos os requisitos para a cognição sumária, há risco de cometer injustiças com o réu.

Importante fixar algumas diferenças: os atos de valorar, interpretar e analisar que se aponta no conceito de cognição no Processo Civil refere-se ao objeto da cognição, anteriormente fixado neste estudo como mérito, pressuposto processual e condições da ação. Quando, porém, se está falando dos planos horizontais e verticais da cognição, está se referindo ao modelo legal das técnicas e procedimentos adotados pelo legislador. A este último fenômeno chama-se “planos cognitivos legais”²⁹⁹.

Nos tópicos seguintes passa-se a estudar cada um dos planos cognitivos estabelecidos por Watanabe, apontando igualmente algumas novidades advindas do Código de Processo Civil, que podem inferir na sistematização do autor. Há, contudo, a necessidade de algumas

²⁹⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil... Op. cit.*, 2000, p. 124.

²⁹⁹ Nos próximos tópicos esta ideia será melhor desenvolvida.

adaptações, visto que a clássica obra não foi atualizada conforme a disciplina do CPC/2015. Em que pense a adoção da sistematização de Watanabe, serão feitas algumas críticas pontuais à sua sistematização, sem afastar a classificação e, sim, em busca do aperfeiçoamento de alguns temas que foram pesquisados após a publicação de sua obra³⁰⁰.

Muito se discute a respeito da fonte de inspiração de Watanabe para a criação da sistematização dos planos cognitivos. Fernanda Costa Vogt³⁰¹, a exemplo, afirma que Watanabe teria se inspirado na obra de José Carlos Barbosa Moreira, em especial, na sistematização do efeito devolutivo dos recursos.

Segundo Barbosa Moreira³⁰², o efeito devolutivo possui duas dimensões: (a) extensão; (b) profundidade. A primeira relaciona-se à extensão da impugnação da decisão do órgão inferior, logo, aquilo que não foi impugnado escapa ao conhecimento do órgão julgador do recurso (exceto matéria de ordem pública). A segunda dimensão relaciona-se à devolução dos fundamentos em torno do pedido realizado ao Tribunal Julgador, ou seja, quando “devolve ao órgão *ad quem* não apenas os fundamentos de fato e de direito constantes da decisão recorrida, mas, também, todos aqueles que se relacionam à resolução do pedido”³⁰³.

Embora haja semelhanças inegáveis entre a sistematização do efeito devolutivo de Barbosa Moreira com a sistematização dos planos cognitivos de Watanabe, neste ponto não se concorda com a opinião de Vogt, pois acredita-se que Watanabe inspirou-se em Baptista da Silva para elaborar a sistematização do “Cognição no Processo Civil”. Existem algumas razões para pensar dessa maneira. A primeira relaciona-se à afinidade de pensamento que Watanabe tinha com Baptista da Silva e, por consequência, com Pontes de Miranda.

Watanabe foi um dos primeiros apoiadores da teoria quinária de Pontes de Miranda, contrariando a longa tradição da escola paulista em defender a teoria ternária dos provimentos jurisdicionais³⁰⁴, tese também adotada por Baptista da Silva³⁰⁵.

³⁰⁰ A exemplo, há a questão da cognição na execução do tema, pouco explorado por Watanabe, mas que resultou em ótimos trabalhos.

³⁰¹ VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: Juspodivm. 2020, Item 1.1, pp. 30-31.

³⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, Item 143, pp. 260-261.

³⁰³ ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica; FERREIRA, Eduardo Aranha. Os efeitos devolutivo e translato da apelação no CPC/2015. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; NERY JÚNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, v. 13, 2017, Item 2, p. 138.

³⁰⁴ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461, do CPC). In: *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça), processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 193.

³⁰⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, Item 15a, p. 183. No capítulo anterior, contudo, viu-se que o professor Baptista da Silva teceu algumas críticas ao pensamento de Pontes de Miranda.

Da mesma forma, Watanabe³⁰⁶ defendia o “direito substancial de cautela” elaborado por Baptista da Silva, novamente contrário à longa tradição da escola paulista de considerar o processo cautelar um “instrumento do instrumento”, posição advinda de Piero Calamandrei.

Existem, ainda, outros motivos além deste. O professor Baptista da Silva já era reconhecido por elaborar estudos de institutos com cortes cognitivos diferentes do pleno e exauriente. Sua crítica à “ordinariedade” no Processo Civil era reconhecida e, nesse sentido, vão os estudos sobre o processo cautelar que sistematizam a questão da cognição sumária ou superficial no processo civil³⁰⁷. Os estudos em sede das ações possessórias também tinham boa sistematização da cognição limitada em sede de procedimento especial³⁰⁸.

Acredita-se que Watanabe criou a sua sistematização de planos cognitivos a partir da leitura dos inúmeros estudos de Baptista da Silva. De forma implícita, reuniu os diversos trabalhos do professor que detalhavam sobre o tema da cognição e elaborou a sua própria proposta de sistematização³⁰⁹. Constata-se tal informação a partir das inúmeras citações que fez a Baptista da Silva em suas publicações.

Antes de adentrar propriamente no estudo dos planos cognitivos é necessário tecer breves considerações sobre os métodos adequados de resolução de conflito e a relação da cognição com o princípio da legalidade, bem como a proposta do Código de autorizar acordos sobre o procedimento (artigos 190 e 191 do CPC/2015), também nominados de “negócios processuais jurídicos” ou “convenções processuais”.

3.1 MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS

Os métodos consensuais de resolução do conflito estão incluídos no conceito contemporâneo de jurisdição e, por consequência, encontram-se fortemente relacionados à tutela jurisdicional adequada. O Código de Processo Civil trouxe em sua Parte Geral as chamadas *normas fundamentais* (artigos 1º a 12 do CPC/2015), que consistem em um núcleo

³⁰⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil... Op. cit.*, 2000, pp. 137 e ss.

³⁰⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *As ações cautelares e o novo Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. Mais recentemente atualizado, ampliado e renomeado: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³⁰⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *A ação de imissão de posse no Direito brasileiro atual*. São Paulo: Saraiva, 1981. Mais recentemente estudado de forma mais sistemática com outros procedimentos especiais: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989, pp. 191 e ss.

³⁰⁹ Fora isto, em seu curso, Baptista da Silva apresenta uma proposta de planos cognitivos muito próxima da sistematização de Watanabe. Vale conferir: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 111 e ss.

de princípios e regras fundamentais que regem o Processo Civil, devendo o Código ser interpretado a partir delas.

Partindo desta premissa, o artigo 3º do CPC/2015³¹⁰ estabelece *Alternative Dispute Resolution Methods* (ADR), que consiste em formas de resolver conflitos sem a necessidade de decisão judicial, mas, sim, por meio da conciliação e mediação. Essas formas são de suma importância no atual panorama processual brasileiro pois, como visto anteriormente, o Brasil possui a cultura do litígio (ou sentença)³¹¹.

A norma, também chamada de *primazia da resolução consensual dos conflitos*, constitui dever ao Estado e às partes de estimular o seu uso (§§ 2º e 3º do artigo 3º do CPC/2015), fazendo com que o processo não tenha mais a finalidade de julgar e, sim, de resolver problemas, pois “com o NCPC, entra na fase do processo como local de diálogo e de busca pelo melhor caminho para a resolução de cada disputa”³¹². A doutrina não costuma mais utilizar a expressão “métodos alternativos” e, sim, a ideia de métodos adequados de resolução de conflito que, em muitos casos, possuem mais efetividade prática do que se fosse prolatada uma sentença³¹³.

O método pode ocorrer pela autocomposição, que é o caso da mediação e conciliação. Nesses casos não existe intervenção de um terceiro no processo, pois as próprias partes resolvem seus litígios pela autonomia da vontade. A mediação é aplicável a casos onde existe relação anterior entre as partes (como causas de direito societário e de família), enquanto a conciliação destina-se a processos em que há pouca ou nenhuma relação entre os polos³¹⁴. Deve

³¹⁰ “Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

³¹¹ A cultura de sentença no Processo Civil brasileiro possui diversas causas, dentre elas: (a) a falta de disciplinas de meios adequados de resolução de conflito; (b) a falta de investimentos em profissionais adequados para exercer as técnicas específicas; (c) o sentimento inferiorização que os juízes possuem ao não solucionar o caso com uma metodologia de certo e errado; (d) a não confiança das partes em métodos privados de resolução de conflito. Todos esses fatores e outros não citados geram o fenômeno da cultura de sentença. Neste sentido, “disso tudo nasceu a chamada cultura de sentença, que se consolida assustadoramente. Por todas essas razões acima citadas, os juízes preferem proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes para obter a solução amigável dos conflitos. Sentenciar é mais fácil e cômodo, para alguns juízes, do que pacificar os litigantes.” (WATANABE, Kazuo. *Cultura de sentença e cultura de pacificação. Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça) processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 65). Alguns desses fatores vêm sendo combatidos pelas instituições públicas e privadas, como, por exemplo, a promulgação da Lei de Mediação, a introdução da Audiência de Conciliação e Mediação do CPC, e a introdução de disciplinas que estudam os métodos adequados de resolução de conflitos, entre outros.

³¹² CUNHA, Leonardo Carneiro; LESSA NETO, João Luiz. *Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR, Fredie et al. *Novo CPC Doutrina Seleccionada*: Parte Geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2016, p. 386.

³¹³ WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e meios consensuais de solução de conflitos. Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à Justiça), processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 85.

³¹⁴ “Assim, a conciliação é o método adequado a certos tipos de conflitos (mais pontuais), ao passo que a mediação apresenta-se como melhor alternativa a conflitos em que haja um maior relacionamento entre as partes (conflitos

o magistrado ter algum cuidado ao selecionar a modalidade de composição aplicada na primeira audiência, bem como em relação ao profissional que a presidirá^{315,316}.

Já a arbitragem se encontra inserida no sistema de métodos adequados de resolução. Sua solução, porém, ocorre mediante a intervenção de um terceiro instituído por contrato. Apesar de ser um método de heterocomposição, sua resolução advém, ainda que indiretamente, da vontade privada das partes ao contratar uma câmara arbitral.

Nesse sentido, se manifesta Ada Pellegrini Grinover:

Predomina na arbitragem a autonomia da vontade das partes, que a ela se submetem voluntariamente por meio da *cláusula compromissória*, de natureza contratual antes que o conflito surja, ou pela *convenção arbitral*, de natureza negocial, antes ou depois do surgimento do conflito. São as partes que escolhem os árbitros. O *procedimento arbitral* é informal e inteiramente flexível. Pode ser livremente pactuado de comum acordo, podendo as partes escolher a lei aplicável e até o julgamento por equidade³¹⁷ (grifos da autora).

A arbitragem é muito útil para assuntos específicos de natureza técnica, em que o árbitro tenha um vasto conhecimento da matéria abordada. Assim como toda e qualquer modalidade jurídico processual, a arbitragem se submete ao devido processo legal e a todos os fundamentos que advêm da cláusula constitucional. A natureza jurisdicional da arbitragem predomina na doutrina, pelo menos no aspecto cognitivo³¹⁸. A arbitragem não possui a finalidade de resolver todos os problemas da Justiça brasileira, pois sua real função é dar a tutela adequada a determinados direitos de caráter disponível. Trata-se, portanto, de uma jurisdição que presta um serviço personalíssimo a conflitos que envolvem, geralmente, altas quantias de dinheiro.

Reunindo todos esses elementos ao microssistema do processo coletivo e da gratuidade da Justiça ao vulnerável, tem-se o chamado *conceito atualizado de acesso à Justiça* ou acesso

empresariais e familiares, por exemplo).” (RODOVALHO, Thiago. A viragem da mediação no NCPC e no marco legal da mediação no Brasil. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* *Novo CPC, doutrina selecionada*: Parte Geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2016, p. 395).

³¹⁵ É o que aconselha Ada Pellegrini Grinover: “Todavia, se assim se podem distinguir teoricamente os dois métodos, na prática muitas vezes eles se confundem e o que poderia parecer, numa triagem prévia, mais adequado para a conciliação, acaba sendo melhor pela mediação, e vice-versa. De modo que o conciliador e mediador devem dar-se conta, no caso concreto, de qual a técnica melhor a ser utilizada e, se possível, convocar o outro especialista para dar seguimento ao processo consensual.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Comentários aos arts. 165 a 175 CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinela. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017, p. 165).

³¹⁶ O autor deste estudo já realizou um estudo mais detalhado sobre as formas consensuais no Processo Civil: CORRÊA, Leonardo Peres. A transação como alternativa à demanda no novo CPC – uma análise econômica. In: DIAS, Jean Carlos; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; MOUTA, José Henrique Araújo. *Concretização dos direitos fundamentais e sua fundamentação*: abordagens a partir da teoria do processo, da análise econômica e das teorias da Justiça. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017.

³¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 63.

³¹⁸ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de processo civil... Op. cit.*, 2017, Item 7.3.1, p. 239.

à ordem jurídica justa³¹⁹, que moderniza as formas de resolução de conflitos e otimiza a *perfromace* do Judiciário.

3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E COGNIÇÃO NO PROCESSO CIVIL

O princípio da legalidade é garantia constitucional de qualquer Estado Democrático de Direito, pois delimita o âmbito de conduta das pessoas e agentes públicos e privados e suas possíveis escolhas, bem como orienta os critérios decisórios da magistratura. No Direito contemporâneo, a legalidade não pode ser vista da mesma forma como no século XIX. Segundo Teresa Arruda Alvim e outros, atualmente “o juiz está vinculado ao sistema jurídico, que é composto de normas, interpretadas pela jurisprudência, à luz da doutrina. Estes elementos (a jurisprudência e a doutrina) funcionam como filtros em relação ao texto da lei”³²⁰.

No que tange à cognição no Processo Civil, é importante ressaltar que as leis processuais estabelecem diversos tipos de cognição de acordo com a finalidade do procedimento. O vocábulo “cognição” pode levar o intérprete ao engano, pois em seu sentido ordinário, o termo está relacionado à capacidade humana de conhecer diversos tipos de objetos em diferentes níveis de profundidade. Isto poderia gerar a falsa conclusão de que a cognição do juiz é definida pelo esforço mental de conhecer as informações presentes nos autos.

Quando, porém, se fala de planos cognitivos, na verdade está se falando do nível de matérias e provas que a lei permite ao juiz conhecer. A partir dessa premissa, é a lei processual que determina as possibilidades probatórias que podem vir aos autos ou a plenitude de questões que podem ser conhecidas em determinado procedimento.

Jean Carlos Dias aponta que é impossível haver uma sistematização prévia da cognição humana, pois ela “é realizada por todos os sentidos e por todos os processos mentais de representação que estão ligados, por sua vez, tão intimamente a cada indivíduo que atua, que é impossível sistematizar o seu campo de atuação.” A cognição não poderia ser determinada pelo esforço do juiz. A partir disso, a profundidade da cognição deve ser estabelecida pelo chamado *plano cognitivo*, estabelecido em lei por ser previsível e controlável. A capacidade de produzir a coisa julgada está no plano cognitivo em que este está posto e não no esforço do juiz³²¹.

³¹⁹ Denominação difundida por Kazuo Watanabe em: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* Op. cit., 2018, p. 63.

³²⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 71-72.

³²¹ DIAS, Jean Carlos. Reflexões acerca da teoria da cognição no processo. *Revista Argumenta Journal Law*, n. 6, 2006, p. 214.

Aqui novamente se ressalta a diferença do objeto da cognição e dos planos cognitivos legais: o objeto da cognição são as questões processuais e materiais³²² por meio das quais o juiz exerce atos de inteligência (interpretativos) para, ao final, dar tutela jurisdicional a uma das partes. Já os planos cognitivos legais permitem ou não ao juiz conhecer determinadas questões e provas no decorrer processual.

Olavo de Oliveira Neto, ao definir os planos legais de cognição, afirma que

deve ser compreendida como método de abordagem do conteúdo do processo que a lei impõe ao julgador e não como uma forma de analisar, valorar e julgar o conteúdo do feito. Em poucas palavras: a técnica não se confunde com seu objeto. Ela impõe como deve ser abordado o conteúdo a ser decidido, mas não como decidi-lo³²³.

Claro está, portanto, que os atos interpretativos sobre questões de admissibilidade e de mérito no processo são objeto da cognição, e a presença ou não de limitações dos planos verticais e horizontais durante a marcha processual se denomina *planos cognitivos* disciplinados por lei, ou seja, o método de abordagem do conteúdo processual. Em suma, o objeto da cognição não se confunde com o plano cognitivo do processo.

Em seu art. 190³²⁴, o CPC promulga a cláusula geral de negócios processuais, que consiste em um suporte fático que confere às partes o poder de alterar o procedimento, dentro dos limites da ordem jurídica³²⁵, ou a “possibilidade de que as partes, dentro de certos limites estabelecidos pela própria lei, celebrem negócios através dos quais dispõem de suas posições processuais”³²⁶.

O fato não é propriamente uma novidade, pois Giuseppe Chiovenda já previa a existência de negociação desse procedimento, ainda que de maneira fragmentada e excepcional, de acordo com o Direito da época. Segundo as suas palavras, “somente em poucos casos, sejam

³²² Essas são os trinômios pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

³²³ Aqui o autor chama o plano cognitivo legal de *técnica*, entretanto, prefere-se chamá-lo pelo vocábulo *plano cognitivo legal*, pois abrange os procedimentos e técnicas comuns ou diferenciadas de que o legislado pode lançar mão para definir a forma de resolução do conteúdo do processo. De qualquer forma, é mais uma questão de vocábulos do que propriamente uma relevância prática (OLIVEIRA NETO, Olavo. *Poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019, Item 2.1.4, p. 79).

³²⁴ Art. 190, CPC: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.” (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 set. 2021).

³²⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2015, p. 380.

³²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 124.

válidos os acordos das partes para regular à feição a relação processual”³²⁷. O diferencial da contemporaneidade é a amplitude do Código de Processo Civil da matéria.

Interessante ressaltar que esta cláusula não é taxativa ou típica, porque não há especificação das matérias processuais e dos objetos, tampouco o alcance dessas convenções. Instaurou-se a ideia de que as partes são uma espécie de titulares do processo e que possuem poderes modificativos no seu procedimento³²⁸.

É característica do Direito Público Contemporâneo a superação do modelo tradicional que tinha como único método de resolução de conflitos a imperatividade dos atos estatais, que via o Estado como única fonte do Direito, criando, assim, uma concentração de poderes do Estado para a resolução de conflitos da coletividade. Este modelo restou em crise devido à crescente complexidade dos conflitos da contemporaneidade, conforme opinião de Tercio Sampaio Ferraz³²⁹.

Seguindo em seu entendimento, Ferraz Júnior afirma que a tradicional fronteira de Direito Público e Privado tende a se tornar “porosa” diante da busca pela solução dos problemas da contemporaneidade. Posto isto, o Direito Público tem admitido soluções que passam pela interferência da vontade dos particulares nas soluções tipicamente imperativas, cuja vontade é sempre regulada por lei. Gera-se, nesse cenário, o fenômeno da desestatização das funções públicas³³⁰.

³²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, v. I, 1942, Item 25, p. 122.

³²⁸ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 149, ago. 2015, pp. 14-15

³²⁹ O autor complementa com prudentes considerações sobre o tema: “Na prática, porém, o que se observou no correr dos anos foi que esse modelo, presente ainda no CPC de 1973, para sobreviver no atendimento e na satisfação racional (Buzaid) das necessidades concretas (eficiência racional), acabou por exacerbar o formalismo e, muitas vezes, viria a provocar ou exigir o diferimento, no tempo, da satisfação das necessidades instrumentais (Buzaid: a rapidez e a justiça). Isso, na verdade, afetava o pleno funcionamento do devido processo legal, submetido, por força dos fatos, a uma erosão daquela pressuposição de que as necessidades instrumentais, embora distantes, estariam sempre a caminho de serem atingidas. [...] O que aconteceu, na verdade, foi que a complexidade crescente das relações (no Brasil e no mundo contemporâneo), se enfrentada mediante aquelas formalidades cada vez mais estritas, enquanto instrumento supostamente apropriado para resolver qualquer tipo de conflito, conduziu, na prática, a uma espécie de formalismo exotérico, impermeável ao não especialista, carregado de conhecimentos estanques, e que, ao fim e ao cabo, acabava por tornar o processo um sistema impermeável a si próprio. O que foi se tornando visível pela incapacidade de se estabelecer e alcançar a requerida congruência entre as funções expressivas e instrumentais do processo: nem tempo hábil nem justiça.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. A reserva de imperatividade jurisdicional e o espaço para procedimentos alternativos – uma reflexão sobre o processo no constitucionalismo contemporâneo In: ARRUDA ALVIM, Eduardo *et al.* *Estudos em homenagem a Thereza Arruda Alvim*: controvérsias do direito processual civil: 5 anos do CPC/2015. São Paulo: RT, 2020, pp. 664-667).

³³⁰ Além da negociação sobre o procedimento há o fenômeno da desburocratização da execução debatido em diversos projetos de leis e na própria arbitragem (*Id.*, *ibid.*, pp. 667-668).

Os negócios processuais designam o poder de fazer os ajustes no processo sempre que lhes for conveniente, a partir de transações que ocorrem durante a marcha ou, anteriormente, por via contratual. O CPC acabou selando um instrumento valioso que torna o processo eficiente, mudando as diferentes situações que anteriormente eram pontos de completa estagnação do procedimento.

É possível, agora, as partes convencionarem um simples perito que fará um trabalho muito mais rápido do que o profissional designado pelo juiz, ou até mesmo ambas as partes afastarem algumas hipóteses de Agravo de Instrumento, permitindo que o processo transcorra sem as suas inúmeras interposições.

Isso não é novidade do sistema brasileiro, visto que há muito tempo Neil Andrews já afirmou sobre a possibilidade de se fazer acordos sobre o procedimento formal do Processo Civil inglês. A título de exemplo, é possível fazer acordo sobre o local onde ocorrerá a citação e outras comunicações processuais (previsto expressamente na regra 6.11, do CPR). Também é possível excluir um recurso expressamente previsto no ordenamento, bem como fazer a delimitação das matérias a serem discutidas em eventual apelação às Cortes Superiores, abrangendo apenas questões específicas e, por consequência, excluindo outras³³¹.

A concretização desse importante instituto depende da vontade e da conveniência das partes, tornando assim um processo baseado na autonomia da vontade das partes que, submetido ao controle do juiz, fará os devidos ajustes em caso de violação ou abuso deste poder.

3.3 COGNIÇÃO PLENA E EXAURIENTE

A cognição plena e exauriente tem a função de trazer o máximo de certeza e segurança jurídica aos jurisdicionados, tendo como consequência principal a coisa julgada material. Neste sentido, afirma Watanabe:

em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesse é buscada em 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, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada³³².

³³¹ ANDREWS, Neil. Acuerdo de parte y justicia civil. *Revista de Processo*, v. 318, 2021, pp. 435-436.

³³² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil... Op. cit.*, 2000, Item 22 pp. 113-114.

Em outras palavras, uma decisão de mérito que consiga abarcar todas as controvérsias apontadas pelas partes, capazes de gerar um estado mental no magistrado, fazendo com que todas as questões sejam resolvidas, de maneira definitiva, dentro do processo³³³, ou seja, produzindo coisa julgada.

É nesta modalidade de cognição que o contraditório e a ampla defesa são elevados ao máximo, ou seja, são aceitos todos os tipos de provas, causas de pedir e pedidos dentro do processo. Marcados pela predeterminação das formas, com momentos bem delimitados para deduzir pretensões, produzir provas e formular defesa de forma prévia, tais fatores geram previsibilidade às partes, inclusive para pautar seu comportamento³³⁴.

O sentido da plenitude é expresso por Chiovenda ao afirmar: “quando tem por objeto o exame a fundo de todas as razões da partes, quer dizer, de todas as condições para a existência do direito e da ação e de todas as exceções do réu”³³⁵, referindo-se à extensão de possíveis argumentos pelas partes (objeto). A cognição é profunda devido à ausência de limitações probatórias que o autor e o réu dispõem para comprovar o seu direito³³⁶. Assim, quanto maior o nível de profundidade que a lei processual estabelece aos litigantes, maior o nível de acerto que as sentenças possuem em relação ao Direito Material³³⁷.

A doutrina tece diversos parâmetros para definir se uma decisão possui profundidade e plenitude capazes de resolver o mérito em todas as suas questões e produzir coisa julgada, ou se é cognição sumária apta a ser revista. É relevante saber, pois, se a coisa julgada somente pode ser desconstituída via ação rescisória em hipóteses taxativas e se as decisões advindas de cognição sumária podem ser alteradas pelo ajuizamento de nova demanda, visando ao aprofundamento da cognição.

³³³ DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC – tutelas de urgência – tutelas de evidência*. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 32.

³³⁴ EID, Elie Pierre. Limites à tutela sumária. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Ana Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 99-100. O autor afirma, inclusive, ter um valor constitucional da cognição exauriente e plena devido às características supracitadas. Esta também é a opinião de Leonardo Farias Schenk, para quem é sua “feição mais humanizada e participativa, o valor constitucional da cognição plena” (SCHECK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, Item 3.2, p. 145).

³³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil... Op. cit.*, 1942, p. 254.

³³⁶ “A plenitude do contraditório corresponde à cognição sem prévia limitação quanto a sua extensão (objeto) ou à profundidade (dilação probatória).” (YARSHEL, Flavio Luiz. *Curso de direito processual civil... Op. cit.*, 2020, Item 85, p. 153)

³³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23.

Remo Caponi afirma que deve haver contraditório prévio e inicial, em que o juiz tenha examinado todas as alegações das partes³³⁸. O contraditório exercido pelas partes e pelo juiz seriam critério de legitimidade para a produção de coisa julgada material.

O princípio constitucional do contraditório, segundo Barbosa Moreira, é o seguinte:

por esta expressão costuma-se designar uma fundamental garantia das partes, consistente, de um lado, na igual abertura a ambas da possibilidade efetiva de influir no resultado do processo, apresentando razões, discutindo as do adversário, participando da atividade probatória e reagindo contra os atos do juiz que lhes contrariem os interesses; de outro lado, na proibição, para o órgão judicial, de determinar providências sem delas dar ciência às partes e de fundar a decisão em fatos ou provas a cujo respeito aquelas não haja tido a oportunidade de manifestar-se³³⁹.

Relaciona-se, então, intimamente, com as garantias da ampla defesa e do direito de ação. Nelson Nery Júnior afirma que a ação e defesa são faces do princípio do contraditório³⁴⁰ (art. 5, LV, da CF/88, também mais detalhado nos arts. 8º e 9º, do CPC/2015). Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover afirma que a ação, que é o direito a pedir tutela jurisdicional efetiva ao Estado, possui uma “contra parte” ou “réplica”, que é exceção, que é direito de pedir que a tutela jurisdicional do autor seja negada³⁴¹. Nesta contraposição de argumentos, em que se trocam estímulos, posições e contraposições, ataques e defesas, encontra-se o sentido dialético do processo civil tão abordado por Piero Calamandrei: o juiz possui o poder de decidir o caso concreto, no entanto, está sujeito ao estímulo das partes para tomar as suas decisões³⁴².

É tradicional a caracterização do princípio do contraditório pelo direito de informar a existência de demanda que poderá ou não ser julgada desfavoravelmente ao réu (obrigação de informar) e, também, o direito de reagir aos atos que criam a possibilidade de decisão desfavorável (possibilidade de reação)³⁴³. É o clássico binômio informação-reação.

Mais recentemente, com o advento do constitucionalismo e sua influência no processo, reconheceu-se que o juiz também participa do contraditório, isto é, no momento da motivação de seus atos de caráter decisório. Segundo William do Santos Ferreira, o contraditório também

³³⁸ CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Trad. Micheli Pedrosa Paumgarten, v. 17, nº 2, Jul./Dez. 2016, p. 536.

³³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil, uma apresentação. *Temas de direito processual* (quinta série). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 5.

³⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, Item 24, pp. 243-244.

³⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, Item 9.1, pp. 90-91.

³⁴² CALAMANDREI, Piero. A dialética do processo. *Processo e Democracia*. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, pp. 84-85.

³⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Op. cit., 2016, Item 24, p. 245.

se relaciona com o direito de “ser levado em consideração” ou o “direito de ser ouvido” por meio de atos judiciais motivados, sendo assim, a motivação das decisões seria a última face do contraditório³⁴⁴.

Remo Caponi também indica como critério que a lei predetermine “tendencialmente as formas e os prazos em que se desenvolvem as atividades das partes e do juiz”, bem como discipline os meios probatórios, os deveres, ônus, poderes e faculdades que esses dispõem³⁴⁵. Caberá ao legislador de cada época, conforme o seu momento histórico, a função de distribuir todos esses elementos aos participantes do processo. É claro que o legislador irá variar a forma de disciplina legal de uma época a outra, de acordo com as necessidades do momento histórico³⁴⁶. Feita essa distribuição, a garantia do contraditório está sendo assegurada de maneira mais segura, pois as “regras do jogo” estão postas de antemão aos sujeitos do processo.

As chamadas “regras do jogo”³⁴⁷ relacionam-se com a feição clássica do devido processo legal, incumbindo ao legislador ordinário estabelecer regras mínimas. Nesse sentido, o Código de Processo Civil constitui as regras que os sujeitos dispõem para preparar atividades de demandar, defender e julgar. Sabe-se que o devido processo legal surgiu como forma de proteger a liberdade e a propriedade dos litigantes, pois somente é possível entrar na esfera jurídica dos indivíduos mediante a justa disciplina legal que está dentro dos limites da Constituição (art. 5º, LIV, da CF/88).

Neste sentido, Grinover assim se manifesta:

Ao lado do *procedural due process* sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo). A cláusula não mais se limita à determinação processual de direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado³⁴⁸.

³⁴⁴ William dos Santos Ferreira sistematiza o contraditório em um trinômio: ciência, oportunidade e consideração judicial (FERREIRA, William dos Santos. *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo: RT, 2013, Item 2.4.3, pp. 49 e ss).

³⁴⁵ CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição... *Op. cit.*, 2016, p. 536.

³⁴⁶ SCHECK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos*... *Op. cit.*, 2013, Item 3.2, p. 145.

³⁴⁷ Por óbvio, não se está afirmando que o processo é um jogo, pois isto é uma visão ultrapassada de processo. Sabe-se que o processo é um método constitucional de resolução de conflitos dentro do Estado Democrático de Direito, e quando se fala em “regras do jogo” está se indicando a necessidade de o legislador ordinário disciplinar as regras mínimas para a boa resolução das disputas judiciais.

³⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1972, Item 17, p. 36. Interessante evolução apontado pela autora da mera exigência de disciplina conforme a lei (aspecto formal) para a exigência de conformidade com a constituição e seus direitos fundamentais (aspecto material). No mesmo sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. *Op. cit.*, 2016, pp. 108 e ss.

A cláusula do devido processo legal também serve como limitador da discricção do legislador a partir dos critérios constitucionais, cujo controle é feito pelo Judiciário, mediante o controle incidental e difuso de constitucionalidade. Ao mesmo tempo, o devido processo protege as partes contra a arbitrariedade dos juízes pelas mesmas garantias constitucionais limitadoras do legislador (acesso à justiça, contraditório, juiz natural, entre outras garantias fundamentais presentes na Constituição Federal)³⁴⁹.

Seguindo os critérios mínimos de cognição plena e exauriente, Leonardo Greco, na linha de Proto Pisani, apresenta um extenso rol para ter aptidão de ser considerado uma cognição plena e definitiva, além daquelas previstas por Remo Caponi. Dentro desse rol está o acesso aos Tribunais para revisar as decisões: possibilidade de dupla cognição do juízo de primeiro grau, e a liberdade do meios de provas atípicos para comprovar suas alegações³⁵⁰.

A respeito do princípio do duplo grau de jurisdição, há muito tempo que os estudiosos apontam a presença de natureza constitucional, ainda que não prevista de maneira expressa, sendo um autêntico direito fundamental das partes³⁵¹. Serve como redutor do abuso e arbitrariedade que as partes possuem em face do poder jurisdicional e, ao mesmo tempo, visa a dar um conforto psicológico à parte de que a sua decisão não foi julgada injustamente³⁵².

Segundo Alfredo Buzaid, o legislador, ao instituir a possibilidade de reexame das decisões judiciais, deve se ater ao equilíbrio de dois fatores importantes: o primeiro, da necessidade de controle e aperfeiçoamento do processo; e o segundo, do momento adequado de o processo adquirir certeza final, ou seja, terminar em tempo razoável³⁵³.

O duplo grau também serve de estímulo para que juízes de primeiro grau produzam sentenças de boa qualidade, visto que a sua decisão está sujeita à reforma ou invalidação pelas Cortes Superiores, pois um juiz sujeito a controle é mais responsável em suas decisões³⁵⁴.

³⁴⁹ Com mais detalhes sobre a abrangência do devido processo legal, tem-se: ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, v. I, 2016, Item 127, pp. 410-413.

³⁵⁰ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 10, Jul./Dez. 2012, p. 286. No mesmo sentido, ARAÚJO, José Aurélio. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 128-129; SCHECK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos...* *Op. cit.*, 2013, Item 3.2, p. 149.

³⁵¹ Complementa Alcides de Mendonça Lima: “Está enraizado no espírito público, quase como um cânone impostergável, que nem necessitaria de prescrição legal, para que fosse respeitado. Por essa razão, nem mesmo se funda, expressamente, em dispositivos constitucionais. Poderá ser restringido, em determinados casos. Nunca, porém, extirpado da ordem processual. As próprias disposições constitucionais oferecem margem a que o legislador ordinário não o suprima, pois, em última análise, isso importaria, até mesmo, em extinguir organismos e entidades previstos no próprio texto fundamental, nos sistemas similares ao brasileiro.” (LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 1976, Item 124, p. 140).

³⁵² NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, Item 2.3, pp. 28-60, p. 60, sendo uma “garantia fundamental de boa justiça”.

³⁵³ BUZOID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recurso do Código de Processo Civil. *Estudos de Direito*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1972, pp. 102-103.

³⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o CPC...* *Op. cit.*, 1974, Item 11.1, p. 139.

Por outro lado, os juízes que fazem os julgamentos recursais possuem mais experiência prática e jurídica do que os juízes de primeiro grau, cuja “sabedoria acumulada” aperfeiçoa a probabilidade de acerto na decisão que controla o juiz de grau inferior. Somado a isto, tem-se a experiência comum de que um segundo olhar melhora as possibilidades de êxito, independentemente da função realizada³⁵⁵.

Partindo dessas premissas, o duplo grau de jurisdição tem duas dimensões: uma individual e outra pública. A primeira relaciona-se à necessidade de controle do indivíduo perante o Poder Público, ou seja, a necessidade de resguardar as liberdades individuais das partes contra possíveis arbítrios dos juízes de primeira instância. A segunda relaciona-se à aplicação e interpretação do Direito e à necessidade de o Direito manter a sua integridade em relação a todos indivíduos. Isso justifica a existência de Tribunais na medida em que esses também possuem a função pública de uniformizar a jurisprudência³⁵⁶.

Por óbvio, o sistema recursal também se submete ao princípio da demanda, pois somente aquilo que a parte considerou injusto é que se submete à análise recursal. Por esta razão, é possível haver processo de cognição exauriente e pleno, apto a produzir coisa julgada naquilo em que não houve interposição de recurso. O recurso é apenas uma possibilidade de que a parte dispõe. É plenamente possível a parte se conformar com a decisão de primeiro grau que decidiu contra os seus interesses, embora não seja esta a habitual prática forense.

Sobre a questão da atipicidade das provas, o art. 369 do Código de Processo Civil introduz a prova da seguinte maneira: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

Um aspecto importante é a conformidade com a norma constitucional da vedação da prova ilícita, presente no art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal³⁵⁷, que não se confunde com a atipicidade da prova. Significa a necessidade de a prova ser conhecida de acordo com os

³⁵⁵ “Dado da experiência comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema frequentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso. Acrescente-se a isso a circunstância de que, em regra, o julgamento do recurso compete a juízes mais experientes, em regime colegiado, diminuindo a possibilidade de passarem despercebidos aspectos relevantes para a correta apreciação da espécie.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC. Op. cit.*, 2013, Item 138, p. 237). No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o CPC. Op. cit.*, 1974, Item 11.1, pp. 139-140.

³⁵⁶ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis. Op. cit.*, 1976, Itens 121-122, pp. 135-137.

³⁵⁷ Art. 5º, LXI da CF/1988: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (BRASIL (Constituição, 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 set. 2021).

padrões legais estabelecidos pela lei. Logo, meios ilícitos de obtenção de prova que violem à intimidade, liberdade, vida (exemplos mais usuais da doutrina) não podem ser aceitos como fonte de qualificação dos fatos realizados pelo magistrado.

A conformidade com a Constituição Federal pode ser vista quando o CPC/2015 utiliza a expressão “moralmente legítimos”, dando a ideia de licitude da prova, de acordo com a prescrição constitucional. Sergio Shimura³⁵⁸ esclarece:

Portanto, é vedado meio ilegal de prova. Prova ilegal (gênero) é aquela cuja obtenção contraria normas legais, ou princípios gerais do direito, sejam de natureza processual, sejam de cunho material. Quando a ofensa incide sobre norma de caráter processual, tem-se a prova ilegítima; se afetar norma de conteúdo material, é caso de prova ilícita.

Além disso, aponta-se o fato de o artigo estabelecer a atipicidade das provas, ou seja, não é necessário que a forma da prova esteja prevista em alguma lei específica, basta que seja moralmente legítima para que o juiz possa deferir o meio probatório. Exclui-se, assim, a estrita taxatividade das provas, criando-se um ambiente de livre produção de prova.

Posto isto, no sistema jurídico brasileiro a doutrina processual se divide em duas correntes: (I) aqueles que entendem que a prova atípica não é prevista em lei, logo, o ordenamento seria incompleto, não podendo prever todos os tipos de prova; e (II) aqueles que apontam que o ordenamento exauriu todo o tipo de prova, e que a prova atípica seria aquela típica, porém vista de uma diferente perspectiva e ângulo³⁵⁹.

Neste último sentido, a prova atípica é muito similar ao modelo típico, mas com algumas peculiaridades entre ambas, mais especificadamente, a forma como é obtida. A título de exemplo tem-se os pareceres técnicos produzidos por peritos, muito similares à prova pericial. Sua produção, entretanto, não seguiu estritamente a disciplina da prova pericial do Código de Processo Civil. Tem-se, também, o clássico exemplo de obter o testemunho de terceiro por escrito ao invés de audiência, muito comum para saber se determinado indivíduo esteve em determinado hotel em hora específica ou se um menor de idade é matriculado em determinada instituição de ensino, prática muito comum, segundo o relato de Barbosa Moreira³⁶⁰.

³⁵⁸ SHIMURA, Sérgio. Reflexos da garantia constitucional da prova lícita no processo. *Revista Mestrado em Direito*. Osasco, SP, ano 8, n. 1, 2008, p. 137.

³⁵⁹ Esta é visão de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 76, Out./Dez. 1994, pp. 116-117.

³⁶⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 118.

Entende-se que a segunda corrente é mais vantajosa, pois dá novas possibilidades de apuração do caso concreto no Processo Civil. Com esse entendimento, a profundidade da cognição é prestigiada, pois mais possibilidades de elementos probatórios podem vir aos autos.

Dadas as características mínimas, parte-se aos exemplos de cognições exaurientes e plenas no sistema processual: tem-se o mais óbvio, que é o procedimento comum previsto nos arts. 319 e seguintes do CPC. Já o procedimento padrão subsidia todos os outros em caráter subsidiário e supletivo, até mesmo os fora da órbita civil (como os processos de natureza trabalhistas e eleitorais) e, também, nos processos executivos.

Este é um procedimento criado para abarcar o maior número de conflitos das mais variadas naturezas. Do Direito Privado ao Público, o procedimento comum tem a função de dar às partes o acesso aos mais variados direitos e possibilidades processuais. Devido a essa alta adaptabilidade, o procedimento comum torna-se extremamente lento e com possibilidade de as partes utilizarem seus instrumentos como meios protelatórios, indo de encontro à necessidade de as partes terem comportamento probo (art. 5º, do CPC, que regulamenta o princípio da boa-fé processual).

Os Juizados Especiais Cíveis instituídos pela Lei nº 9.099, de 1995, anteriormente eram os Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244, de 1984, que foi revogada pela anterior), simplificam e concentram os atos processuais de pequeno valor e complexidade. Já os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 2009) e os Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259, de 2001) cuidam dos casos de pequeno valor contra o Poder Público e no âmbito federal, respectivamente.

Juntos, esses Juizados formam o chamado *Microsistema de Juizados Especiais*, que primam pela concentração dos atos processuais, a simplificação do rito, a oralidade e a redução de possibilidades de recursos. São chamados, também, de *Sumários Rápidos*, e têm a principal função de retirar formalidades inúteis, reduzir custos e promover economia processual às partes que, geralmente, não são propiciados pelo processo de procedimento comum.

O procedimento comum é lento e custoso, pois tem a principal finalidade de resolução do caso concreto com o máximo de certeza. Nem todos os casos, porém, precisam dos inúmeros instrumentos e técnicas que este procedimento costuma oferecer. Esses procedimentos simplificados não possuem limitação da cognição no que tange à formação do convencimento, da forma como existe no caso das tutelas provisórias. Segundo Leonardo Farias Sckenk, não há nesse sentido, “restrição do objeto de análise do julgador”³⁶¹.

³⁶¹ SCHECK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório...* Op. cit., 2013, Item 3, pp. 140-142. No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela de urgência e a efetividade do direito.

Entende-se que o maior mérito dos Juizados Especiais está na sua redução de recursos que a doutrina do direito processual civil geralmente critica com muita veemência. A crítica, no entanto, nunca transparece nas reformas legislativas e nas orientações jurisprudenciais³⁶². É um sistema que preza pela garantia do duplo grau, mas que não prevê a mesma quantidade de recursos que existe na disciplina do Código de Processo Civil.

O Microsistema de Juizados Especiais Cíveis tem a função de promover o acesso à Justiça, e tem como principal característica a gratuidade da Justiça, isto é, a não incidência de custas e barreiras econômicas que geralmente o procedimento comum possui na sua disciplina. Neste sentido, Mauro Cappelletti destaca o fortalecimento democrático do processo civil:

A pobreza das partes se apresenta como juridicamente relevante porque não raro constitui obstáculo ao acesso de muitos ao direito e às instituições processuais que o administram. Tornam-se assim fundamentais (e de fato são consagrados pelas Constituições mais modernas, entre as quais a brasileira, art. 5.º, LXXIV) institutos as mais das vezes negligenciados ou totalmente ignorados no passado, como o de um eficaz sistema de patrocínio dos pobres, de representação das partes menos abastadas, e, antes ainda, de assistência e aconselhamento a estas nas fases pré-processuais. Se é verdade que democracia significa antes de tudo participação, e que o aspecto mais típico do fenômeno jurisdicional é o de um procedimento em que as partes têm o direito de participar no processo de formação do juízo, não se vê como possa ser considerada verdadeira jurisdição aquela em que a parte pobre fique privada das informações e da representação, que são condições da respectiva participação. Um processo em que a arte fique na impossibilidade de participar efetivamente é um atentado contra aquilo que de mais essencial existe: o processo jurisdicional³⁶³.

Temas de direito processual. (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 91-93 e 99-100; ARAÚJO, José Aurélio. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. *Op. cit.*, 2017, Item 3.2, p. 140. Também Ovídio A. Baptista da Silva afirma que “não é um processo material sumário” inspirado em “juízos denominados plenários rápidos que tiveram origem numa decretal do Papa Clemente V, de 1306, conhecida como *Clementina Saepe contingit*.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. *Op. cit.*, 1998, p. 147). Complementa José Rogério Cruz e Tucci: “Por tais decretos foi então introduzido o procedimento, que tinha natureza eminentemente oral, oferecendo contaste com o escrito. Ademais, outorgavam-se ao juiz amplos poderes instrutórios e vinha prestigiada a regra da concentração dos atos probatórios, que passaram a ser realizados em uma só oportunidade, distinguindo-se, assim, do procedimento comum ordinário. (CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2016, Item 5, p. 48). Giuseppe Chiovenda chama os plenários rápidos de “sumário indeterminado”, pois existe tão somente uma simplificação de atos judiciais, em contrapartida com o “sumário determinado ou executivo” que tem como característica a “redução da cognição.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil...* *Op. cit.*, 1942, p. 164).

³⁶² O próprio Código de Processo Civil perdeu grande oportunidade de alterar a sistemática recursal, pois os embargos de infringência foram transformados em ampliação da colegialidade. Obviamente não são institutos equivalentes, mas cumprem a mesma função em ambas as disciplinas. Já a limitação do Agravo de Instrumento também não logrou sucesso com a atual jurisprudência do STJ, que permitiu a sua interposição desde que figure urgência, destruindo, assim, qualquer política legislativa de redução de recursos. Mais sobre o tema, conferir: STJ. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.757.123/SP*, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.08.2019, DJe 15.08.2019, com ótimas críticas presentes nos votos divergentes, especialmente em relação à questão da preclusão e à forma como a desconsideração do rol taxativo permite um risco nas cadeias preclusivas do processo.

³⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira, v. 65, 1992, Item 3, pp. 130-131.

Chiovenda lista as características históricas dos Plenários Rápidos:

dispensando do libelo, da contestação da *lide*, da rigorosa sucessão dos prazos, antes mirando a concentrar numa só audiência todas as deduções das partes, reforçando os poderes do juiz na direção da *lide*; aumentando o contacto entre as partes e o juiz, e a oralidade da causa; admitindo um processo contumacial na exata acepção do termo³⁶⁴.

Interessante ressaltar que Chiovenda não faz referência a limitações probatórias para caracterizar os Plenários Rápidos, o que decorre do fato de a limitação probatória ser característica de uma cognição com limitação de profundidade, ou seja, materialmente sumária.

Por essa razão, algumas observações devem ser feitas em relação aos Juizados Especiais Cíveis. Em seu art. 35, a Lei nº 9.099/1995 restringe o uso de prova pericial e, em troca, utiliza perícias informais (feita por peritos parciais!) que podem ser deficitárias em produzir uma cognição adequada ao juiz. Somado a isso, há limitação ao Recurso Especial e à ausência de possibilidade de utilização da ação rescisória nos Juizados Especiais, prejudicando consideravelmente o réu, pois este fica privado de um recurso.

José Aurélio de Araújo sustenta que os Juizados Especiais não são um procedimento caracterizado como Sumário Rápido, pois restringem o contraditório, que transmuda o procedimento de formalmente sumário para materialmente sumário, impedindo a formação da coisa julgada³⁶⁵. Conclui o autor que há necessidade de “ação de complementação de cognição posterior”³⁶⁶ para suprimir eventuais deficiências probatórias.

Concorda-se, em parte, com a solução dada pelo escritor pois, de fato, a supressão de prova pericial extravasa os limites dos procedimentos de Plenário Rápido e gera prejuízos à garantia do contraditório e do direito constitucional de produzir prova. Afastar, porém, em todos os casos a possibilidade de haver coisa julgada nos Juizados Especiais é inutilizar importante ferramenta prevista pela Constituição Federal de 1988, e prolongar o litígio por muito tempo.

Por isso, prefere-se dar solução similar à que existe no mandado de segurança, logo, os Juizados Especiais seriam uma espécie de procedimento de cognição plena e exauriente “*secundum eventum probationis*”³⁶⁷. Se, portanto, faltar algum elemento probatório que o

³⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., 1942, pp. 163-164. Algumas características ficam apenas a título histórico, como a dispensa de contestação, citada pelo autor.

³⁶⁵ “A concentração de prazos, a subtração de meios probatórios e a vedação à impugnação das decisões judiciais para a satisfação da celeridade máxima, sob a política judiciária da prestação jurisdicional eficiente quantitativamente, podem gerar a subtração de elementos cognitivos, transmudando um processo pensado para ser espécie plenário rápido em um processo substancialmente sumário.” (ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. Op. cit., 2017, Item 4.2.2, p. 228).

³⁶⁶ Id., *ibid.*, Item 4.2.2, p. 231.

³⁶⁷ Tratar-se-á desta modalidade com mais cuidado nos próximos tópicos.

procedimento do juizado não admita (como a prova pericial), o processo deve ser extinto e o juiz deve remeter as partes ao procedimento comum, pois a complexidade probatória é maior do que os limites dos juizados.

Por outro lado, caso seja constatado que, por exemplo, a prova pericial não era um meio relevante para comprovar o caso concreto descrito na fase postulatória, e que não haveria a sua produção se o litígio ocorresse pelo rito do procedimento, parece adequado admitir a existência de coisa julgada. Esta é a interpretação mais compatível com as garantias constitucionais do contraditório e a prova, sem esvaziar a possibilidade de o Juizado Especial criar coisa julgada³⁶⁸.

O Código de Processo Civil de 2015 não disciplinou o antigo procedimento sumário, que era um Plenário Rápido existente no CPC/1973 e, por consequência, acabou com a antiga dicotomia que havia entre o procedimento ordinário e sumário. Atualmente, existe apenas a fase de conhecimento, denominada “procedimento comum”. A mudança é positiva, pois o procedimento sumário exercia a mesma função do Juizado Especial, e não fazia sentido haver dois procedimentos com o mesmo objetivo. A convivência de ambos só aumentava a complexidade do sistema processual, não havendo ganhos substanciais com a existência de duas disciplinas legais análogas.

3.4 COGNIÇÃO LIMITADA E EXAURIENTE (COGNIÇÃO PARCIAL)

Neste plano cognitivo existe a limitação quanto à amplitude da cognição, ou seja, algumas questões jurídicas não podem ser debatidas dentro do processo, pois a lei proíbe o debate das partes sobre questões específicas que dificultem o andamento do processo. Nesse sentido, se manifesta Watanabe: “com limitação quanto à amplitude do debate das partes e, consequentemente, da cognição do juiz, mas sem limite no sentido vertical, da profundidade, quanto ao objeto cognoscível”³⁶⁹. Existe aqui, um repartimento do mérito do processo, em que a delimitação do pedido e da causa de pedir sofre restrições por razões da duração razoável do processo ou do próprio direito material. Este plano cognitivo também é denominado “cognição parcial”³⁷⁰.

³⁶⁸ Parece ser necessária uma reforma da legislação dos juizados, pois existem muitos pontos que claramente restringem as garantias constitucionais ou um instrumento processual que, no procedimento comum, poderia ser utilizado sem o consentimento do réu (ação rescisória, recurso especial, prova pericial, entre outros). Por isso, fica a sugestão de reforma dos Juizados Especiais a fim de melhor compatibilizá-los com a Constituição Federal de 1988.

³⁶⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, Item 22, p. 130.

³⁷⁰ É cognição “parcial e exauriente” a denominação usada por Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina, segundo os quais “se contenta com a cognição parcial, embora exauriente dentro de determinados limites, hipótese em que, se à redução se der determinados limites, hipótese em que, se a redução se der meramente em virtude de

O julgamento é exauriente, mas parte das questões litigiosas são deixadas de fora do processo e, por consequência, também são excluídas do manto da coisa julgada. Segundo Baptista da Silva, “onde a cognição, não obstante atingir em profundidade todas as questões da lide, conserva-se cognição parcial, na medida em que permanece vedada ao juiz a investigação sobre uma área toda de questões litigiosas, excluindo da respectiva demanda para integrar outra distinta.” A lei, neste caso, cria uma espécie de “exceção reservada” que permite ao litigante mover ação subsequente para julgar o que anteriormente não foi possível³⁷¹.

Essas limitações podem ocorrer por força de lei processual, a exemplo do Código de Processo Civil, ou pela própria lei material que resolve não permitir o julgamento conjunto de determinadas questões em um mesmo processo³⁷².

Referente à questão da coisa julgada nos casos de cognição parcial, a doutrina considera pacífica a sua ocorrência neste plano cognitivo, pois não existem limitações de profundidade. A ocorrência da coisa julgada, contudo, somente cobre as questões permitidas de serem discutidas nesta modalidade de cognição. Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina afirmam nesse sentido: “nos caso em que há cognição parcial, se em relação aos temas que serão objeto da decisão, for permitida a realização de cognição exauriente, em princípio ocorrerá coisa julgada em relação aos tema que tiverem sido objeto de cognição judicial”³⁷³. A cognição parcial possui limitação da análise jurisdicional e, por causa desse impedimento, a coisa julgada não sobre as questões que são objeto de restrição no plano cognitivo³⁷⁴.

As questões que, por força de lei, ficarem vedadas ao conhecimento do juiz, em princípio poderão ser conhecidas em processo posterior, pois o sistema processual não pode vedar o juiz de conhecer lesões ou ameaças de lesões devido ao princípio da inafastabilidade do controle judicial. Caso a lei processual vedasse completamente o conhecimento de determinados temas, a norma padeceria de inconstitucionalidade³⁷⁵. Por isso, fica evidente que o processo posterior poderá influenciar no originário, naqueles pontos onde a cognição era parcial.

técnica processual (e nunca de exigência de direito material), não se poderá impedir as partes de discutir, em outro processo, temas que não tenham sido (porque não poderia ter sido, ante a vedação legal) discutidos” (ARRUDA ALVIM, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003, Item 3.1.1, p. 88).

³⁷¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Procedimentos especiais*. Op. cit., 1989, Item 24, pp. 44-45 e 50-51.

³⁷² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Op. cit., 2005, Item 22.1, p. 133.

³⁷³ ARRUDA ALVIM, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada...* Op. cit., 2003, Item 3.1.2, pp. 92-93.

³⁷⁴ SILVA, Ricardo Alexandre. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2019, Item 4.3.7.3, p. 255.

³⁷⁵ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Op. cit., 2005, Item 22.1, p. 135.

Existem alguns exemplos de cognição parcial no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o mais notório deles encontrado nas ações possessória, onde por força de lei não se pode conhecer questões relacionadas à propriedade (salvo usucapião), ou seja, o objeto específico de debates deste plano cognitivo é a posse e não a propriedade.

O Código de Processo Civil vai além, proibindo a propositora da ação reivindicatória enquanto a ação possessória não terminar, ou seja, seu trânsito em julgado, conforme o seu art. 557: “na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa.” José Aurélio de Araújo classifica o corte cognitivo na ação possessória como “absoluto”, por justamente não permitir a discussão da propriedade com a ação possessória em curso³⁷⁶.

Outra cognição caracterizada como parcial é o embargo de terceiros que, além do tema desse procedimento especial ser restrito ao ato constitutivo no patrimônio de terceiros, ainda limita as matérias de defesa que o réu poderá postular em juízo, conforme dispõe o art. 680 do CPC³⁷⁷. Dadas essas limitações às exceções substanciais, o embargo de terceiro é considerado cognição limitada.

Qualquer exceção material que estiver fora do rol taxativo do art. 680 do CPC deve ser ignorada ou desconsiderada pelo magistrado, por óbvio, as questões preliminares não são limitadas, podendo ser alegadas normalmente. Diferentemente do que acontece nas ações possessórias, o corte cognitivo do embargo de terceiros se dá em relação ao réu e não referente ao autor³⁷⁸.

Em razão da cognição parcial, existe jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), afirmando não ser permitida alegação de fraude contra credores nos embargos de

³⁷⁶ “Deve-se, então, aguardar o fim do processo possessório para só depois iniciar o debate acerca da propriedade, elemento cognitivo suprimido do objeto litigioso na inicial, gerando corte de cognição absoluto quanto à questão petítória e à possibilidade de propositura de nova ação posteriormente acerca do mesmo bem, em cognição plena e exaustiva. O autor será, então, o senhor da opção de limitar ou não a extensão da *res in iudicio deducta*, promovendo a ação possessória quando sua posse for desvinculada da propriedade, ou a ação petítória, quando sua posse decorrer da propriedade.” (ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. Op. cit., 2017, Item 4.4.1.1, p. 225). Esta também é a opinião de Arlete Inês Aurelli: “não se discutindo o domínio, ou seja, não se discute o direito de propriedade (AURELLI, Arlete Inês. Das ações possessórias. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. I, 2017, p. 48).

³⁷⁷ No art. 680 do CPC há três hipóteses de defesa: “I - o devedor comum é insolvente; II - o título é nulo ou não obriga a terceiro; III - outra é a coisa dada em garantia.” (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Op. cit.).

³⁷⁸ “Essa técnica de sumarização é, outrossim, empregada no art. 1.054 do CPC, não em relação ao embargante, mas, sim, no que concerne ao diâmetro da *causa excipienda* a ser deduzida pelo embargado.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Embargos de terceiros: questões polêmicas. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 266). Nesse rumo, também segue a opinião de Gilberto Gomes Bruschi: “é um rol taxativo que não permite ampliação.” (BUSCHI, Gilberto Gomes. Dos embargos de terceiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017, p. 307).

terceiro, pois não é possível incluir esse fundamento de defesa no rol taxativo supracitado. Essa jurisprudência originou a Súmula 195, do STJ³⁷⁹.

Outro processo de cognição de caráter limitado é a Ação Rescisória, que tem por objetivo desconstituir a coisa julgada³⁸⁰. É a ação de impugnação autônoma de decisões judiciais que visa a criar uma nova relação jurídica a partir da desconstituição da coisa julgada. Via de regra, ataca pronunciamentos de mérito transitados em julgado e, nesse sentido, visa a expurgar a coisa julgada material do mundo jurídico³⁸¹.

A ação rescisória é considerada ação típica devido à taxatividade de hipóteses legais em que pode ser manejada, que restringem o âmbito de sua aplicação prática. Cria-se, assim, um modelo rígido de causas de pedir que são delimitadas pela lei processual, ou seja, fatos processuais disciplinados pelo Direito que orientam o cabimento da rescisória³⁸².

Apesar de a coisa julgada inspirar segurança jurídica, em certas hipóteses a existência de algumas “injustiças” processuais faz com que a lei infraconstitucional crie um mecanismo legal para rescindir a sentença. Nesses casos, o inconveniente da injustiça é maior do que o zelo pela segurança jurídica³⁸³.

³⁷⁹ “Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores.” Nos julgados que originaram esse entendimento nota-se a incompatibilidade da fraude contra credores e o rito do embargos de terceiro: “Ressalta-se que o ato praticado em fraude a credores não é ato nulo, mas ato simplesmente anulável. Exatamente para desfazer tais atos existe ação própria, a ação pauliana ou revocatória, de rito ordinário. Num procedimento ordinário poderiam também ser atacados por reconvenção, se ali ela fosse invocável em face dos fundamentos da ação. Acontece, porém, que descabe reconvenção em embargos de terceiro e não tem força de reconvenção a defesa que o embargado pode apresentar, eis que a controvérsia é limitada à licitude ou ilicitude da inclusão do bem na execução. Além de ser impossível misturar ações com procedimentos diferentes, como seriam os embargos e a pauliana, diversas ainda quanto aos seus objetos, mostra o artigo 109 do Código Civil a diversidade dos sujeitos. Sendo a pauliana ação destinada a revogar ato fraudulento, devem ser réus, necessariamente, em litisconsórcio, todos os participantes do ato impugnado e *não os vamos encontrar nos embargos de terceiro, ação especial de objeto mais limitado*” (grifamos) (RSSTJ. Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Súmula 195. Ano 4, n. 14, pp. 167-168, out. 2010).

³⁸⁰ Embora haja casos excepcionais, no CPC/2015 isto não ocorre.

³⁸¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia. *Ação rescisória e querela nullitatis: semelhanças e diferenças*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 105-106. Sérgio Rizzi aponta nesse mesmo sentido: “As sentenças transitadas em julgado, quando são sentenças de mérito, na maioria dos casos, ficam revestidas de uma imutabilidade que se convencionou chamar de “coisa julgada material”. A coisa julgada material fica, entretanto, sujeita a desfazimento, se procedente for esta ação que se intitula “ação rescisória”. Não é outro, pois, o objeto da ação rescisória, senão o desfazimento das sentenças de mérito transitadas em julgado, revestidas de coisa julgada material. E é também seu objeto rejudicar a ação anterior, em que se proferiu a decisão objeto de desfazimento.” (RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. Ação rescisória. *Revista de Processo (versão eletrônica)*, v. 26, 1982).

³⁸² YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. Op. cit., 1998, p. 74. Sérgio Rizzi, nesse mesmo sentido, sistematiza quatro categorias: “Os fundamentos da ação rescisória podem ser agrupados em quatro grandes categorias. A primeira categoria diz respeito aos fundamentos vinculados ao juiz. A segunda, aos fundamentos vinculados às partes. A terceira, aos vinculados à sentença; e a última, àqueles ligados às provas. Mediante análise da atividade do juiz, das partes, do resultado da sentença, e também das provas.” (RIZZI, Luiz Sergio de Souza. Ação rescisória. Op. cit., v. 26, 1982).

³⁸³ VIDIGAL, Luís E. de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, p. 5.

Ao limitar as hipóteses de cabimento de ação rescisória a casos taxativos, o legislador limita as questões que autor e réu podem discutir nesta ação e, por consequência, restringe os casos em que o juiz pode desconstituir a coisa julgada. O legislador, ao tornar a ação rescisória uma “ação típica”, está se limitando à amplitude da cognição judicial.

3.5 COGNIÇÃO PLENA E EXAURIENTE “*SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS*”

Segundo Watanabe, a cognição plena e exauriente “*secundum eventum probationis*” é constituída de procedimento ou fase procedimental caracterizada como “sem limitação à extensão da matéria a ser debatida e conhecida, mas com condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes.” Dois motivos justificam esse corte cognitivo, isto é: a técnica processual utilizada no processo, e a política legislativa adotada pelo legislador³⁸⁴.

A partir dessa definição, entende-se que caso fique constatada a necessidade de produção de outras provas além daquelas admitidas pelo procedimento, o julgamento de mérito não ocorrerá, e o juiz deverá remeter os jurisdicionados aos meios ordinários, onde poderão produzir todas as provas necessárias. Significa dizer que só haverá julgamento pleno e exauriente se ficar constada a não exigência de produção, por exemplo, de prova pericial (limitação que normalmente ocorre neste plano cognitivo).

Pode-se citar alguns exemplos de cognição plena e exauriente “*secundum eventum probationis*”, sendo o mais tradicional a cognição no mandado de segurança – ação constitucional que visa a proteger o direito “líquido e certo” do indivíduo ou da coletividade (art. 5º, LXIX, da CF/88), ou seja, direito que seja documentalmente demonstrável de plano³⁸⁵.

Caso fique constatada a necessidade de produção de outra prova que não seja a pré-constituída, é necessário extinguir o processo sem resolução de mérito e indicar as vias ordinárias de resolução de conflito. Se, porém, o mérito do processo é demonstrável inteiramente como pré-constituído, haverá produção de coisa material como se fosse um processo de cognição plena e exauriente. É o entendimento extraído do Súmula 304 do Supremo

³⁸⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Op. cit., 2000, Item 22, pp. 114.

³⁸⁵ A definição de direito líquido e certo, segundo José Carlos Barbosa Moreira, é: “Para fins de mandado de segurança, para afeição do cabimento desse remédio, trata-se de saber se os fatos, ou o fato de que se originou o alegado direito, comportam, ou não, a demonstração mediante apresentação apenas da prova documental pré-constituída. É esse o sentido último, é esse o resultado final a que se chega quando se analisa a exigência de que exista um direito líquido e certo. A exigência é, na verdade, a de que o fato de que se afirma ter nascido esse direito seja suscetível de comprovação mediante documento pré-constituído.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de segurança – uma apresentação. *Temas de direito processual* (sexta série). São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 201-203).

Tribunal Federal, ou seja: “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.

Eventualmente, se houver o julgamento do mandado de segurança, e ainda for necessária a produção de outra prova que não a pré-constituída, é possível utilizar a ação rescisória na hipótese de prova nova (art. 966, VI, do CPC/2015)³⁸⁶. Em bom momento, o Código de Processo Civil ampliou essa hipótese de ação rescisória que anteriormente, no CPC/73, era restrita apenas à prova documental, contudo, a jurisprudência já utilizava técnicas hermenêuticas para ampliá-la para outras modalidades que não a documental³⁸⁷. Neste caso, haverá a desconstituição da coisa julgada e outro julgamento com os novos elementos probatórios. A prova nova se justifica, pois o mandado de segurança possui restrições que impedem a utilização de algumas modalidades probatórias.

A hipótese de ação rescisória baseada em prova nova funciona como uma espécie de ação de complemento de cognição³⁸⁸, pois tem a função de possibilitar às partes a superação de vícios de restrição de probatória que, invariavelmente, afetam a garantia constitucional ao contraditório. Sabe-se que a sumarização da cognição sem a possibilidade de posterior complementação cognitiva gera inconstitucionalidade, pois as partes possuem o direito de demonstrar as suas razões com todos os meios probatórios possíveis. Essa complementação de cognição tem a função de possibilitar ao processo uma cognição plena e exauriente, reduzindo a possibilidade do julgamento ser inverídico.

Existem, ainda, outros exemplos de cognição plena e exauriente “*secundum eventum probationis*” no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da ação de inventário, em que a prejudicial de qualidade de herdeiro só é decidida quando o magistrado tiver elementos probatórios suficientes. Em caso da necessidade de dilação probatória, o juiz irá remeter essa questão prejudicial às vias ordinárias³⁸⁹, ou seja, ao procedimento comum. É o que dispõe o art.

³⁸⁶ “O surgimento posterior de outras provas que não a documental permitirá a propositura de ação rescisória por prova nova (art. 966, VII, do CPC/2015), para desconstituição da coisa julgada anterior e novo julgamento. Ou seja, transitada em julgado, a sentença do Mandado de Segurança que tenha apreciado o mérito somente poderá ser atacado através de ação rescisória, nas hipóteses de cabimento.” (ARAÚJO, José Aurélio. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. Op. cit., 2017, Item 4.4.4, p. 233).

³⁸⁷ Como já relatavam Teresa Arruda Alvim e Maria Lins Conceição, a jurisprudência interpretava o “documento novo” como restrição à prova testemunhal e não a outras modalidades probatórias como um laudo pericial, com mais detalhes sobre a evolução jurisprudencial no Código de 1973 (ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia. *Ação rescisória e querela nullitatis*. Op. cit., 2018, Item 4.1.8, pp. 285-287).

³⁸⁸ Há duas ações de complementação de cognição no sistema jurídico brasileiro: a ação rescisória baseada em prova nova e as ações de complementação de cognição que ocorrem em julgamentos sob o manto da cognição sumária, como é o caso da estabilização da tutela antecipada e da ação monitória. Essas possuem a função de permitir o acesso a um julgamento de cognição plena e exauriente com todas as possibilidades de julgamento, com mais detalhes e de forma muito bem sistematizada (ARAÚJO, José Aurélio. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. Op. cit., 2017, Item 4.5, p. 281).

³⁸⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Op. cit., 2005, Item 22.3, p. 136.

612, do CPC, que faz referência à prova documental (“provado por documento”). Melhor seria se fizesse referência à prova pré-constituída, contudo, fica claro o fato de não haver dilação probatória para comprovar a qualidade de herdeiro.

Existe, aqui, o fenômeno de descentralização da cognição, que retira as provas complexas e sua respectiva valoração da ação de inventário³⁹⁰. O objetivo é simplificar a ação de inventário, que já é uma ação complexa, com muitas partes e com interesses múltiplos. Decidir a condição de herdeiro aumentaria o nível de complexidade do inventário, gerando muitos tumultos. O resultado da ação ordinária influencia no resultado no inventário, visto que existe óbvio vínculo de prejudicialidade entre as ações.

Fica claro que na cognição plena e exauriente “*secundum eventum probationis*” busca-se resolver os processos que não tenham complexidade probatória alta. Essa modalidade cognitiva produz coisa julgada, entretanto, para suprir as limitações probatórias pode-se utilizar a ação rescisória na hipótese de prova nova ou uma ação ordinária, a depender do caso.

3.6 COGNIÇÃO SUMÁRIA

Depreende-se, até aqui que a cognição realizada pelo juiz, ainda que de maneira sumária, não se apresenta como mera técnica e, sim, como garantia do jurisdicionado de acesso à Justiça e razoável duração do processo à formação do seu ideal de justiça.

A cognição sumária é uma garantia dada pelo legislador, sensível aos influxos das normas constitucionais. Neste caso, ele percebeu que os custos do tempo no processo não devem ser suportados unicamente pelo autor, e propõe a justa distribuição de encargos por meio das técnicas de cognição sumária.

Andrea Proto Pisani afirma que as tutelas sumárias são garantias utilizadas pelos sistemas de jurisdição civil, inevitáveis ao amparo de direitos. A autora afirma, ainda, que ao longo da História, os diferentes legisladores (de tempo e era) recorreram à cognição sumária³⁹¹.

³⁹⁰ “[...] enquanto o juízo do inventário se ocuparia com as questões de direito e com as questões de fato documentadas, o juízo ordinário produziria – e até mesmo valoraria – a prova complexa. Não se discute que, ao final do processo, a decisão caiba ao juízo do inventário. A cisão é especificamente da cognição, e não da decisão. Prevalece, assim, uma lógica episódica de descentralização da cognição, pela qual se pretende ‘dividir para governar’.” (VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil... Op. cit.*, 2020, Item 5.5.1.3).

³⁹¹ PROTO PISANI, Andrea. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell' ordinamento italiano. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 90, 1998.

As cognições sumárias efetivam direitos de maneira imediata, todavia, vêm perdendo o *status* de meras técnicas, passando a ganhar posição constitucional de garantia³⁹², tornando-se imprescindíveis a um modelo constitucional de processo.

A ideia, portanto, de que as cognições sumárias possam garantir direitos constitucionalmente merecedores de tutela jurisdicional adequada vem repercutindo de maneira notável na doutrina processual.

Em *cognição sumária* posterga-se o contraditório e, com isso, o juiz não possui uma condição de análise “final” do conflito, somente de parte. Por isso, a análise do juiz é apenas de *probabilidade* (verossimilhança no CPC/1973) a ser confirmada (ou não) ao final do processo. Existe, nesta modalidade cognitiva, o que a doutrina denomina de *limitação na profundidade*³⁹³.

Esse *mapa cognitivo* é destituído da convicção presente na declaração final, pois no momento da sentença o juiz possui visão panorâmica de todo o conflito, podendo chegar ao mérito de forma completa. No caso da cognição sumária, conforme aponta Jean Carlos Dias, o juiz é obrigado a proferir decisão precária a partir de conceitos vagos e indeterminados que legitimam e concretizam a decisão pela existência de motivos de urgência e evidência³⁹⁴.

Vale, aqui, transcrever algumas diferenciações do *mapa cognitivo*, classificadas por Barbosa Moreira como *sumarização procedimental* e *sumarização da cognição*:

(I) a primeira não é caracterizada com o adiamento do contraditório e, sim, pela *simplificação do rito*, de forma a tornar as decisões mais céleres, havendo apenas um rearranjo procedimental, sem a presença de *sacrifício cognitivo*;

(II) a *sumarização da cognição* é caracterizada pela *limitação das matérias suscetíveis à análise do juiz* e pela *limitação do direito ao contraditório ou direito à prova* (tal como ocorre nas tutelas provisórias e mandados de segurança), não existe a possibilidade de obedecer a prazos rigorosos previstos em lei, dado o juízo de plausibilidade do direito³⁹⁵.

Proto Pisani, ao visualizar apenas os sacrifícios de direitos processuais, afirma que tais tutelas são tidas como excepcionais, pois ocorrem mediante o preenchimento de diversos requisitos³⁹⁶.

Em artigo escrito em coautoria com William dos Santos Ferreira, sobre a tutela de evidência, alerta-se para o fato de que, considerar a cognição sumária sempre na perspectiva do

³⁹² ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exhaustiva e coisa julgada*. Op. cit., 2017, p. 83.

³⁹³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Op. cit., 2000, pp. 125-128.

³⁹⁴ DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC...* Op. cit., Salvador: Juspodvim, 2017, p. 35.

³⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela de urgência e a efetividade do direito. Op. cit., 2004, pp. 91-93 e 99-100.

³⁹⁶ PROTO PISANI, Andrea. La tutela somaria in generale e il procedimento... Op. cit., v. 90, 1998.

risco e não como garantia de direitos poderá trazer ameaças à justa distribuição dos custos do tempo no processo civil, ou seja:

Como se vê, a tutela sumarizada usualmente é vista como um risco e não como um balanceamento de direitos e, em última análise, do princípio da igualdade. [...] A tutela provisória, vista exclusivamente como um *risco*, não permite evolução, pois se permanece na *prisão ideológica* de que um *risco* somente seria assumível a partir de uma *urgência* que impõe um dever imediato de tutela, em uma simplificada aplicação da *teoria do mal menor*. [...] A tutela de evidência, por sua vez, não é uma tutela provisória justificada no risco de perecimento, de inutilidade da tutela futura, mas, sim, na *desigualdade* representada pela fruição do bem da vida por quem não apresenta uma superioridade argumentativa e probante. Se o tempo é uma necessidade para o processo, uma parte não pode sempre se beneficiar pelo estado inercial, pela permanência do *status quo*. O devido processo legal, no Processo Civil, se concretiza a partir de um *balanceamento de direitos* (direito à *extensão procedimental* e à *fruição do bem da vida*). Em outras palavras, enquanto a primeira se realiza, a segunda também vai no mesmo sentido. (grifos nossos)³⁹⁷.

Estas afirmações também podem ser aplicadas a todos os tipos de cognição sumária, pois em que pese esteja presente a urgência, ainda assim a distribuição do tempo do processo poderá ser alterada, dando-lhe uma perspectiva mais dinâmica e não mais estática e inalterável até a decisão final.

3.7 COGNIÇÃO SUMÁRIA: REQUISITOS

O art. 300, *caput*, do Código de Processo Civil (CPC), traz a seguinte relação de requisitos da cognição sumária: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, revelando dois conceitos básicos: a probabilidade de direito e o elemento que caracteriza a urgência.

Somado a isso, tem-se o art. 311, *caput*, do CPC, que assim expressa: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”. A chamada tutela de evidência dispensa a necessidade de demonstração de urgência,

Interpretando os dois dispositivos em conjunto percebe-se que o requisito geral para a cognição sumária é a chamada probabilidade de direito ou *fumus boni juris*. Em toda

³⁹⁷ CORRÊA, Leonardo Peres; FERREIRA, William Santos. O conceito de tutela de evidência e as superações para sua efetiva adoção. *Op. cit.*, nº 115, Jul./Set. 2021, p. 219.

modalidade de cognição sumária é necessário que o demandante demonstre a plausibilidade de suas alegações. O requisito que caracteriza a urgência (*periculum in mora*) é eventual, e somente será exigido se o plano cognitivo da tutela provisória exigir a sua presença. Há, portanto, um requisito de admissibilidade fixo e um requisito eventual.

Ressalte-se que esses são conceitos indeterminados que necessitam da presença do juiz para preenchê-los no caso concreto. Ademais, são utilizados pelo legislador quando não existe mais alternativa, pois este normalmente se encontra impossibilitado de dar contornos firmes e precisos à definição. Os elementos são caracterizados pela polissemia, vaguidade e porosidade, sendo a doutrina e a jurisprudência fontes necessárias para ajudar a integralizar as hipóteses fáticas que surgem no processo³⁹⁸.

Durante o período posterior à reforma que introduziu a antecipação de tutela de maneira genérica, muito se discutiu sobre o requisito fixo das cognições sumárias. Isso acontecia porque o Código de Processo Civil de 1973 utilizava expressões distintas para conceder tutela cautelar e tutela antecipada. Na cautelar, o legislador utilizava a expressão “*fumus boni iuris*” e na antecipada a expressão “prova inequívoca da verossimilhança das alegações”.

Essa diferenciação fazia com que parte da doutrina estabelecesse uma espécie de gradação cognitiva entre ambas as modalidades de tutela, ou seja, na antecipação de tutela era necessário reunir maiores elementos de convicção do que na tutela cautelar, pois uma supostamente causava efeitos mais graves que a outra³⁹⁹.

Essa posição também gerava discussões sobre a natureza da tutela provisória, especialmente quanto ao fato de ela ter natureza cautelar ou antecipatória. O CPC/73 tinha um sistema que permitia cautelares de natureza atípica (não previstas no ordenamento) e a aplicação da tutela antecipada podia ser feita apenas com a presença dos requisitos elencados no antigo art. 273 do CPC/73.

³⁹⁸ Sobre o conceito indeterminado, tem-se, com muita clareza: ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial e recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 209 e ss.

³⁹⁹ Kazuo Watanabe ressalta a diferenciação: “prova inequívoca não é a mesma coisa que *fumus boni iuris* do processo cautelar. O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em mera “fumaça”, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito.” (WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer* (arts. 273 e 461, do CPC). *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça), processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 204). Da mesma forma: ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais*. In: ARRUDA ALVIM, Teresa. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: RT, 1995, pp. 90-91.

Como se sabe, a tutela provisória de urgência em caráter antecipado permite que o demandante frua do bem da vida que pediu no processo antes da sentença de mérito, ou seja, uma decisão exarada pelo juiz em caráter sumário que concede o pedido feito pelo autor e satisfaz as necessidades do jurisdicionado⁴⁰⁰.

Já a tutela provisória de urgência em caráter cautelar tem função eminentemente conservativa, ou seja, sua função é resguardar o bem da vida de uma possível deterioração pelo tempo do processo. Não possui caráter satisfativo, pois a decisão não concede o que foi pedido na demanda inicial, ele apenas a conserva para uma decisão final⁴⁰¹.

Logo, a diversidade de requisitos para a concessão de tutela cautelar e antecipada gerava inúmeras discussões sobre o caráter conservativo ou antecipatório da medida de urgência. O problema era que essa diferença nem sempre era clara no caso concreto, havia medidas que alguns diziam ter caráter antecipatório e, outros, ter caráter conservativo.

Esse problema foi bem apontado por Barbosa Moreira que afirma haver casos em que existe uma zona de penumbra da medida de urgência:

Um ponto merece ressaltar: a preocupação, intensa em setores doutrinários, de estabelecer critérios rigorosos de distinção entre as medidas cautelares e as antecipatórias. Não será um tanto exagerada tal preocupação? A ela – já se observou – permanece praticamente indiferente a doutrina italiana, pouco propensa a reputar absurda a coexistência, na mesma medida, de traços de acautelamento e de traços de antecipação. O fato é que nem sempre se consegue riscar com facilidade e exatidão a linha divisória entre os dois terrenos. E, bem pesadas as coisas, talvez nem sequer valha a pena fazer grandes esforços nesse sentido, sobretudo depois que a Lei nº 10.444, no § 7º que aditou ao art. 273, consagrou autêntica fungibilidade entre providências cautelares e antecipatórias, autorizando o juiz a conceder àquele título providência requerida a este outro⁴⁰².

A artificialidade das discussões quanto à possibilidade de a medida ser de natureza antecipatória ou cautelar gerou uma doutrina que interpretava os requisitos de “*fumus boni juris*” e “prova inequívoca da verossimilhança das alegações” como mesmo grau de

⁴⁰⁰ Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira esclarece a definição: “Se por ‘tutela’ se entende a proteção dispensada ao litigante, é intuitivo que ela não pode constituir o sujeito, mas apenas o objeto da antecipação. A tutela não antecipa seja o que for: pode, isso sim, ser antecipada pelo juiz, ou por decisão que este profira. Falar-se-á com propriedade, portanto, em ‘decisão antecipatória’, ou em ‘providência antecipatória’, no sentido de decisão ou de providência que antecipa a tutela. Quanto a esta última, ou será antecipada ou não o será: antecipatória é que jamais se concebe que seja.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. Temas de direito processual*. (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78).

⁴⁰¹ LOPES, João Batista; AUGUSTO DE ASSIS, Carlos. *Tutela provisória: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela de evidência, tutela inibitória antecipada*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, Item 7.3.1, p. 104.

⁴⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela de urgência e a efetividade do direito. *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 102.

probabilidade⁴⁰³, ou seja, não era necessário estabelecer graus de cognição sumária para deferir tutela cautelar ou antecipatória.

Afora esta questão, sabe-se que a expressão “prova inequívoca da verossimilhança das alegações” era um requisito que gerava muitas discussões no CPC/73, havendo inúmeras discussões sobre o alcance da expressão no caso concreto⁴⁰⁴.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, adotou-se a posição de não necessitar gradação de probabilidade. Conforme a proposta adotada pelos membros do anteprojeto do Código, houve a unificação procedimental e requisito das tutelas provisórias, pelo menos no que concerne às tutelas incidentais no processo, capitaneada por José Roberto dos Santos Bedaque. A intenção do legislador em unificar o regime jurídico sob uma única modalidade, chamada de “tutela de urgência”, presente de forma clara no *caput* do art. 294 do CPC, evidencia a sua intenção em cessar as problemáticas doutrinárias, práticas e jurisprudenciais sob o tema intensamente discutido no CPC de 1973, reformado. Aponta Bedaque, de forma aguda: “à luz do tratamento dado ao tema pelo legislador, a diversidade de conteúdo das espécies de medida provisórias (conservativas ou satisfativas) não mais influi no aspecto procedimental nem nos requisitos exigidos para a obtenção da respectiva tutela.” E segue afirmando que

reunir todas as espécies de tutelas provisórias sob o mesmo título, classificá-las segundo critério homogêneo e não ignorar a terminologia já consagrada pela doutrina. Pretendeu-se, com isso, eliminar as discussões teóricas a respeito do tema, cuja compreensão vem sendo dificultada por construções muito caras aos nefelibatas⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Conforme já relatava Eduardo Arruda Alvim acerca da sua posição no CPC/73: ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 152; e GUERRA, Marcelo Lima. As liminares na reforma do CPC. In: ARRUDA ALVIM, Teresa. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: RT, 1995, p. 194.

⁴⁰⁴ Barbosa Moreira, compilando diversas posições com a sua usual clareza, afirma: “A raiz dessas dificuldades parece consistir na premissa comum que se adota, a saber, a de que o art. 273, quando fala de ‘prova inequívoca’, está qualificando a prova do ponto de vista de sua força persuasiva, de sua capacidade para determinar o convencimento do órgão judicial. Há quem pretenda, por exemplo, que só será bastante para justificar a antecipação a prova que o seria para fundamentar o julgamento do mérito a favor do autor, o que equivale a apagar, na substância, a diferença entre a providência antecipatória e a sentença de procedência do pedido. Às vezes se procura a chave exegética numa comparação com o *fumus boni iuris*, tradicionalmente apontado como um dos pressupostos das medidas cautelares: sustenta-se que, para a antecipação da tutela, seria exigível prova capaz de produzir no espírito do juiz grau mais intenso de convicção. Com certa frequência cai-se na tautologia, quando se dá à expressão ‘prova inequívoca’, pura e simplesmente, o sentido de prova bastante para convencer o órgão judicial da verossimilhança da alegação do requerentes.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Antecipação da tutela*: algumas questões controvertidas. *Op. cit.*, 2004, p. 79).

⁴⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários aos arts. 294 a 311. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 916 e 918. No mesmo sentido, tem-se: ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, 2016, p. 550; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. *Op. cit.*, 2017, p. 152; DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC...* *Op. cit.*, 2017, pp. 61-62; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência*

Entende-se que a posição de unificar o procedimento e requisitos da tutela provisória incidental de caráter cautelar e antecipatória foi acertada, pois se perdia muito tempo discutindo a natureza da tutela provisória, e se o jurisdicionado era merecedor ou não de tutela. Claro que a diferenciação de tutela cautelar da antecipada possui grande relevância histórica no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, o jurisdicionado não poderia padecer devido às discussões sobre a natureza da medida provisória⁴⁰⁶.

Referente aos requisitos presentes no Código de Processo Civil, cabe apontar que a cognição sumária só é possível mediante a predeterminação legal do legislador que possui o dever de criar requisitos claros com o intuito de evitar a arbitrariedade do Judiciário⁴⁰⁷.

O conceito de probabilidade de direito ou *fumus boni juris* passa pela ideia de plausibilidade das alegações do requerente. Piero Calamandrei afirma que são alegações com boa aparência de direito, tendo bom juízo de probabilidade e verossimilhança, ou seja, que a alegação da parte tenha aparência de verdade e que o cálculo de probabilidade seja pela declaração de procedência do pedido final do autor. A demanda tem de parecer favorável ao autor e, para isso, o juiz deve analisar os elementos de convicção mostrados na inicial⁴⁰⁸.

Não se confunde a necessidade de prova pré-constituída com a definição de *fumus*. Como se sabe, a doutrina é clara ao afirmar que mera verossimilhança não envolve, necessariamente, a existência de prova pré-constituída do Direito, anexadas às petições iniciais. Às vezes, as declarações se mostram plausíveis o suficiente para caracterizar o *fumus* à concessão.

e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, Item 6.2, pp. 204-207; CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: o quanto o novo tem de inovador? *Revista de Processo (versão eletrônica)*, v. 42, nº 41, 2016; AURELLI, Arlene Inês. Tutelas provisórias de urgência no CPC. In: BUENO, Cássio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cazzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória no CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 61-64.

⁴⁰⁶ Não obstante o posicionamento do Código de Processo Civil, ainda parte da doutrina considera ruim a unificação de requisitos, pois cada modalidade de tutela exige um grau de probabilidade diferente, retornando a questão da gradação de cognição sumária. Nesse sentido, João Batista Lopes e Carlos Augusto de Assis expressam: “Um ponto merece ressaltar: a preocupação, intensa em setores doutrinários, de estabelecer critérios rigorosos de distinção entre as medidas cautelares e as antecipatórias. Não será um tanto exagerada tal preocupação? A ela – já se observou – permanece praticamente indiferente a doutrina italiana, pouco propensa a reputar absurda a coexistência, na mesma medida, de traços de acautelamento e de traços de antecipação. O fato é que nem sempre se consegue riscar com facilidade e exatidão a linha divisória entre os dois terrenos. E, bem pesadas as coisas, talvez nem sequer valha a pena fazer grandes esforços nesse sentido, sobretudo depois que a Lei nº 10.444, no § 7º que aditou ao art. 273, consagrou autêntica fungibilidade entre providências cautelares e antecipatórias, autorizando o juiz a conceder àquele título providência requerida a este outro.” (LOPES, João Batista; AUGUSTO DE ASSIS, Carlos. *Tutela provisória... Op. cit.*, 2018, Item 7.2, p. 103).

⁴⁰⁷ SCHECK, Leonardo Faria. *Cognição sumária... Op. cit.*, 2013, item 3, p. 192 e ss.

⁴⁰⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas, SP: Servanda, 2000, p. 99.

Obviamente, a presença de provas nos autos do processo é um forte elemento para caracterizar o *fumus* e deixar o julgador em uma situação mais confortável para conceder tutela provisória. Reconhece-se, contudo, que no caso concreto sua obtenção nem sempre é possível⁴⁰⁹.

Basta, portanto, que haja elementos de convicção que demonstrem que o autor possui aparência de verdade nos autos do processo para a caracterização do *fumus*. Ademais, não são necessários elementos probatórios que gerem probabilidade máxima, pois isto é característica do processo de cognição exauriente⁴¹⁰.

Na questão do *periculum in mora*, o Código de Processo Civil, em seu art. 300, o subdivide em duas categorias: “demonstração de perigo de dano” e “risco ao resultado útil do processo”. O CPC utiliza o termo “ou” para dar a ideia de alternatividade e não complementariedade.

Historicamente, segundo Baptista da Silva, a antecipação de tutela do antigo art. 273, do CPC/73, está ligada ao Direito Medieval, que vinculava o conceito de “dano irreparável” ao requisito que afastava o processo ordinário e suas formalidades e, assim, dava solução final com justificativa ao *status* extraordinário da *lide*. Já o requisito de risco do resultado útil era utilizado como no processo cautelar, protegendo a aparência do direito⁴¹¹.

O art. 300, *caput*, do CPC, não parece fazer remissão a “dano irreparável” como requisito essencial à concessão de tutela satisfativa, tampouco vincula a ideia de perigo de dano à tutela provisória de urgência em caráter cautelar. Isso leva a crer que o legislador exigiu que pelo menos um dos *periculum* exigidos no art. 300, *caput*, do CPC, seja utilizado para fins de concessão de tutela provisória, independentemente da sua natureza. O Código, ao utilizar dois termos abertos semanticamente, permitiu que a caracterização da urgência fique de mais simples concessão.

Da mesma forma, a alternatividade estabelecida pelo art. 300, *caput*, do CPC, parece reconhecer que tanto a tutela cautelar como a tutela antecipatória possuem um “quê” de

⁴⁰⁹ Havia, na época do Código de Processo Civil de 1973, uma doutrina sustentando que a expressão “prova inequívoca”, presente no seu art. 273, não se referia à prova documental. Neste sentido: LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: BUENO, Cássio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cazzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória no CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 226-228.

⁴¹⁰ Entende-se que o requisito da prova inequívoca estaria preenchido toda vez que houvesse elemento consistente capaz de formar a convicção do juiz a respeito da verossimilhança do direito. Se os elementos de prova fossem aptos à formação do juízo de certeza sobre a existência do direito, a tutela não teria caráter antecipatório, nem possuiria características da provisoriedade (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Provisória...* Op. cit., 2021, p. 350).

⁴¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10 e 14.

cautelaridade, que tem como fim último resguardar o direito do demandante a ter uma prestação jurisdicional útil e efetiva⁴¹².

3.8 COGNIÇÃO SUMÁRIA: MODALIDADES

Passa-se, agora, a subdividir as modalidades de sumarização da cognição judicial em três grupos: 1) As tutelas provisórias de urgência; 2) As liminares em procedimentos judiciais: como o mandado de segurança; e 3) As tutelas provisórias baseadas em evidência.

As tutelas provisórias já foram analisadas em grande medida anteriormente, e são baseadas em cognição sumária que objetivam conservar o direito do demandante dos perigos do tempo, pois não podem esperar o tempo de amadurecimento do processo de conhecimento normal. Podem, contudo, ter caráter satisfativo ou cautelar e caráter incidental, ou seja, seu pedido é feito dentro da fase de conhecimento ou executiva, disciplinado nos arts. 300 e seguintes do CPC.

O Código Processo Civil de 2015, ao contrário do anterior, extinguiu todas as modalidades típicas de tutela cautelar, fazendo apenas algumas remissões em seu art. 301 ao “arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem.” Da mesma forma, não mais existe o processo cautelar de natureza autônoma, doravante as demandas de natureza cautelar são acessórias, ou seja, não necessitam tramitar em autos apartados, como no CPC de 1973.

As liminares de determinados procedimentos judiciais podem ser tanto de urgência (a exemplo do mandado de segurança) como de evidência (liminar do embargos de terceiro). Liminares são aquelas decisões que são expedidas sem o contraditório prévio do réu. São, portanto, originárias da expressão *limiar*, que significa *começo* ou *origem*. Assim, a liminar explicita o momento da decisão e não a sua natureza ou conteúdo⁴¹³.

O diferencial dessas liminares é que se elas forem julgadas improcedentes, automaticamente o processo é extinto, sem resolução, via sentença processual, por ausência de condição da ação. Do contrário, se forem julgadas procedentes, necessariamente precisam ser confirmadas na sentença.

Esse exótico fenômeno ocorre porque no mandado de segurança é necessário demonstrar o direito líquido e certo de plano mediante a juntada de prova pré-constituída. Se, por acaso, a prova documentada não for suficiente para convencer o magistrado em sede de

⁴¹² ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. Op. cit., 2017, p. 65.

⁴¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários aos arts. 294 a 311. Op. cit., 2017, p. 958.

verossimilhança, a mesma prova não poderá convencer em sede de julgamento final. Dadas as limitações probatórias dessa ação constitucional, a improcedência da liminar significa uma improcedência do próprio mandado de segurança.

É o que Eduardo Arruda Alvim demonstra:

A concessão de liminar em mandado de segurança pressupõe que o juiz tenha dado os fatos, ainda que em juízo provisório, por suficientemente provados. Do contrário, terá, antes disso, extinto o mandado de segurança sem resolução de mérito, por inadequação da via processual eleita, o que significa falta de interesse processual (CPC/2015, art. 485, VI)⁴¹⁴.

A liminar dos embargos de terceiro segue esse padrão, presente no art. 678, *caput*, do CPC⁴¹⁵. A modalidade de tutela provisória possui natureza de evidência devido à dispensa do requisito que caracteriza a urgência. Caracterizado minimamente, o ato construtivo ao patrimônio do embargante, pela via da prova documentada, autoriza o Judiciário a conceder a liminar, se requerida pelo embargante.

Segundo Donaldo Armelin, o recebimento dos embargos de terceiro significa o deferimento da liminar e da expedição do mandado. Se, por acaso, não considerar suficientemente provado, o ato construtivo deve rejeitar embargos juntamente com a liminar, via sentença terminativa. Nas palavras de Armelin, “a admissão do dos embargos com expedição de competente mandato, ou o indeferimento deste, com encerramento do processo”⁴¹⁶. É o autêntico caso de ausência de interesse de agir, pois o prejuízo não foi demonstrado suficiente, ou seja, o ato construtivo não tem aparência suficiente de lesão para caracterizar o interesse.

Cabe esclarecer, todavia, que ambos os indeferimentos das liminares que acarretam o indeferimento do mandado de segurança e dos embargos de terceiro, são decisões sem resolução do mérito, em geral por ausência de condição da ação. As leis não autorizam o julgamento de improcedência liminar do pedido, que é medida de natureza grave, e deve estar necessariamente explicitada em lei⁴¹⁷. Na improcedência liminar do pedido que utiliza a técnica da taxatividade

⁴¹⁴ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. Op. cit., 2017, p. 154.

⁴¹⁵ Art. 658, *caput*, do CPC: “A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido.” (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Op. cit.).

⁴¹⁶ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 2017, Item 6.2, pp. 263-264.

⁴¹⁷ Esse é o sentido empregado por Donaldo Armelin sobre os embargos de terceiro: “Todavia, o sistema processual não autoriza o indeferimento da inicial com julgamento de mérito, salvo na hipótese do art. 295, IV, combinado com o art. 269 do CPC, ou seja, quando reconhecida de plano a prescrição ou decadência do direito do autor. Portanto, esse indeferimento somente poderá gerar extinção do processo sem julgamento de mérito, que poderia se subsumir apenas na hipótese do precitado art. 295, II, do CPC, se a situação legitimante de direito material

para definir as hipóteses, constam: enunciados de súmula de Tribunais (de qualquer natureza), e julgamento de causas e recursos repetitivos (IRDR, IAC, RE e Resp. repetitivos), todos presentes no art. 332, do CPC. Afora isso, tem-se a hipótese de prescrição presente no art. 487, do CPC, que autoriza o julgamento oficioso dessa específica questão mediante a oportunidade de manifestação do demandante.

O principal diferencial dessas liminares em procedimentos especiais é que o desfecho do procedimento especial é altamente influenciado pelo julgamento da liminar, sendo quase que necessário haver o pedido de liminar nesses procedimentos especiais. Sem o caráter eventual da tutela provisória do art. 294 e seguintes do CPC, o procedimento especial é construído em função da liminar. Obviamente, os julgamentos de tutela provisória estão sob a normativa do princípio do dispositivo, mas uma demanda de mandado de segurança e embargos de terceiro sem o pedido de liminar torna o procedimento especial inócuo.

A tutela de evidência⁴¹⁸ não é novidade do CPC/2015, pois ela já estava presente no sistema jurídico brasileiro apesar de fragmentada em diversos dispositivos. O que o CPC/2015 fez, todavia, foi apresentar uma disciplina legal mais clara ao tema.

Tem-se como exemplo antigo, no art. 1051, do CPC/73, a liminar dos embargos de terceiros, em que a presença da probabilidade de ilegalidade do ato de constrição do seu patrimônio é suficiente para caracterizar a possibilidade da tutela provisória de plano. A liminar tem efeito constitutivo negativo dos embargos de terceiro sobre o ato de constrição ao seu patrimônio antecipado. Havia, também, a antiga liminar da tutela antecipada por abuso de direito de defesa (art. 273 do CPC/73)⁴¹⁹.

As liminares nas ações de despejo da Lei de Inquilinato também representam a tutela de evidência, desde que prestada caução e caracterizada a hipótese prevista em lei (art. 59, § 1º e incisos da Lei n. 8.545/1991). E, por fim, nas hipóteses do art. 311, do CPC/2015.

A tutela de evidência é caracterizada pela ausência de *periculum in mora*. Neste sentido, Eduardo Arruda Alvim se manifesta, dizendo:

(posse, titularidade do direito invocado) não for passível de comprovação, ou no Item III desse mesmo artigo, se a qualidade de terceiro não resultar provada. Mas tais hipóteses referem-se a casos macroscópicos de falta de legitimidade *ad causam*, ou de interesse processual. Isto porque normalmente tais condições são aceitas preliminarmente, *in statu assertionis*, podendo ser comprovadas posteriormente.” (ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiros*. *Op. cit.*, 2017, Item 6.2, pp. 264-265).

⁴¹⁸ Com mais detalhes sobre o conceito de tutela de evidência, tem-se: CORRÊA, Leonardo Peres; FERREIRA, William dos Santos. O conceito de tutela de evidência... *Op. cit.*, nº 115, Jun./Set. 2021.

⁴¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 364-365.

Para a concessão de tutela da evidência, por outro lado, não há nenhum risco a ser tutelado: o resultado útil da decisão de mérito ou o próprio bem da vida não correm risco. Contudo, mostra-se possível, ainda assim, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em razão da injustiça consistente em subordinar aquele que demonstra a evidência do seu direito, ao decurso do tempo, natural à tramitação do processo⁴²⁰.

A delimitação da expressão *evidência* é importante para a compreensão do instituto. A impressão inicial remete à ideia de *evidence*, do direito norte-americano que, por sua vez, sugere a ideia de *prova*. É, também, o sentido etimológico da palavra *evidência* que exprime a ideia daquilo que é incontestável e sem dúvida.

Das quatro hipóteses do art. 311 do CPC apenas três exigem a figura da prova documentada ou pré-constituída, ou seja: (a) no inciso II, quando ficar comprovada documentalmente a existência de compatibilidade fática com decisão vinculante; (b) a prova adequada documental do contrato de depósito do inciso III; e (c) a prova suficiente do inciso IV, quando a defesa não gerar dúvida razoável⁴²¹.

O inciso I não exige prova documentada, logo, a ideia de vincular o conceito de prova à de tutela não parece ser o mais adequado à tutela de direitos, ao menos não para todas as hipóteses presentes e fora do art. 311 do CPC.

Após essa primeira impressão, segundo Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo⁴²², encontram-se duas concepções de *tutela de evidência*. Nesse sentido, a doutrina parece se dividir em duas correntes: a primeira entende evidência como *aquilo que não dá margem à dúvida*. Esse conceito não parece ser o mais adequado, embora seja a concepção de parte da doutrina⁴²³.

Outra interpretação possível é aquela que se restringe à *probabilidade de existência de algo*, ou seja, que possui sinal ou indício de determinado direito. Essa parece ser a definição mais correta de *evidência*, visto que se encaixa de forma mais natural na sistematização das

⁴²⁰ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. Op. cit., 2017, p. 315.

⁴²¹ Fica a dúvida do sentido posto pela prova documentada prevista nos incisos, pois uma exige prova documental, outra “prova suficiente” e, a última, prova “documental adequada”. Qual será o sentido dessas diferenciações conceituais? Este estudo, contudo, ficará para uma próxima oportunidade.

⁴²² YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência. In: BUENO, Cássio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cazzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória no CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 470-471.

⁴²³ Neste sentido, tem-se: “em todos esses casos verifica-se que o direito restou evidente, não sendo mais passível de impugnação, conferindo juízo de certeza ao órgão julgador, mas a cognição ainda não é exauriente, posto que a decisão é provisória.” (AURELLI, Arlene Inês. Tutelas provisórias de urgência no CPC. Op. cit., 2018, p. 57; ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de Processo Civil*. Op. cit., 2017, p. 735).

tutelas provisórias e da *cognição sumária* (muito explorada nos tópicos anteriores), conforme apontam Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo:

Ao contrário das demais previsões de tutela provisória, a tutela da evidência baseia-se na premissa de que a parte que demonstra, com razoável grau de probabilidade, ser titular de um direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico (direito evidente) não merece suportar os ônus decorrentes da demora necessária para obter a prestação jurisdicional. Nesse caso, justifica-se a inversão do encargo decorrente do tempo necessário para o processo e, assim, a entrega – ainda que provisória – do bem da vida pretendido àquele que demonstra o direito evidente⁴²⁴.

A probabilidade somada à hipótese legal qualificada parecem ser os elementos que melhor estruturam a possibilidade de concessão de tutela provisória de evidência, conforme expressa Cândido Rangel Dinamarco. Para ele, *evidência* “é um *fumus boni juris* qualificado, ao qual o legislador, em uma legítima opção política legislativa, entendeu atribuir o efeito de autorizar a antecipação do julgamento da causa, independentemente da concreta presença de urgência”⁴²⁵.

Observação interessante é apontada por Daniel Mitidiero ao afirmar que a tutela de evidência exige delimitação fática muito clara na legislação: “o legislador processual também tem o dever de utilizar *expressões adequadas* para descrição do suporte fático no texto legal quando dela se ocupa”⁴²⁶. A intenção é evitar expressões muito abertas na tutela de evidência e, com isso, impedir o arbítrio do juiz.

Exigir certeza quanto aos fatos é custoso ao autor que, conforme se viu, não pode arcar, em todas as hipóteses, com os custos temporais do processo. Assim, a requerimento do autor, é possível redistribuir o tempo do processo, tornando-o um ambiente mais equânime.

⁴²⁴ YARSHELL, Flavio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência. *Op. cit.*, 2018, p. 471. No mesmo sentido: “Caracterizada a probabilidade do direito e presente alguma das hipóteses dos incisos do art. 311 do CPC/2015, o peso do tempo do processo será transferido do autor (que antes deveria aguardar todo o trâmite processual até final decisão de mérito) para o réu (que se verá privado do bem da vida provisória e antecipadamente).” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. *Op. cit.*, 2017, p. 70). Ainda no mesmo sentido: FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares *et al.* Tutela provisória: questões polêmicas. In: BUENO, Cássio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cazzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória no CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 535-538.

⁴²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 883.

⁴²⁶ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 197, 2011.

3.9 COGNIÇÃO SUMÁRIA E COISA JULGADA

Duas notas devem ser tomadas em relação à cognição sumária: em que pese seja um procedimento de ampla proteção de direito, sua existência tem de ser harmonizada com o resto do sistema de garantias constitucionais, sob pena de ser considerada inconstitucional.

Deriva daí a óbvia constatação de que a sumarização da cognição impede a ocorrência de coisa julgada material, tanto do *decisum* quanto das questões prejudiciais, devido às limitações das garantias de cognição plena e exauriente. Seria, portanto, inconstitucional conceber a formação da coisa julgada dentro de uma cognição sumária⁴²⁷.

É necessário, também, que haja o contraditório ainda que de forma postergada ou eventual. A cognição sumária não acaba com o contraditório e, sim, o posterga para outro momento processual, já que a oportunidade de a outra parte exercer o seu direito de defesa é essencial. Esse direito pode ser exercido posterior à concessão da tutela (como ocorre na tutela de evidência) ou de maneira eventual (similar à ação de monitoria e à tutela de urgência antecedente)⁴²⁸. Essa nova oportunidade deve ocorrer no plano cognitivo pleno e exauriente⁴²⁹.

As duas maneiras de promover o contraditório em caso de término da relação processual por decisão sumária são: 1) Ação rescisória fundada em prova nova; 2) Ação de cognição complementar.

A ação rescisória fundada em prova nova aplica-se naqueles casos já discutidos anteriormente, como no mandado de segurança a ser julgado. Existe, contudo, a necessidade da produção de uma prova mais complexa do que a pré-constituída. E, para além desse caso, a prova nova sempre pode ser usada quando não for possível obtê-la no processo originário.

O CPC, ao ampliar esta hipótese de ação rescisória, fez uma mudança positiva pois anteriormente a ação era limitada ao “documento novo” e, no final, criava uma espécie de hierarquia indesejada entre as provas. No Direito Contemporâneo, as provas não podem ser hierarquizadas de acordo com a discricionariedade do legislador, e cada tipo de prova possui o seu uso adequado de acordo com as circunstâncias do caso. Este é um dos sentidos do livre convencimento motivado, que não permite à legislação processual pré-determinar o valor da prova⁴³⁰.

⁴²⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Op. cit., 2000, p. 139; SCHENK, Leonardo Faria. Contraditório e cognição sumária. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 13, nº 13, 2014, p. 568.

⁴²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela de urgência e a efetividade do direito. Op. cit., 2004, p. 92.

⁴²⁹ SCHENK, Leonardo Faria. Contraditório e cognição sumária. Op. cit., 2014, p. 571.

⁴³⁰ Salvo naqueles casos excepcionais em que o direito material exige determinada modalidade probatória para comprovação de determinados direitos, como no caso da escritura em relação à propriedade.

No CPC de 1973, o documento novo não poderia ser criado posterior ao término do processo, ou seja, ele deveria ser contemporâneo à lide, devendo ser justificado o motivo pelo qual o autor da ação rescisória não o havia produzido durante o processo originário. Essa exigência, no CPC, ainda ocorre nos casos de prova documental. Em determinadas modalidades probatórias, no entanto, este requisito não tem razão de ser.

Nos casos exemplificativos da prova pericial, pode ocorrer que, com o passar do tempo, novas tecnologias sejam desenvolvidas que criem métodos de apuração de fatos ou que aperfeiçoem os já existentes. Imagina-se que durante o desenrolar de um processo “x” houvesse uma prova pericial cabível, cuja tecnologia não dava muita precisão em relação aos fatos. Na sequência, o processo termina e após um ano é desenvolvida nova técnica de perícia que dá máxima certeza quanto aos resultados. Ao se fazer a mesma exigência da prova documental, necessariamente, se terá que ficar com a perícia que resultaria em menos certeza. Por isso, é necessário interpretar os requisitos de maneira distinta quando for o caso de ação rescisória fundada em perícia nova⁴³¹.

Já a ação de complementação de cognição ocorre quando existe a cognição sumária. Neste caso, como não há produção dos efeitos da coisa julgada material (somente formal), é possível mover nova ação, visando ao aprofundamento da cognição mediante juntada de novos elementos probatórios.

Na maioria dos casos, esta modalidade de complementação cognitiva não está disciplinada em lei, mas decorre, preponderantemente, do direito constitucional à prova e ao contraditório. Por vezes, contudo, a lei a disciplina, como no caso da ação no prazo de dois anos, quando ocorre a estabilização da tutela provisória antecedente em caráter antecipado (art. 304, § 5º, do CPC), a ser comentado com mais detalhes no tópico a seguir.

Esta ação de complementação se sujeita a alguns requisitos mínimos, como aponta José Aurélio Araújo, para além dos requisitos ordinários de admissibilidade de que todo processo necessita. O magistrado, no caso concreto, deve analisar se o novo elemento probatório tem capacidade de, por si só, alterar o julgamento anterior, que é um requisito relevante que impede que qualquer elemento novo seja utilizado para dar nova tutela jurisdicional⁴³².

⁴³¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia. *Ação rescisória e querela nullitatis*. Op. cit., 2018, Item 4.1.8, pp. 285-287

⁴³² “Do mesmo modo, para a admissibilidade da ação de *plena cognitio causae*, o juiz deverá avaliar se o elemento cognitivo novo é capaz de, por si só, alterar o julgamento originário, repetindo-se a justa exigência do inciso IV do artigo 966 do CPC/2015. É requisito da relevância do elemento cognitivo ou sua capacidade de alterar o julgamento transitado em julgamento.” (ARAÚJO, José Aurélio. *Cognição sumária, cognição exhaustiva e coisa julgada*. Op. cit., 2017, Item 4.5.2, p. 288).

Além deste existe o requisito moral, que é a “comprovação da impossibilidade de utilização ou o desconhecimento do elemento cognitivo inexistente no processo de origem”⁴³³. Essa exigência visa a evitar demandas protelatórias que atentem contra a boa-fé processual, o que é de suma importância. Na sua falta, a ação de complementação cognitiva se torna mero elemento no jogo processual, utilizado como fonte de estratégia de litigância e não como garantia constitucional à produção probatória.

3.10 COGNIÇÃO EVENTUAL, PLENA OU LIMITADA E EXAURIENTE (PROCESSOS INJUNCIONAIS)

Este mapa cognitivo, pouco utilizado no Direito brasileiro, usufrui de técnicas de inversão do contraditório. No Processo Civil brasileiro, normalmente são utilizadas técnicas de contraditório prévio, em que o autor demanda, o réu se defende e, logo depois, o juiz decide. Nessa técnica cognitiva, o juiz decide logo depois da demanda, com juízo de verossimilhança, e estabelece prazo para o réu impugnar a decisão, bem como estabelecer o seu direito de defesa. Caso o réu não utilize esse direito de defesa, o processo executório segue em frente.

Segundo Ricardo Barros Leonel, a técnica de inversão do contraditório permite que o autor goze do bem da vida que pediu. Esta técnica, contudo, deve ser bem delineada na lei, com requisitos específicos a serem preenchidos legalmente. Já o ônus de instaurar o contraditório recai sobre o réu⁴³⁴.

Também chamado de condenação com reserva ou processos injuncionais, em verdade trata-se de autêntica técnica de sumarização da cognição, podendo ser posta ao lado das tutelas provisórias em uma classificação. Seu principal diferencial é a possibilidade de encerramento do procedimento por escolha do réu ao não querer um processo de cognição plena e exauriente.

Segundo Chiovenda, existe uma autêntica mitigação do princípio de que o juiz tem de conhecer todas as exceções para, então, poder executar o réu em processo subsequente. Neste caso, o juiz conhece as questões não reservadas que a lei reputa como essenciais e, num momento seguinte, permite ao réu trazer as questões reservadas ao seu conhecimento⁴³⁵. O contraditório neste mapa cognitivo é eventual, com a possibilidade de supressão da cognição plena e exaustiva pelo comportamento do réu⁴³⁶.

⁴³³ ARAÚJO, José Aurélio. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. Op. cit., 2017, Item 4.5.2, pp. 288-289.

⁴³⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. Op. cit., 2010, p. 87.

⁴³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., 1942, p. 341.

⁴³⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Op. cit., 2005, Item 22.4, pp. 137-138.

Trata-se de autêntica exceção à regra da eventualidade, pois promove a desconcentração dos momentos postulatorios. A eventualidade é o conjunto de regras de forte caráter preclusivo que concentra num só o momento de postular e, caso isso não ocorra, só poderá ser feito em outro processo.

Não se confunde, contudo, com a cognição parcial, pois os processos injuncionais podem, eventualmente, ser plenos, a depender do comportamento do réu. Na cognição limitada não existe essa flexibilidade, e as questões limitadas somente poderão ser conhecidas em outros processos.

José Aurélio de Araújo bem sintetiza a noção de cognição nos processos injuncionais:

A condenação com reservas, incomum em nosso direito processual moderno, importa em técnica de sumarização da tutela cognitiva através da inversão da regra medieval da precedência da cognição sobre a execução. Há um julgamento provisório, de eficácia executiva, deferido independentemente do requisito do *periculum in mora*, quando o juiz observa a probabilidade do acolhimento da pretensão autoral e considera improváveis os argumentos da defesa, por vezes reduzidos a algumas hipóteses específicas. Em respeito ao contraditório, faculta-se ao réu em outra oportunidade, em processo plenário, complementar sua defesa em cognição plena e exaustiva. A técnica pode estar inserida em um procedimento especial, autônomo, ou incidente no procedimento ordinário⁴³⁷.

Tem-se alguns exemplos no Direito brasileiro, como a ação de prestação de contas. No art. 550, do CPC, o réu tem duas opções: ou impugna a decisão ou presta as contas. Se prestadas as contas e estas não forem impugnadas pelo autor, a fase jurisdicional de cognição é finalizada; caso a demanda seja impugnada, a prestação de contas tem cognição plena e exauriente⁴³⁸.

O processo monitorio também é exemplo típico de cognição eventual, plena ou limitada e exauriente. Neste procedimento especial, o mandado injuntivo é expedido sem o prévio contraditório, com base em provas documentais apensadas na petição inicial, logo, em juízo de plausibilidade⁴³⁹.

Neste sentido, o contraditório é diferido a um momento posterior, em que o demandado do processo monitorio tem de decidir se pagará as dívidas exigidas ou se contestará o processo mediante embargos monitorios. Pode, também, ficar inerte e, neste caso, a execução tem continuidade. Caso haja embargos, o processo se transforma em cognição plena e exauriente⁴⁴⁰.

⁴³⁷ ARAÚJO, José Aurélio. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. Op. cit., 2017, Item 3.2, p. 142.

⁴³⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Op. cit., 2005, Item 22.4, p. 138.

⁴³⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. Op. cit., 2010, Item 19.3, pp. 136-137.

⁴⁴⁰ *Id.*, *ibid.*

Esta, portanto, é a cognição utilizada nos processos ou na fase executiva (a depender do título executivo). Com relação à cognição na execução, esta será tratada em próximo tópico, considerando que envolve muitas particularidades.

Outro instituto que utiliza a técnica dos processos injuncionais é o das tutelas provisórias antecedentes em caráter antecipado. Nele se exige “urgência contemporânea à propositura da ação”, expressão utilizada no *caput* do art. 303, do CPC. Trata-se de um termo infeliz emitido pelo legislador, que dá a ideia de contemporaneidade entre a urgência e a época de propor a petição inicial. Não é por isso, contudo, que foi criado o instituto da tutela antecipada em caráter antecedente (arts. 303 e 304, do CPC).

A ideia da tutela antecedente surge quando a urgência possui alto nível. Tal intensidade faz com que o autor não tenha tempo de fazer a petição inicial com todos os requisitos de admissibilidade necessários à propositura da demanda. Surge, então, a tutela antecedente que relativiza esses requisitos.

Conforme orientação de Bedaque,

a intensão é estabelecer as regras aplicáveis à tutela antecipada, nas situações em que a urgência é tamanha que a parte não pode aguardar o tempo necessário à reunião dos elementos imprescindíveis à apresentação do pedido de tutela final. Fosse a urgência ‘contemporânea à propositura da ação’, seriam requeridas na inicial desta demanda, cumulativamente, as tutelas provisórias e definitivas. Como o autor precisa da tutela antecipada imediatamente, pode pleiteá-la antes, deixando para mais tarde a apresentação do pedido de tutela final⁴⁴¹.

Não se trata de um requisito geral previsto no art. 300, do CPC, que disciplina de forma geral as várias tutelas de urgência no ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, trata-se de um requisito específico presente no art. 303, *caput*, do Código de Processo Civil para as tutelas de urgência antecipada em caráter antecedente.

A literalidade do art. 304, *caput*, do CPC, permite compreender que se não for interposto o recurso da decisão que concede a tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, tal decisão “torna-se estável” (na dicção do Código). Segundo o sistema recursal brasileiro, o recurso adequado para impugnar decisões referentes às tutelas de urgências é o de Agravo de Instrumento.

⁴⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários aos arts. 294 a 311. *Op. cit.*, 2017, p. 941.

Logo, é necessário que o réu interponha o recurso de Agravo de Instrumento para evitar a estabilização da tutela de urgência que, segundo a literalidade do Código, constitui um requisito para obstar a estabilização da tutela provisória.

Existe, no entanto, corrente doutrinária forte que vê a contestação como meio de obstar a estatização da tutela provisória. Basta, nesses casos, a apresentação de inconformismo por parte do réu para que a estabilização não ocorra, segundo a visão dessa corrente⁴⁴². A outra corrente afirma que somente o Agravo de Instrumento pode obstar, e que permitir que outro meio evite a estabilização é esvaziar o instituto da estabilização, além de consistir ofensa ao devido processo legal⁴⁴³.

Agravo não é pressuposto para o oferecimento da contestação. Pode acontecer de o réu não agravar e o autor aditar petição inicial. Neste caso, o juiz dará prosseguimento ao procedimento cognitivo, exarando, ao final, uma decisão de mérito com coisa julgada. Logo, apesar de não ter agravado, o réu poderá oferecer contestação.

O processo de cognição exauriente e pleno, portanto, só ocorrerá se o réu instaurar o contraditório; do contrário, a decisão ficará sob o manto da estabilização da tutela antecipada, e a fase cognitiva do processo é encerrada. A antecipação da tutela continuará a valer até que o réu a impugne mediante ação de complementação cognitiva do art. 304, § 5º, do CPC, no prazo de dois anos.

3.11 COGNIÇÃO NA EXECUÇÃO

Tradicionalmente, a cognição no processo de execução foi tida como inexistente, ou seja, durante certo período se negava que o juiz exercesse qualquer ato cognitivo na execução. A matéria cognitiva era toda condensada nos embargos à execução, e qualquer manifestação postulatória da parte no processo de execução era imediatamente retirada dos autos do processo.

Posteriormente, reconheceu-se que havia atividade cognitiva no processo de execução. Esta modalidade cognitiva, entretanto, foi considerada rarefeita. O posicionamento de Watanabe a esse respeito é o seguinte: “Quanto ao processo de execução, limitamo-nos, neste trabalho, apenas ao registro, já feito, de que embora bem refeita, também nele existe cognição, conforme ficou ressaltado (os embargos à execução, como é cediço, são ações de cognição)”⁴⁴⁴.

⁴⁴² ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2012, p. 565; DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC*. *Op. cit.*, 2017, pp. 122-123.

⁴⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários aos arts. 294 a 311. *Op. cit.*, 2017, p. 944.

⁴⁴⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. *Op. cit.*, 2005, Item 22.5, p. 139.

Este quadro quase que ofensivo ao processo de cognição tem origem na relação da execução com a garantia do contraditório. Heitor Vitor Mendonça Sica⁴⁴⁵ afirma que existem três enganos no processo de execução em relação ao contraditório:

(a) o primeiro, de que o contraditório seria “parcial e atenuado” no processo executivo, o que demonstra ser uma inverdade, pois o processo executivo permite a ampla participação do executado para influir na convicção do juiz. O que ocorre na execução é a chamada inversão do contraditório em favor do exequente. Nesse sentido, se poderia dizer que ele é “postergado”, mas nunca que ele não se desenvolve de maneira plena;

(b) o segundo, assertiva incorreta de que o executado é chamado a satisfazer a execução e não para se defender. Em verdade, a satisfação faz parte do chamamento do executado, contudo, ele também é chamado a exercer o seu direito constitucional à ampla defesa, sendo que uma finalidade não exclui a outra;

(c) o terceiro, que a atividade cognitiva somente se realiza nos embargos à execução, o que é considerado uma inverdade. Na legislação atual existem inúmeras hipóteses em que as partes exercem atos postulatórios diretamente no processo executivo, como nas petições da execução de título extrajudicial ou mesmo no controle de legalidade das penhoras posteriores à impugnação do cumprimento de sentença (a título de exemplo, tem-se: arts. 853, § único, e 218, ambos do CPC).

Passando diretamente pela questão da cognição na execução, acolhe-se o posicionamento de Heitor Sica, de que o plano cognitivo na execução varia de acordo com o instrumento utilizado pelo executado. Sabe-se que a execução possui muitos instrumentos de impugnação, e que não fica restrita apenas aos embargos à execução (como no caso da impugnação do cumprimento de sentença, exceção de pré-executividade e petição avulsa)⁴⁴⁶.

Diante desse cenário, Heitor Sica sugere a seguinte sistematização: “Nos embargos à execução, a cognição é plena e exauriente; na impugnação ao cumprimento de sentença é limitada e exauriente; na exceção de pré-executividade, plena e exauriente *secundum eventum probationis*; e nas petições posteriores às defesas típicas, é parcial e exauriente.” Nos embargos à execução fundada em título de crédito é uma exceção à regra, pois a cognição é parcial e sumária devido aos limites impostos pela relação jurídica de direito material⁴⁴⁷.

Nota-se que o mapa cognitivo varia de acordo com fenômenos anteriores à execução. Logo, a limitação de plenitude da cognição na impugnação do cumprimento de sentença se

⁴⁴⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT, 2017, Item 3.2, pp. 154 ss.

⁴⁴⁶ *Id.*, *ibid.*

⁴⁴⁷ *Id.*, *ibid.*, Item 3.3, p. 153.

justifica pela fase de conhecimento anterior em que houve intenso contraditório sobre as diversas questões. Nos embargos à execução não houve fase cognitiva anterior, sendo necessário dar todas as oportunidades ao executado se defender. Por isso, justifica-se a cognição plena e exauriente.

É entendimento corrente e jurisprudencial que para mover uma exceção de pré-executividade é necessário haver prova pré-constituída, sendo que sua falta impede o julgamento da exceção⁴⁴⁸. A questão do mandado de segurança é similar, devendo o executado demonstrar uma espécie de direito líquido e certo, independentemente da natureza processual ou material da questão⁴⁴⁹.

Por derradeiro, as petições avulsas são parciais, pois visam impugnar especificamente ato executivo que seria supostamente legal. Qualquer outra questão que não seja ato específico ou questão de ordem pública não debatida anteriormente, não poderá ser conhecida pelo magistrado. É o caso da impugnação específica da penhora constante do art. 853, § único, do Código de Processo Civil, que determina que se a penhora for feita depois do prazo dos embargos ou impugnação ao cumprimento de sentença, é preciso que seja feita no próprio processo de execução. O âmbito cognitivo, contudo, ficará na legalidade ou ilegalidade da penhora (por exemplo: penhorável ou impenhorável ou configura ou não bem de família).

O fenômeno da inversão do contraditório é comum a todas as modalidades de cognição na execução, e constitui a técnica de sumarização da cognição em que o magistrado decide com base na verossimilhança inicial das alegações e, posteriormente, concede prazo ao réu para contestar sua decisão. Esse fenômeno é comum na execução como um todo, pois o juiz decide e depois vem a conformar ou mudar a sua decisão ao ouvir o réu⁴⁵⁰ (conforme já se viu nos tópicos de cognição sumária).

⁴⁴⁸ Sobre a evolução jurisprudencial da exceção de pré-executividade e seu perfil conceitual tem-se com muito proveito: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Segurança jurídica e tutela executiva – o princípio *nulla executio sine titulo* como instrumento de garantia do executado ao devido processo legal. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Ana Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 400 e ss.

⁴⁴⁹ José Roberto dos Santos Bedaque sustenta a possibilidade de arguição de questões de mérito na exceção de pré-executividade, desde que demonstração de direito líquido e certo por prova pré-constituída. Assim: “Esse âmbito, todavia, vem sendo ampliado, para alcançar também matéria pertinente ao mérito. Ainda que admissível essa extensão, é preciso estabelecer limites, sob pena de transformar-se a execução em verdadeiro processo cognitivo. Por isso, a possibilidade de o juiz conhecer aspectos da relação material deve ficar restrita a questões cuja solução não demande produção de prova. Pode-se até invocar a ideia de direito líquido e certo, ou seja, aquele identificado de plano, mediante documentos.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 369).

⁴⁵⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. Op. cit., 1998, Item 5.6, pp. 132-133. E, também: “Diferentemente, na execução, o juiz libera a prática de atos de agressão à esfera jurídica do executado com base em cognição sumária e, se ele não se defender, não haverá qualquer decisão ulterior por meio da qual o juiz declare que o exequente tem o direito que afirma ter. Há apenas a decisão inicial, deflagradora da atividade executiva, que

Alheia aos embargos à execução, a cognição na execução nunca será plena e exauriente, pois as regras cognitivas da execução não permitem que sejam desenvolvidas de maneira total. Essa constatação não torna esses instrumentos institucionais, pois se limitam às regras específicas da cognição, conforme aponta Bedaque:

Em regra, o processo de execução só comporta cognição relativa aos incidentes decorrentes da prática dos atos de sub-rogação ou de constrição. Também questões de natureza processual pertinentes aos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional podem ser suscitadas no próprio processo executivo. Trata-se da cognição natural, destinada ao controle da relação processual. Já defesas de mérito são admissíveis em caráter excepcionalíssimo, somente se a situação revelar sério comprometimento da verossimilhança oriunda do título⁴⁵¹.

A questão da incidência da coisa julgada no processo de execução se apresenta como complexa, pois varia de acordo com o plano cognitivo estabelecido na execução. É consenso que nos embargos à execução existe o fenômeno da coisa julgada, visto ser instrumento que pressupõe plenitude e profundidade do juiz na análise das questões.

Referente às outras modalidades cognitivas na execução (impugnação, exceção de pré-executividade e petição específica), a presença da coisa julgada varia de acordo com a natureza da questão debatida no processo executivo. Se for questão preliminar referente a pressupostos processuais ou condições da ação, não haverá os efeitos da coisa julgada. Não raro esses planos cognitivos são usados para controlar as regras procedimentais da execução, em geral sob o manto da ordem pública processual. Nestes casos, há apenas a coisa julgada formal.

Na eventualidade de o executado utilizar uma defesa de mérito excepcional que retire a verossimilhança do título executivo, não há como negar que havendo um julgamento de mérito haverá incidência da coisa julgada. Tem-se, para tanto, o exemplo da impugnação ao cumprimento de sentença na hipótese da prescrição superveniente (art. 525, VII, junto com o art. 487, II, ambos do CPC). Neste caso, a prescrição possui autêntico conteúdo de mérito e, portanto, a decisão transitará em julgado⁴⁵².

não precisa ser ulteriormente confirmada.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. Op. cit., 2017, Item 3.3, p. 156).

⁴⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. Op. cit., 2006, pp. 374-375.

⁴⁵² ARRUDA ALVIM, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada...* Op. cit., 2003, Item 3.2.6, pp. 113-114; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. Op. cit., 2017, Item 4.11, pp. 264-267; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. Op. cit., 2006, pp. 372-373.

É necessário que o executado tenha efetivamente exercido o seu direito ao contraditório e ampla defesa, pois a ausência de defesa faz com que a cognição permaneça sumária e não seja transformada em exauriente. Nesses casos, não há existência de coisa julgada na execução⁴⁵³.

3.12 COGNIÇÃO E PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Os procedimentos especiais, em sua essência, são aqueles que se diferenciam do comum, estabelecendo modos e sistemas diferenciados que não ocorrem no procedimento padrão. Este, como já comentado anteriormente, é um processo de cognição exauriente e pleno que visa a tutelar um vasto número de situações substanciais. Já o procedimento especial é criado para situações específicas do direito material, e visa a tutelar situação única que o procedimento comum não conseguiria amparar.

Esta é a principal característica de um procedimento especial. Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica,

é bem sabido que a existência de procedimentos especiais surge justamente em razão da necessidade de adaptar o modelo básico de prestação da tutela jurisdicional (previsto no Código de Processo Civil [de 1973] e consubstanciado no procedimento comum de conhecimento) a particulares exigências do direito material⁴⁵⁴.

Não se limita, portanto, a aspectos meramente procedimentais como a denominação parece sugerir, em verdade, os procedimentos especiais alteram diversas regras ordinárias, como legitimidade, coisa julgada, limitações horizontais e verticais da cognição, e até mesmo regras da correlação (ações dúplices), ou seja, os procedimentos especiais privilegiam as técnicas de diferenciação de tutela.

É por isso que os procedimentos especiais não podem ser vistos como mero capricho do legislador, pois contribuem para a efetividade do direito material, tendo as regras procedimentais relação simétrica com a substancial⁴⁵⁵.

⁴⁵³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. Op. cit., 2017, Item 4.11, pp. 264-265.

⁴⁵⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça, Reflexões em torno da teoria dos procedimentos especiais. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 208, 2012, Item 2. No mesmo sentido: MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, Item 15, p. 35; CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, Item 2.2, p. 19; THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil* (versão eletrônica). 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 2021, Item 2.

⁴⁵⁵ “Positivada, destarte, a realidade da insuficiência do procedimento comum, não consegue o legislador fugir do único caminho a seu alcance, que é o de criar procedimentos outros cuja índole específica seja a adequação às peculiaridades de certos direitos materiais a serem disputados em juízo. Os atos processuais são, aí, concebidos e

Nota-se, então, que os procedimentos especiais possuem requisitos de admissibilidade distintos dos habituais⁴⁵⁶, ou melhor explicando, muitas vezes os procedimentos especiais aumentam ou alteram os requisitos de admissibilidade do processo.

Os procedimentos especiais, segundo Antônio Carlos Marcato, também visam a aceleração do processo, pois, como é sabido, o procedimento comum, por ser modalidade cognitiva genérica e ampla, também o torna um procedimento excessivamente lento com muitos recursos disponíveis. O procedimento especial tem como objetivo tornar a resolução do direito material mais breve, livrando-se de ritos que não são necessários à situação substancial. Os procedimentos especiais aproximam a relação direito e processo⁴⁵⁷.

A razão de ser de um procedimento especial é muito variada, por isso, não há racionalidade na criação ou extinção de procedimentos especiais. Alguns procedimentos especiais permanecem no ordenamento jurídico por questões de tradição jurídica, outros são criados pela conveniência legislativa, enquanto outros são criados pela ineficiência do procedimento comum⁴⁵⁸.

Por vezes, o legislador cria alguns procedimentos especiais em função da valorização política de alguma causa. Este é o caso das Ações de Família que constam no CPC, em que não há especialidade suficiente para a manutenção desse procedimento especial, visto que o procedimento comum abarca todas as situações especiais esboçadas pelo legislador. Em uma política de valorização da família, no entanto, as Ações de Família são justificadas⁴⁵⁹.

Há, também, os casos de procedimento especial criados por exigência da Constituição Federal, como é o caso das Ações Constitucionais de Proteção à Liberdade (mandado de segurança e injunção), as Ações Coletivas (Ação Civil Pública e Ação de Improbidade) e as Ações de Controle Concentrado da Constituição Federal.

coordenados segundo um plano ritualístico que tenha em vista a declaração e execução daquele direito subjetivo de que se cuida” (THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Op. cit., 2021, Item 2).

⁴⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais...* Op. cit., 2021, Item 2.2, p. 19.

⁴⁵⁷ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. Op. cit., 2001, Item 15, pp. 35-36. As características dos procedimentos especiais são resumidas por Humberto Theodoro Jr: “(a) simplificação e agilização dos trâmites processuais, por meio de expedientes como o da liminar antecipatória de efeitos da tutela, o da redução de prazos e o da eliminação de atos desnecessários; (b) delimitação do tema que se pode deduzir na inicial e na contestação; (c) explicitação dos requisitos materiais e processuais para que o procedimento especial seja eficazmente utilizado.” (THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Op. cit., v. 2, 2021, Item 4).

⁴⁵⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Reflexões em torno da teoria...* Op. cit., 2012, Item 03.

⁴⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais...* Op. cit., 2021, Item 03, pp. 27-28.

Devido a essas variadas razões, Antônio do Passo Cabral, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que não existe razão clara para a criação e extinção de procedimentos especiais⁴⁶⁰.

Fenômeno de extrema relevância é o contemporâneo da “especialização do procedimento comum”, que é a incorporação de técnicas processuais tradicionalmente ligadas aos procedimentos especiais. Esse movimento ganhou relevância com a generalização das tutelas antecipatórias satisfativas que, anteriormente, tinham autêntica característica de procedimento especial, como no mandado de segurança e na ação de depósito.

Esta generalização da antecipação de tutela fez com que diversos procedimentos especiais perdessem a sua peculiaridade própria e não precisassem mais ser tutelados por procedimento especial, perdendo, assim, a sua razão de ser. Assim, o fenômeno jurídico gerou certos procedimentos especiais que foram absorvidos pelo procedimento comum.

Heitor Mendonça Sica até especula que determinadas técnicas surgiram como uma espécie de teste para os procedimentos especiais, com o intuito de acelerar o processo, não havendo motivos de serem negados no procedimento ordinário⁴⁶¹.

Esse fenômeno levou parte da doutrina a defender que, no futuro, muitos procedimentos especiais serão extintos e absorvidos pelo procedimento comum, sendo transformados em técnicas processuais que não exigem do legislador a manutenção de diversos procedimentos especiais. O procedimento comum seria um procedimento altamente especializado que abarcaria inúmeros procedimentos especiais⁴⁶².

Discorda-se, em parte, com essa opção. De fato, como os autores defendem, não existe a necessidade de alguns procedimentos especiais, que foram extintos pelo CPC, como o caso da ação de usucapiam. Paralelo a esse fenômeno, no entanto, existe uma proliferação de

⁴⁶⁰ CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais...* Op. cit., 2021, Item 03, p. 28.

⁴⁶¹ “Não raro, os procedimentos especiais introduzem novidades que não são propriamente adaptadas ao particular tipo de conflito de interesses que pretendem tutelar. A impressão que se tem é a de que o legislador, ao criar ou modificar procedimentos especiais (especialmente no caso de leis extravagantes), frequentemente aproveita para criar mecanismos que acelerem o processo independentemente das peculiaridades do direito material que lhe constitui a base. E, não raro, essas experiências, por terem se revelado frutuosas, tornaram-se gerais por reformas no CPC.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria... Op. cit., 2012, Item 3).

⁴⁶² É o que Cabral, Didier Jr. e Cunha defendem: “Portanto, talvez a melhor alternativa não seja a proliferação de incontáveis procedimentos especiais, mas a inserção de possibilidades de flexibilização e adaptação em um procedimento comum que sirva como modelo procedimental. A solução parece não ser mais focar em procedimentos especiais, mas em técnicas especiais. Esse foi o caminho do sistema processual brasileiro. Passou-se do direito ao procedimento especial ao direito à técnica processual especial, não necessariamente embutida num procedimento especial; ou do procedimento especial obrigatório à técnica processual especial obrigatória, que pode ser aplicada no próprio procedimento comum. De fato, parece ser mais adequado ao direito processual contemporâneo permitir a veiculação de uma pluralidade de técnicas processuais diferenciadas em um mesmo procedimento, seja este comum ou especial.” (CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais...* Op. cit., 2021, Item 8.4, pp. 99-100).

procedimentos especiais durante o período de redemocratização e pós-CF/88, muitos deles a própria Constituição parece exigir. Como exemplos, pode-se citar: o caso da Ação de Improbidade (exigido pelo art. 37, § 4º, da CF/88 e regulamentado pela Lei nº 8.429/1992); a Ação Coletiva, baseada em direito individual homogêneo presente no Código de Defesa do Consumidor; a Lei do Procedimento de Controle Concentrado da Constituição, em especial a Arguição de Preceito Constitucional; e o fenômeno mais recente, que é a Lei do mandado de injunção (Lei nº 13.300/2016).

Apesar de o Código de Processo Civil ter extinguido alguns procedimentos especiais, seja pela incorporação no procedimento comum (ação de usucapia), ou pela criação de técnica acoplada no procedimento ordinário (ação de depósito, que virou hipótese de tutela de evidência), ele também criou outros procedimentos especiais, como a reintrodução da Ação de Dissolução Parcial e o procedimento de desconsideração de personalidade jurídica.

Existem, ademais, procedimentos que apresentam alta complexidade, sendo impossível acoplá-los no procedimento comum. É o caso dos procedimentos de inventário, de partilha (processo multipolares) e de falência e recuperação judicial, em parte reconhecidos por Cabral, Didier Jr. e Cunha⁴⁶³.

Diante disso, conclui-se que existe o fenômeno da especialização do procedimento comum com técnicas especiais ou diferenciadas. Paralelamente, o legislador vem introduzindo novos procedimentos especiais que, não raramente, são essenciais para o Estado Democrático de Direito, pois desempenham papel fundamental na sociedade.

3.13 COGNIÇÃO DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS SUJEITAS AO REGIME DA COISA JULGADA⁴⁶⁴

O Código de Processo Civil, sensível aos influxos constitucionais e à necessidade de segurança jurídica, estabeleceu claros requisitos à formação da chamada *coisa julgada prejudicial*, presentes nos incisos e §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC. Nessas condições, nota-se um excessivo preciosismo por parte do legislador, pois muitas dessas condições não precisariam ser necessariamente explicitadas.

Tais requisitos são verdadeiras condições de existência da coisa julgada sobre a questão prejudicial. A ausência de uma dessas hipóteses pode gerar a necessidade de mover Ação

⁴⁶³ CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais...* Op. cit., 2021, Item 09, p. 116.

⁴⁶⁴ Parte das reflexões foram retiradas de artigo produzido em coautoria com a professora Teresa Arruda Alvim: CORRÊA, Leonardo Peres; ARRUDA ALVIM, Teresa. Algumas anotações acerca da coisa julgada sobre questão prejudicial. *Revista de Processo*, v. 321, 2021, pp. 61-82.

Declaratória de Inexistência Jurídica (*querela nulitatis*), não sendo, obrigatoriamente, o caso de mover Ação Rescisória sobre Coisa Julgada Prejudicial⁴⁶⁵.

Inevitavelmente, como aponta Flávio Luiz Yarshell, o controle da existência ou da inexistência da coisa julgada sobre questão prejudicial é feito pelo juiz da Ação Rescisória ou em sede de preliminar em outro processo. Apesar de não garantir certeza integral às partes, não há como escapar do controle jurisdicional do juízo seguinte. Nesse sentido,

de fato, poderá haver dificuldade na aplicação do dispositivo legal. A extensão da coisa julgada à resolução das prejudiciais não se opera de forma automática, justamente porque depende da ocorrência dos requisitos exigidos por lei. Tais requisitos – ao menos em princípio – não serão reconhecidos pela própria decisão que enfrentou a questão. Portanto, saber se houve trânsito em julgado de questão prejudicial será tarefa a ser enfrentada em processo subsequente e disso não há como escapar⁴⁶⁶.

Os incisos do § 1º do art. 503 do CPC apresentam os requisitos de forma explícita. O primeiro requisito é que o julgamento da questão prejudicial seja de mérito. O objeto da cognição abrange um trinômio de questões: pressupostos processuais, condições da ação e mérito⁴⁶⁷ (como já defendido anteriormente).

De modo geral, questões de cunho processual ou de admissibilidade (condições da ação, condições de procedibilidade e pressupostos processuais) não têm a aptidão de formar coisa julgada material. Como afirmado anteriormente, o trânsito em julgado na perspectiva material somente ocorre sobre decisão de mérito não passível de recurso. Padece a norma de clara tautologia em relação ao art. 502 do CPC pois, normalmente, exige a decisão de mérito para a formação da coisa julgada. O que existe nas sentenças processuais é mera coisa julgada formal.

O art. 503, § 1º, II, do CPC, exige que o contraditório seja prévio e efetivo. Ademais, sua aplicação não pode ocorrer em caso de revelia. A partir desses apontamentos, traz-se o entendimento de Thiago Ferreira Siqueira: “outras palavras, para utilizar a terminologia adotada

⁴⁶⁵ Neste sentido, afirma Thiago Ferreira Siqueira: “Já em relação às questões prejudiciais, o contraditório prévio é, na forma do art. 503, § 1º, II, condição de existência da coisa julgada, de modo que, em caso de decisão surpresa, não haverá a formação daquela autoridade. Não será necessário, portanto, sequer o ajuizamento de ação rescisória para que o vício seja reconhecido.” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2018, p. 495). Neste sentido, tem-se também: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, v. 8, 2018, p. 194.

⁴⁶⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Ação Rescisória. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2017, p. 164.

⁴⁶⁷ V., por todos, WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Op. cit., 2000, pp. 71-72. O trinômio se aplica ao processo de execução e cautelar; no entanto, este último foi suprimido com a unificação das tutelas provisórias e, agora, tanto as de natureza cautelar como as satisfativas possuem o mesmo regime (ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016).

pela doutrina mais atual: não se forma coisa julgada sobre a questão prejudicial nos casos de decisão surpresa (ou de decisões de terceira via)”⁴⁶⁸.

Padece, novamente, a norma de duas tautologias: a primeira é apontada por Teresa Arruda Alvim, para quem o conceito de *questão* já pressupõe a existência do *contraditório* entre as partes quanto à prejudicialidade na questão subordinada à principal⁴⁶⁹.

A segunda tautologia encontra-se na expressão “contraditório efetivo” e ausência de revelia. A ideia de efetividade do contraditório pressupõe, concretamente, o exercício desse direito no processo originário. Indaga-se, então: como é possível haver contraditório efetivo no processo se constatados os efeitos da sua revelia? Ao que parece, o CPC quis deixar bem clara a não ocorrência da coisa julgada prejudicial quando há revelia e incidência de seus efeitos, repisando a necessidade de valorização do princípio do contraditório.

No último inciso do art. 503, § 1º, II, do CPC, consta a necessidade de a decisão ser proferida sob competência absoluta (em razão da matéria e da pessoa). Sobre o tema, uma das autoras deste artigo faz interessante comentário, afirmando que “melhor seria se a regra determinasse que a competência do juízo fosse aferida em função da prejudicial que, via de regra, é a causa de pedir.” O Código, no entanto, limitou a incidência da coisa julgada em função do julgamento de mérito, não sendo esta uma opção⁴⁷⁰.

Afora os incisos supracitados, tem-se a redação do próprio art. 503, § 1º do CPC, que afirma que a decisão sobre a questão prejudicial tem de ser expressa, ou seja, a resolução dessa questão pelo magistrado tem de ser clara, não podendo haver decisão implícita sobre o assunto. Acrescenta o Código que a questão prejudicial tem de ser resolvida incidentemente no processo.

O que esta passagem normativa quer demonstrar é a necessidade de a fundamentação da decisão demonstrar a existência de uma questão prejudicial, fundamentadamente afastada com argumentos consistentes. Na verdade, é o Código querendo resguardar os princípios constitucionais do contraditório, da publicidade e da motivação das decisões judiciais.

A decisão que não afasta de maneira expressa as questões prévias é viciada. Posto isto, está apta a ser invalidada pelos meios de impugnação disponibilizados pelo ordenamento jurídico. No contexto da coisa julgada sobre prejudicial, porém, a ausência de decisão expressa gera inexistência jurídica da estabilidade judicial.

⁴⁶⁸ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais...* Op. cit., 2018, p. 495.

⁴⁶⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia. *Ação rescisória e querela nullitatis: semelhanças e diferenças*. São Paulo: RT, 2018, p. 68.

⁴⁷⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários...* Op. cit., 2016, p. 909.

Existem, ademais, algumas discussões sobre a possibilidade da existência de coisa julgada sobre a questão prejudicial. Primeiro vem a pergunta quanto à eventualidade de a modalidade da coisa julgada se submeter ao princípio do dispositivo, ou seja: seria necessário haver requerimento expresso da parte durante o processo para que o manto da coisa julgada recaia sobre a prejudicial?

Este requisito não é necessário, já que o art. 503, § 1º, do CPC (LGL/2015/1656) exige apenas decisão expressa e resolvida incidentalmente. É o caso da coisa julgada sobre questão prejudicial que, segundo os requisitos do art. 503 do CPC (LGL/2015/1656), a questão prejudicial é acobertada pela coisa julgada⁴⁷¹. Nada impede, entretanto, que a parte formule um pedido ou maneje um recurso de embargos de declaração para que o juiz se manifeste sobre a incidência da coisa julgada na prejudicial⁴⁷².

No caso de se admitir a necessidade do pedido, o sistema do CPC/2015 não teria mudado muito em relação ao CPC/1973, pois ambos submeteriam essa modalidade de coisa julgada ao princípio do dispositivo, havendo apenas a singela diferença de um ser feito na inicial e outro em peça autônoma, via declaratória incidental. Não seria necessário, portanto, pedido sobre a questão prejudicial.

Outro posicionamento exige que a resolução da questão prejudicial conste do dispositivo da sentença para que ocorra o constante do art. 503, § 1º, do CPC. Marco de Araújo Cavalcante considera que a coisa julgada prejudicial acontece em virtude de uma espécie de pedido implícito e, como tal, deve constar do dispositivo, juntamente com a questão principal do processo⁴⁷³.

Não se concorda, todavia, com tal entendimento, pois, naturalmente, as questões prejudiciais não são resolvidas no dispositivo. Elas são, via de regra, resolvidas na fundamentação da decisão judicial sem constar no dispositivo do pronunciamento judicial. Neste sentido: “pelo fato de que a coisa julgada prejudicial será formada na fundamentação, não há nenhuma recomendação, tampouco exigência de que haja qualquer menção a ela na parte dispositiva da sentença/decisão. Desnecessária, portanto, a declaração do juízo da resolução da questão prejudicial”⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais* – limites objetivos e subjetivos. São Paulo: RT, 2019, p. 388.

⁴⁷² OLIVEIRA NETO, Olavo de; PRADO, Pedro Pierobon Costa de. Coisa julgada sobre questão prejudicial. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo *et al.* *Estudos em homenagem a Thereza Arruda Alvim*: controvérsias do direito processual civil: 5 anos do CPC/2015. São Paulo: RT, 2020, p. 403.

⁴⁷³ CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais... Op. cit.*, 2019, p. 391.

⁴⁷⁴ LEMOS, Vinícius Silva; GOVEIA, Lúcio Grassi de. A coisa julgada prejudicial e sua delimitação. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 104, 2018, pp. 381-382.

O dispositivo da sentença é um *locus* inadequado à resolução da prejudicial pelo simples fato de não ser a questão principal. Não existe, contudo, óbice do magistrado em declarar as questões prejudiciais no dispositivo, sendo o seu objetivo dar mais segurança à existência da coisa julgada prejudicial.

Por fim, como já defendido anteriormente, é o juízo posterior que dirá sobre a ocorrência (ou não) da coisa julgada sobre a questão prejudicial. Esse controle será feito pelo juízo interpretativo que avaliará o cumprimento dos requisitos do art. 503, do CPC.

Tem-se, assim, o requisito da restrição cognitiva ou probatória (art. 502, § 2º, do CPC). O artigo, em verdade, faz referência à cognição sumária.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, passa-se a compilar as principais ideias defendidas ao longo desta dissertação, que trata da cognição judicial no processo civil. As ideias são expostas de maneira enumerada, com breves enunciados que sintetizam o que foi discutido. Essas não são, todavia, verdades absolutas, pois o Direito é sempre interpretado e, por isso, impede uma única interpretação possível sobre o tema.

Diante disso, expõe-se:

01. A cognição no processo civil é um ato de inteligência pelo qual o juiz interpreta o direito guiado pela lei, doutrina e jurisprudência e, eventualmente, produz uma decisão sobre a controvérsia instaurada.

02. A distinção de fato e de direito pode adquirir três formas: (i) transnormativa, em que o Direito sofre influxos de outras áreas do conhecimento humano; (ii) jurídica, em que o próprio Direito separa o que é fato e o que é direito; (iii) e metodológica, em que a evolução da teoria do Direito tende a superar essa separação de fato e de direito que dá origem ao pensamento positivista do silogismo.

03. Diante desta distinção propõe-se analisar alguns institutos do direito processual a fim de compreender como essa visão influencia alguns institutos de direito processual.

04. Na questão do princípio da demanda entende-se que há uma separação imposta pelo Direito. Neste caso, para individualizar as demandas é necessário traçar parâmetros “fáticos” que permitem a sua separação.

05. Sobre a questão da causa de pedir propõe-se a superação da clássica discussão das teorias da individuação e substanciação. Neste caso, traz-se ideias de doutrinadores que superam esta dicotomia e que propõem critérios melhores para a conceituação da causa de pedir.

06. Referente à questão da prova procura-se demonstrar que as questões probatórias são questões jurídicas e não fáticas, visto que a prova possui a função de comprovar direitos subjetivos das partes, não havendo que se falar em fatos.

07. O objeto da cognição no Direito brasileiro é composto por um trinômio: pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

08. Os pressupostos processuais são divididos em quatro categorias: referentes à propositura da demanda, à capacidade das partes, à investidura da jurisdição e à citação.

09. A violação de algum dos pressupostos processuais gera os fenômenos da nulidade ou da inexistência jurídica. Os vícios do processo sempre poderão ser sanados pelo princípio do aproveitamento do ato processual, independentemente da sua natureza. As invalidades do

caso transitado em julgado tendem a ser convalidadas, podendo ser atacadas por ação rescisória. A inexistência jurídica impede o trânsito em julgado e pode ser impugnado mediante ação de declaração de inexistência jurídica.

10. As condições da ação são compostas pela legitimidade e pelo interesse.

11. A possibilidade jurídica do pedido foi absorvida pelo mérito, não sendo mais condição da ação (adotando parcialmente a posição de Liebmann, para quem a possibilidade jurídica do pedido teria sido absorvida pelo interesse). Quando, porém, o juiz se depara com o vício de impossibilidade jurídica do pedido deve julgar o mérito com a necessidade de contraditório prévio, não mais indeferindo liminarmente a petição inicial.

12. A legitimidade no processo civil é a pertinência subjetiva que as partes possuem em relação à situação substancial discutida no processo. A legitimidade também pode ser caracterizada como extraordinária e, nesse caso, a lei processual estabelece regra concreta que permite a determinada pessoa ocupar posição jurídica num processo ao qual, num primeiro momento, não possui acesso. O CPC permite que a legitimidade passiva do réu seja corrigida na figura da correção do polo passivo da ação, que veio em substituição da nomeação de autoria.

13. O interesse no processo civil surge quando um indivíduo se encontra em uma situação que somente pode ser corrigida mediante intervenção do Judiciário. Essa situação pode ser caracterizada como “necessidade + utilidade”, ou “necessidade + adequação” ou, ainda, “necessidade + utilidade + adequação”. Conforme se viu, as posições discutem muito mais nomenclaturas do que diferenciações práticas propriamente ditas.

14. As condições da ação se submetem à chamada “teoria da asserção”. A partir disso, sua natureza muda de admissibilidade e mérito de acordo com a profundidade da cognição do juiz. Isso decorre do fato de o juiz ter que analisar os elementos de direito material para reconhecê-los. Logo, com a ocorrência de dilação probatória as condições da ação tendem a transmutar sua natureza de admissibilidade para mérito.

15. O mérito no processo é composto pelo pedido e pela causa de pedir. Não se adota, contudo, apenas a teoria do objeto litigioso ou somente o pedido, pois isso gera problemas para aferir determinados institutos, como a coisa julgada e a litispendência.

16. Os provimentos no processo de conhecimento eram classificados pelas teorias quinárias e ternárias. Procurou-se superar essa discussão fazendo nova proposta de classificação sugerida por parte da doutrina. Para fins de processo de conhecimento, os provimentos são classificados em declaratórios, constitutivos e condenatórios. No caso do processo de execução colocou-se os provimentos mandamentais e executivos ao lado das técnicas de sub-rogação.

Procurou-se, assim, trazer homogeneidade à classificação e, ao mesmo tempo, aproveitar as definições propostas por Ponte de Miranda.

17. A classificação dos planos cognitivos foi aproveitada das contribuições dadas por Kazuo Watanabe com os cortes verticais e horizontais, que são: (i) Cognição plena e exauriente; (ii) Cognição limitada e exauriente; (iii) Cognição plena e exauriente “*secundum eventum probationes*”; (iv) Cognição sumária ou superficial; (v) Cognição eventual, plena ou limitada e exauriente; e (vi) Cognição rarefeita (cognição na execução).

18. A profundidade e amplitude da cognição não são definidas pelo esforço mental do juiz e, sim, pelos parâmetros oferecidos pela norma jurídica (orientados pela jurisprudência e doutrina). As limitações cognitivas são advindas das técnicas de tutela jurídica diferenciada que possibilitam maior efetividade e duração razoável ao processo. A jurisdição abarca os meios adequados de resolução do conflito, sendo esses essenciais à administração da Justiça. O CPC também permite que o procedimento seja alterado mediante acordos – os denominados negócios processuais jurídicos que permitem o aperfeiçoamento da cognição judicial.

19. A cognição plena e exauriente possui a função de dar maior grau de certeza aos julgados mediante número expressivo de possibilidades das partes no processo.

20. A cognição parcial limita o conhecimento do juiz sobre determinadas questões, seja pela fixação do objeto litigioso de processo, ou pela limitação de possibilidades de defesa do réu.

21. A cognição plena e exauriente “*secundum eventum probationes*” só é possível se o processo se desenvolver unicamente pela via documento, caso contrário o juiz deverá remeter os litigantes ao procedimento comum, onde poderá produzir provas necessárias à resolução do mérito.

22. A cognição sumária permite a distribuição dos custos do tempo no processo, logo, é garantia constitucional de acesso à Justiça e duração razoável do processo. A cognição sumária tem de ser vista a partir dessas garantias e não como fator de risco ao demandado, pois distribui de forma justa o tempo no processo entre o autor e réu.

23. O Código de Processo Civil fez a unificação do sistema de requisitos da cognição sumária. No momento não existe gradação de probabilidade de direito entre tutela provisória cautelar e antecipatória. Os requisitos são a probabilidade de direito e o elemento que caracteriza a urgência. O primeiro possui caráter necessário em todas as modalidades, e o segundo possui caráter eventual.

24. Classificou-se as tutelas sumárias em três modalidades: 1) tutelas provisórias de urgência; 2) liminares em procedimentos judiciais (como o mandado de segurança); e 3) tutelas

provisórias baseadas em evidência. A primeira possui caráter mais genérico e eventual, que pode ocorrer em qualquer tipo de processo; a segunda ocorre em procedimentos especiais, sendo seu requerimento necessário conjuntamente ao pedido principal de tutela jurisdicional; e a terceira é caracterizada pela ausência da necessidade de urgência, e constitui o requisito qualificado de evidência aliado à probabilidade de Direito.

25. Caso haja deficiência cognitiva em determinado processo, em geral, por falta de produção probatória, as partes poderão mover ação de complementação cognitiva. A partir disso, tem-se duas modalidades: (i) a ação rescisória baseada em prova nova; e (ii) a ação genérica de complementação cognitiva, no caso de sumarização da cognição.

26. A cognição nos processos injuncionais é autêntica técnica de sumarização da cognição ao lado do sistema de tutelas provisórias. É peculiar, pois o réu decide se vai dar continuidade (ou não) ao processo após a decisão de caráter sumário. Caso permaneça inerte, o juiz extingue a fase de conhecimento e do prosseguimento ao processo de execução. É, portanto, técnica de extrema utilidade, pois impede o prosseguimento, caso o réu se conforme com a decisão.

27. A cognição no processo de execução é fenômeno admitido atualmente. Viu-se, anteriormente, que o seu caráter era expressamente negado pela doutrina clássica; atualmente, contudo, ele já é admitido. Via de regra, a cognição no processo de execução é sumária, havendo o fenômeno da inversão do contraditório, ou seja, o juiz decide de forma sumária sobre os bens executados, e permite o contraditório ao executado de diferentes formas.

28. A coisa julgada na execução depende do conteúdo debatido. Se for matéria de mérito do processo de conhecimento como prescrição, a ocorrência da coisa julgada é positiva; se, porém, for cognição sobre regras de admissibilidade do procedimento executório, não haverá formação da coisa julgada.

29. A teoria da cognição deve ser utilizada para nortear alguns novos institutos do CPC, como o caso dos procedimentos especiais, da tutela provisória em caráter antecedente, e da tutela de evidência e da coisa julgada sobre questão prejudicial. Os estudos desses institutos ficam extremamente prejudicados se não houver um prévio estudo dos mapas cognitivos legais.

30. Não existe um plano cognitivo melhor que o outro, pois todos exercem função própria no sistema jurídico. O ideal é a utilização conjunta dos planos cognitivos, pois, assim, poderão ter a segurança de uma cognição plena e exauriente e, ao mesmo tempo, usufruir dos benefícios das tutelas jurídicas diferenciadas. Essa utilização conjunta muito contribui para a chamada tutela jurisdicional adequada.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ANDREWS, Neil. Acuerdo de parte y justicia civil. *Revista de Processo*, v. 318, 2021.

ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exhaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, 1992, pp. 45-55.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional do meio ambiente. São Paulo: *Revista do Advogado*, v. 37, 1992.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel. A ação e as condições da ação no Processo Civil contemporâneo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel. *Tratado de direito processual civil*. Art. 1º ao 6º do CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica; FERREIRA, Eduardo Aranha. Os efeitos devolutivo e translativo da apelação no CPC/2015. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; NERY JÚNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, 2017.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Ampliar a colegialidade: valeu a pena. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; NERY JÚNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, 2017.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Cargas normativas das decisões do juiz e suas consequências inexoráveis. *Revista dos Tribunais*, nº 1000, fev. 2019.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Comentários ao art. 489 do CPC. In: BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Distinção de questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de Recurso Especial. *Revista de Processo (versão eletrônica)*, v. 92, 1998.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Os agravos no CPC de 2015*. 5. ed. Curitiba: Direito Contemporâneo, 2021.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia. *Ação rescisória e querela nullitares: semelhanças e diferenças*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARRUDA ALVIM, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARRUDA ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2016.

AURELLI, Arlene Inês. Tutelas provisórias de urgência no CPC. In: BUENO, Cássio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA,

Patrícia Elias Cazzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória no CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

AURELLI, Arlete Inês. Das ações possessórias. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. I, 2017.

AURELLI, Arlete Inês. Processo e pressuposto processual. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo et al. *Estudos em homenagem a Thereza Arruda Alvim: controvérsias do direito processual civil: 5 anos do CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *A ação de imissão de posse no direito brasileiro atual*. São Paulo: Saraiva, 1981.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *As ações cautelares e o novo Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento – arts. 1º a 100*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2005.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1998.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela de urgência e a efetividade do Direito. *Temas de direito processual*. (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação declaratória e interesse. *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. *Temas de direito processual civil* (quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. *Temas de direito processual*. (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada, causas de pedir não totalmente coincidentes, preliminar infundada. In: *Direito Aplicado I (acórdãos e votos)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Temas de direito processual*. (quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ética e justiça. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 29, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. *Temas de direito processual civil* (segunda série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juiz e a prova. *Revista de Processo (online)*, nº 35, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual civil* (segunda série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimidade para agir. Indeferimento de petição inicial. *Temas de direito processual civil* (primeira série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de segurança – uma apresentação. *Temas de direito processual*. (sexta série). São Paulo: Saraiva, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Neoprivatismo no processo civil. *Temas de direito processual civil* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 88-93.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão de trabalho” entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo (versão eletrônica)*, v. 41, Jan./Mar. 1986.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 4, nº 8, 1974.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual civil* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Temas de direito processual civil* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil, uma apresentação. *Temas de direito processual*. (quinta série). São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, Out./Dez. 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Instituto Makenzie, 1967.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas em matéria de classificação de sentença. *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandato de segurança. *Temas de direito processual* (sexta série). São Paulo: Saraiva, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. *Temas de direito processual* (primeira série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de Direito processual civil* (sétima série). São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. *Temas de direito processual civil* (quinta série). São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de direito processual*. (segunda série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de Direito processual*. (segunda série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. III, 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários aos arts. 294 a 311. In: BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Das nulidades. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, Jan./Abr. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogerio. *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista Justitia*, v. 52, Abr./Jun. 1990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 82-94.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: analisado à luz das garantias constitucionais da ação e do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao Processo Civil alemão*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018.

BIDART, Adolfo Gelsi. Tutela processual diferenciada. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 44, 1986.

BONIZZII, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie, segundo o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL (Constituição, 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869/imprensa.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – teoria geral do processo civil – parte de geral do código de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BUSCHI, Gilberto Gomes. Dos embargos de terceiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, v. 57, 1962, pp. 117-120.

BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recurso do Código de Processo Civil. *Estudos de Direito*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1972.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CABRAL, Antônio do Passo. Das nulidades. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Código de Processo Civil* (versão eletrônica). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. Novas tendências nos limites objetivos e temporais da coisa julgada. *Revista ius dictum: teoria geral da adjudicação*, v. 00, 2020.

CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CALAMANDREI, Piero. A dialética do processo. *Processo e democracia*. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Instituzione di diritto processuale civile. Opere Giuridiche*. Roma: Roma TER-Press, v. 5, 2019.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas, SP: Servanda, 2000.

CALAMANDREI, Piero. Justiça e política: legalidade e sentimento. *Processo e democracia*. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CALAMANDREI, Piero. La genesi logica della sentenza civile. *Opere giuridiche*. Roma: Roma TER-Press, v. 1, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia de mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, nº 97, Set./Out. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condições de ação”? Uma resposta a Fredie Didier Júnior. *Revista de Processo*, v. 197, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: o quanto o novo tem de inovador? *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 42, nº 41, 2016.

CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Trad. de Micheli Pedrosa Paumgarten, v. 17, nº 2, Jul./dez. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira, v. 65, 1992.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra ed., v. 1, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma posição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais – limites objetivos e subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, v. I, 1942.

CINTRA, Carlos Antônio; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CINTRA, Lia Carolina Batista. A relevância da vontade no processo, interpretação do ato postulatório e pedido “meramente” declaratório. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 239, Jan/2015.

CORRÊA, Leonardo Peres. A transação como alternativa à demanda no novo CPC – uma análise econômica. In: DIAS, Jean Carlos; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; MOUTA, José Henrique Araújo. *Concretização dos direitos fundamentais e sua fundamentação: abordagens a partir da teoria do processo, da análise econômica e das teorias da Justiça*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017.

CORRÊA, Leonardo Peres; ARRUDA ALVIM, Teresa. Algumas anotações acerca da coisa julgada sobre questão prejudicial. *Revista de Processo*, v. 321, 2021.

CORRÊA, Leonardo Peres; FERREIRA, William dos Santos. O conceito de tutela de evidência e as superações para sua efetiva adoção. *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, nº 115, Jun./Set. 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Da sentença e coisa julgada. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo et al. *Comentários ao Código de Processo Civil – Lei n. 13.015/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Susana Heriques. Da jurisdição e da ação. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2017.

CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. *Revista de Processo (versão eletrônica)*, v. 68, 1992.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Embargos de terceiros: questões polêmicas. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O objeto litigioso na dogmática do processo civil alemão. *Direito processual civil: entre comparações e harmonizações*. Salvador: Juspodivm, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro; LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* *Novo CPC – Doutrina selecionada: Parte Geral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2016.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral – perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. *Revista de Processo*, v. 27, n. 107, jul./set. 2002, pp. 86-96.

DIAS, Jean Carlos. Reflexões acerca da teoria da cognição no processo. *Revista Argumenta Journal Law*, n. 6, 2006.

DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC – tutelas de urgência – tutelas de evidência*. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIAS, Jean Carlos; PERES CORRÊA, Leonardo. O conceito de *ratio decidendi* – Uma abordagem a partir das contribuições de Arthur Goodhart. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 104, out./dez. 2018.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, v. 3, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Notas de tradução In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, v. I, 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. O conceito de mérito em Processo Civil. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 34, abr./jun. 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 81, 1996.

DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. Comentários ao art. 2 do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

EID, Elie Pierre. Limites à tutela sumária. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santo; CINTRA, Ana Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual*: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares *et al.* Tutela provisória: questões polêmicas. In: BUENO, Cássio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cazzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória no CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas, SP: Bookseller, 2006.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. A reserva de imperatividade jurisdicional e o espaço para procedimentos alternativos – uma reflexão sobre o processo no constitucionalismo contemporâneo In: ARRUDA ALVIM, Eduardo *et al.* *Estudos em homenagem a Thereza Arruda Alvim*: controvérsias do direito processual civil: 5 anos do CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FERREIRA, William dos Santos. *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, William dos Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA, William Santos. Das provas. In: ARRUDA ALVIM, Teresa *et al.* *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais – teoria geral e aplicação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GÓES, Gisele dos Santos. Direito à prova e à proibição das provas obtidas por meios ilícitos. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson; FUX, Luiz. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. As questões de ordem pública nos recursos excepcionais. *Questões relevantes: sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017.

GOLDSCHIMIDT, James. *Direito processual civil*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2003.

GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 10, Jul./Dez. 2012.

GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil* (versão eletrônica). 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Comentários aos arts. 165 a 175 CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinela. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. *Doutrinas essenciais de Processo Civil* (versão eletrônica). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. As liminares na reforma do CPC. In: ARRUDA ALVIM, Teresa. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

JAUERING, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT. 1991.

LANES, Julio Cesar Goulart. *O fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEMOS, Vinícius Silva; GOVEIA, Lúcio Grassi de. A coisa julgada prejudicial e sua delimitação. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 104, 2018.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, v. I, n. 71, 2005.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. O conteúdo da sentença e os limites objetivos e subjetivos da sua eficácia e da coisa julgada. In: YARSHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodvim, 2016.

LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: BUENO, Cássio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cazzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória no CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES, João Batista. Comentários aos arts. 369 ao 380 do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2017.

LOPES, João Batista; AUGUSTO DE ASSIS, Carlos. *Tutela provisória: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela de evidência, tutela inibitória antecipada*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio do dispositivo*. São Paulo: RT, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

MACEDO, Lucas Buril. *Objeto dos recursos cíveis*. Salvador: Juspodvim, 2019.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil: relação entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodvim, 2015.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil* (versão eletrônica). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações*. São Paulo: Bookseller, v. 1, 1998.

MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 197, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 64, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Anotado* (edição eletrônica). 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA NETO, Olavo. Comentários ao art. 141 do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

OLIVEIRA NETO, Olavo. *Poder geral de coerção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA NETO, Olavo; PRADO, Pedro Pierobon Costa de. Coisa julgada sobre questão prejudicial. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo *et al.* *Estudos em homenagem a Thereza Arruda Alvim: controvérsias do direito processual civil: 5 anos do CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OLIVÉRIO, Adelman *et al.* *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

PROTO PISANI, Andrea. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell' ordinamento italiano. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 90, 1998.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civili*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2014.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *A disponibilidade da ação e da demanda – a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 149, ago. 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. Ação rescisória. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 26, 1982.

RODOVALHO, Thiago. A viragem da mediação no NCPC e no marco legal da mediação no Brasil. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* *Novo CPC, doutrina selecionada: Parte Geral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2016.

RSSTJ. Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 195*. Ano 4, n. 14, out. 2010, pp. 167-168.

SALLES, Carlos Alberto. Da capacidade processual. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHENK, Leonardo Faria. Contraditório e cognição sumária. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 13, nº 13, 2014.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção da resposta no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SHIMURA, Sergio Seiji. *Arresto cautelar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SHIMURA, Sérgio. Reflexos da garantia constitucional da prova lícita no processo. *Revista Mestrado em Direito*. Osasco, SP, ano 8, n. 1, 2008.

SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no Processo Civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça, Reflexões em torno da teoria dos procedimentos especiais. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 208, 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: YARSHELL, Flavio Luiz; ZUFELATO, Camilo. *40 anos de Teoria Geral do Processo no Brasil passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Ricardo Alexandre. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2018.

STF. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 231*. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/378/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 21 jan. 2021.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.757.123/SP*, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.08.2019, DJe 15.08.2019.

TARUFFO, Michele. Considerações sobre prova e motivação. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Ensaio sobre o Processo Civil*. Trad. Maurício Reis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARUFFO, Michelle. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa. *Processo Civil Comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2019.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil* (versão eletrônica). 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 2021.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil* (versão eletrônica). 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2020.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil* (versão eletrônica). 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de Processo* (versão eletrônica), v. 17, 1980.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: Juspodvim, 2020.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

WATANABE, Kazuo. Cultura de sentença e cultura de pacificação. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à Justiça), processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461, do CPC). *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça), processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimidade para agir. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça), processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e meios consensuais de solução de conflitos. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à Justiça), processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação Rescisória. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2017.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência. In: BUENO, Cássio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cazzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória no CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Segurança jurídica e tutela executiva – o princípio *nulla executio sine titulo* como instrumento de garantia do executado ao devido processo legal. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Ana Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante do precedente: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: ARRUDA ALVIM, Teresa. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZOTARELI, Daniel Menegassi. *A regra da correlação à luz do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.