

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

Karin Strassmann

**A RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL E PROCESSO, A COGNIÇÃO COMO
TÉCNICA DE ADEQUAÇÃO DO PROCESSO AO DIREITO MATERIAL**

Porto Alegre
2015

KARIN STRASSMANN

**NEOCONSTITUCIONALISMO, TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada com requisito para a obtenção Especialização em Direito Processual Civil do Estado pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero

Porto Alegre

2015

KARIN STRASSMANN

**NEOCONSTITUCIONALISMO, TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada com requisito para a
obtenção Especialização em Direito Processual
Civil do Estado pelo Programa de Pós-
graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovação em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero
Orientador

AGRADECIMENTOS

Chegou o momento tão esperado. De agradecer a todos que contribuíram para a confecção deste trabalho de monografia.

Agradeço ao meu orientador, o prof. Dr. **Daniel Francisco Mitidiero**, que incentivou e indicou obras a serem estudadas.

Agradeço a minha amiga **Natascha Silva Anchieta**, que influenciou os assuntos trabalhados na monografia e contribuiu para a direção dos meus estudos. Meus sinceros agradecimentos.

Agradeço também, a amiga **Janice Albino**, pelo suporte com os livros junto à biblioteca da Unisinos e pela amizade.

E, finalmente, ao meu esposo. **Ricardo Machado**, agradeço pelo apoio e incentivo. Agradeço pela compreensão dos dias que passei estudando.

RESUMO

O estudo atual da relação existente entre o direito material e o direito processual explica a adequação das técnicas processuais as formas de tutela. Isso porque, devem ser instituídas pela legislação, técnicas processuais para atender o direito material. Para que isso ocorra, necessário encontro das formas de tutela com as técnicas processuais adequadas, ou seja, para atender as tutelas prometidas pelo direito material, deve haver técnica processual para assegurar esse direito. Assim, com a evolução do direito material, principalmente com os novos direitos exercidos pela sociedade, revela-se a importância de o processo se adequar às várias situações trazidas por esse movimento, de modo a fornecer ao direito processual condições para a eficácia da tutela jurisdicional. Nesse sentido, a cognição, que consiste em analisar e valorar os argumentos e provas trazidas pelas partes ao processo, aparelhando o juiz para julgar a demanda se procedente ou improcedente. A cognição busca formar um juízo de valor acerca das questões suscitadas no processo, e, pode ser vista sob dois aspectos: horizontal e vertical. O primeiro diz respeito à extensão e o segundo trata da profundidade. As construções do procedimento feitas a partir das diversas modalidades de cognição permitem ao julgador conhecer e adaptar as várias pretensões materiais ao processo civil.

Palavras-chave: Ação. Pretensão. Direito Material. Direito Processual. Cognição.

ABSTRACT

The new constitutional right, currently called Neo-constitutionalism or Contemporary Constitutionalism doctrine, had as a Brazilian milestone the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and in Europe it emerged as the World War II ended. Considering that the post-war Constitutions' main focus emerges from a concern towards people's dignity, comprising the social well-being, some considerations around the foundations of the neo-constitutionalism are made necessary. The new constitutional interpretation is characterized by the normativity, superiority and centrality ideas pertaining to the Federal Constitution, giving it the full status. The Constitution turns into the limiting tool, including the own law's, proposing that the state, political and individual powers be linked to the supreme norm, both in formal and material aspects. In order to address the changes brought by the neo-constitutionalism, a study will be performed about the relationship between this interpretation method and some constitutional principles which include a huge number of peculiarities. Besides that, an evaluation will be made about the application of reasonability and proportionality institutes by the Supreme Federal Court in the current legal scenario. The construction of this new model in line with the Democratic State must seek a balance among the fundamental rights, social inequality and the minimum life conditions to the citizen, being a challenge for the new idea to impose a direction to the State, Political Power and Society, in order to ensure the effective protection of the rights.

Keywords: Neo-constitutionalism. Supremacy. Judiciary. Democratic State.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	9
2	A relação entre o direito material e o processo civil.....	11
2.1	Direito subjetivo, pretensão e ação de direito material.....	11
2.2	Direito à tutela jurisdicional, pretensão à tutela jurisdicional e ação processual.....	13
2.3	Formas de tutela do direito e técnica processual.....	16
2.4	Adequação do processo ao direito material.....	20
3	A cognição como técnica de adequação do processo ao direito material	23
3.1	Conceito de cognição e o modelo cognitivo do processo de conhecimento.....	23
3.2	Limitação da cognição.....	25
3.3	Cognição como técnica de adequação do processo ao direito material ..	27
4	Conclusão	30
	Referências	31

1 Introdução:

Com a evolução do direito material, principalmente com os novos direitos exercidos pela sociedade, revela-se a importância de o processo se adequar às várias situações trazidas por esse movimento, de modo a fornecer ao direito processual condições para a eficácia da tutela jurisdicional.

À medida que o direito foi substituindo a autotutela, o Estado foi chamado a apreciação e resolução de conflitos. A partir de então, o Estado, tem o escopo de tutelar direitos, dando aos cidadãos o direito de socorrer-se ao mesmo para a proteção de todos os direitos, através do direito de ação..

Assim, o direito de ação exige além do julgamento do mérito, a efetividade da tutela jurisdicional, com o procedimento adequado para a tutela do direito material. Portanto, o Estado tem o dever de tutelar os direitos (normas de jurisdição). Assim, a ação é um direito à tutela adequada e efetiva mediante processo justo.

A cognição, por sua vez, traz ao julgador elemento intelectual capaz de permitir a análise e a valoração das questões de fato e de direito deduzidas no processo, com o objetivo de aparelhar o juiz para resolver as questões jurídicas. Pode ser vista sob dois aspectos: plano horizontal e plano vertical. O primeiro diz respeito à extensão e o segundo trata da profundidade.

As diversas combinações possíveis das modalidades das eficácias, horizontal e vertical permitem a construção dos procedimentos, que são adaptados às várias especificidades do direito ou das pretensões materiais. Assim, cuida-se, nesse trabalho, dos planos horizontais e verticais da cognição, possíveis combinações e os eventuais limites da sua amplitude.

Daí, partindo destas premissas, busca o presente trabalho apresentar no seu primeiro capítulo, a relação entre o direito material e o processo, dividindo-se em direito subjetivo, ação e pretensão material, pretensão à tutela jurisdicional e ação processual, formas de tutela do direito e técnica processual, e, adequação do processo ao direito material.

Isso porque, com a busca da efetividade da tutela jurisdicional, observa-se a relação existente entre o direito material e o processo civil. Para que isso ocorra, é necessário o encontro das formas de tutela com as técnicas processuais adequadas, ou seja, para atender as tutelas prometidas pelo direito material, deve haver técnica processual para a proteção deste direito.

Não só isso. Devem ser instituídas pela legislação, técnicas processuais adequadas para viabilizar o direito material.

Já no segundo capítulo e último será abordada a essência da cognição como técnica de adequação do processo ao direito material, dividindo-se em conceito de cognição e o modelo cognitivo do processo de conhecimento, limitação da cognição e cognição como técnica de adequação do processo ao direito material.

Nesse capítulo será estudado a cognição realizada pelo juiz antes de decidir o processo. Da cognição plena e ilimitada a cognição incompleta. Ora baseando-se a cognição no que pode ser debatido ora relacionado se há limitação probatória ou não, através dos cortes de cognição.

2. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO MATERIAL E PROCESSO CIVIL

2.1 DIREITO SUBJETIVO, PRETENSÃO E AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

Inicialmente, para a melhor compreensão da conceituação de direito subjetivo, importante analisá-lo a partir de um viés objetivo. Pretende-se com isso, delinear, de forma mais clara, a evolução do direito em análise, como também da relação deste com a “pretensão” e a “ação” de direito material.

O direito objetivo e o direito subjetivo diferenciam-se não só conceitualmente, mas também, estruturalmente. Essa diferença pode ser explicada por Pontes de Miranda que ensina que o direito objetivo, “é a regra que devem obedecer actos humanos, para que produzam certos efeitos ou que atribui certos efeitos a factos ou actos, relevantes para a vida humana”. Já o direito subjetivo revela-se “como todo o direito de que a regra objectiva dota os sujeitos de direito, conferindo-lhes projecção própria, actuação voluntária ou não”¹.

A noção de direito subjetivo, tema ora tratado, sofreu influencias filosóficas, que deturparam. As teorias de Windscheid (meio/ vontade) e de Jhering (fim/ interesse), sobre o assunto se fundiram, e, o direito subjetivo passou a ser as duas coisas, meio e o fim da vontade e do interesse, *o querer e o pretender* de Del Vecchio. “A faculdade de agir em conformidade com a norma que assegura o escopo e de exigir, na expressão de um dos mais incolores filósofos do direito, Vanni”².

Contudo, a existência do direito subjetivo não é apenas a faculdade do titular de exteriorizar sua vontade, dentro de certos limites, para a consecução dos fins que sua própria escolha determine, e sim, direito subjetivo *contém* a faculdade³.

Essa definição de direito subjetivo pode ser compreendida como o poder da vontade de seu titular de torná-lo efetivo pelo exercício, defendê-lo, exigir seu reconhecimento e efetivá-lo perante os órgãos públicos incumbidos de prestar jurisdição ou, enfim, renunciá-lo⁴. Portanto, cabe ao titular defender seu direito em

¹ MIRANDA, Pontes de. **A ação rescisória contra as sentenças**. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 10.

² MIRANDA, Pontes de. **A ação rescisória contra as sentenças**. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 10.

³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento**. v. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 55 e 61.

⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. **Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação**. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul AJURIS. Porto Alegre, nº 29, novembro 1983.

juízo, e, por tratar-se de uma faculdade, em não o fazendo, não implica violação de norma legal, a não ser a prescrição.

Com a evolução do direito material, principalmente com os novos direitos exercidos pela sociedade, revela-se a importância de o processo se adequar às várias situações trazidas por esse movimento. Nessa perspectiva, faz-se necessário trazer à tona os institutos da “ação”⁵ e a “pretensão”, no campo do direito material.

A pretensão material varia de acordo com o direito que emana, sendo satisfeita com o cumprimento do dever jurídico, isto é, um “meio para o fim: a satisfação é pelo destinatário, porém não necessariamente por ato ou abstenção sua”⁶, sendo alcançado o cumprimento do dever com a conduta voluntária do obrigado.

Ressalta-se que existem direitos que não podem ser exigidos, e existem também direitos que somente podem ser exigidos fora da ação. No entanto, há direitos que somente podem ser exigidos através da “ação”⁷. “O conteúdo das pretensões é diverso, de conformidade com o direito de que emanam”, e visará a satisfação pelo destinatário, por isso, a pretensão é um meio para o fim.

A pretensão, enquanto exigência pressupõe a realização de um agir espontâneo da parte obrigada, mediante ato voluntário. Quando, no entanto, a parte obrigada não cumpre sua obrigação nasce o direito de ação, de agir para a satisfação. Verifica-se, então, que o direito subjetivo quando exigido do obrigado a satisfação, cumprindo o disposto na norma legal, esta diante da pretensão, “passando do *estado de exigibilidade* para a *exigência efetiva*”.⁸

Assim, a “ação” por sua vez, é o agir do titular do direito, correspondente a uma faculdade e surge a partir do exercício infrutífero da pretensão. O conceito de ação no campo do direito material, conforme lecionava Ovídio Baptista, é conduta do

⁵ Para Liebman a essência da ação se encontra propriamente na relação que acontece no ordenamento jurídico entre a iniciativa do particular em exercício, em concreto, a jurisdição, vale dizer na necessidade e na eficácia da invocação do juiz para que ‘proceda’. ANCHIETA, Natascha Silva. **Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva, Ação e Pretensão Processual: Uma Análise da Evolução das Relações entre Direito Material e Processo na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. 2013. 301 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. p. 16.

⁶ MIRANDA apud ANCHIETA, Natascha Silva. **Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva, Ação e Pretensão Processual: Uma Análise da Evolução das Relações entre Direito Material e Processo na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. 2013. 301 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. p. 179.

⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de ações. Ação, classificação e eficácia**. Tomo 1. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 61.

⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento**. v. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 65-67.

titular do direito, realizada por meios apropriados, sem contar com a atividade voluntária do obrigado⁹.

Portanto, conforme demonstra o doutrinador, a ação de direito material é um poder que surge após o exercício infrutífero da pretensão. Para ele toda a pretensão há de corresponder a uma ação, e, “a realização inerente a todos os direitos é o que se chama de ação de direito material”¹⁰.

Ovídio Baptista afirma que temos três fenômenos diferentes. O “direito subjetivo” e a “pretensão”, são *estados* de que desfruta o titular do direito, e o exercício de exigir, não é mais um estado, mas o desenvolvimento de uma “ação” por parte do sujeito de direito. Quando o titular da pretensão exige a satisfação e essa torna-se infrutífera, nasce a esse titular da pretensão a *ação de direito material*, “que é o agir – não mais o simples exigir”¹¹.

2.2 DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL, PRETENSÃO À TUTELA JURISDICIONAL E AÇÃO PROCESSUAL

O tema da pretensão tem relação com o monopólio da jurisdição. À medida que o direito foi substituindo a autotutela, o Estado foi chamado a apreciação e resolução de conflitos. A partir de então, o Estado, por meio da jurisdição¹², tem o escopo de tutelar direitos fundamentais ou não, dando aos cidadãos o direito de socorrer-se ao mesmo para a proteção de todos os direitos, inclusive os fundamentais.

Esse monopólio traz conseqüências tanto aos indivíduos quanto ao próprio Estado. Aos cidadãos afastou a possibilidade de reação imediata, pois impedidos de atuar por conta própria, para a efetivação de seus interesses. Já para

⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento**. v. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 75.

¹⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento**. v. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 68.

¹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento**. v. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 65-66.

¹² Marinoni esclarece de forma clara que o Estado tem o dever de tutelar os direitos fundamentais, e faz isso através de normas, da atividade administrativa e da jurisdição. E, por isso há tutelas normativas, administrativas e jurisdicional de direitos. Essa, por sua vez, tem a finalidade de proteger e tutelar todos os direitos, inclusive os fundamentais. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 252.

o Estado, criou-se o dever de prestar tutela a qualquer pessoa que a pleiteie. Portanto, há um ideal de proteção a todos que necessitam de justiça¹³.

De acordo com Pontes de Miranda, a pretensão à tutela jurídica é de direito público e dirige-se contra o Estado, quer exerça autor ou réu. Assim, só se satisfaz a pretensão se o Estado cumpre com a prestação jurisdicional prometida. Portanto, no momento em que alguém se sentir ferido em algum direito, “a Justiça vai recebê-lo, não porque tenha direito subjetivo, de direito material, nem, tampouco, ação: recebe-o como a alguém que vem prestar perante os órgãos diferenciados do Estado a sua declaração de vontade, exercendo a sua pretensão”¹⁴.

O exercício da pretensão à tutela jurídica supõe que o Estado exerça a prestação jurisdicional, seja esta ação declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, devendo prestar a decisão, independentemente de existir ou não pretensão de direito material, segundo regras processuais. Importante advertir que a sentença pode ser favorável ou não. De qualquer sorte, o Estado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional, a que corresponda o direito e a pretensão¹⁵.

Para Ovídio Baptista, fiel seguidor de Pontes de Miranda, autor e réu têm igual pretensão de tutela jurídica, igual direito a uma sentença de mérito. Para ele a pretensão é o poder de exigir do Estado à prestação de tutela jurisdicional, “mesmo que conclua por negar ao interessado a proteção que o juiz daria se a situação que o autor descrevesse no processo fosse verdadeira ou não, ao contrário, recusada pela lei ou infirmada pela prova”¹⁶.

Já a “ação” processual, diferentemente ou ao lado do contexto material, nada mais é que do que o exercício de algum direito material. Isso não quer dizer que toda a “ação” processual envolva uma ação de direito material¹⁷. Cumpre frisar

¹³ ANCHIETA, Natascha Silva. **Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva, Ação e Pretensão Processual: Uma Análise da Evolução das Relações entre Direito Material e Processo na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. 2013. 301 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. p. 283.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de ações. Ação, classificação e eficácia**. Tomo 1. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 245 -247.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de ações. Ação, classificação e eficácia**. Tomo 1. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 254.

¹⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento**. v. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 75.

¹⁷ Pertinente, o entendimento do professor Ovídio Batista, que entende que a ação de direito material pode ocorrer fora da jurisdição, “igualmente pode suceder que o titular da *pretensão de direito material* (direito exigível) valha-se da jurisdição, formulando um pedido ao juiz, para simples exercício (processualizado) de sua pretensão, e não para que o estado realize, através da ação de direito material, o seu direito”. Apud ANCHIETA, Natascha. **Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva, Ação e Pretensão Processual: Uma Análise da Evolução das**

a necessidade de formulação de pedido para colocar o veículo estatal em andamento, e que o aja, por meio do juiz, através da “obtenção de sentença, tendentes à obtenção de tutela jurisdicional”¹⁸.

No campo processual, o exercício da pretensão está condicionado à formulação do pedido pela parte interessada, e, também, de agir juntamente com o juiz para a obtenção da tutela jurisdicional. “A este *agir para obtê-la* dá-se o nome de “ação” processual”¹⁹. Assim, nas palavras de Pontes de Miranda, ação significa o ato de reclamar, pelo autor, a atuação da lei²⁰.

Ao analisar o conceito de “ação” no campo processual, necessário trazer à tona a distinção conceitual entre o direito material e processual, visto, no primeiro caso, por Ovídio Baptista, como o agir do titular do direito independente de qualquer colaboração do obrigado para que o direito se realize. Ao passo que a “ação no campo processual o titular da pretensão da atividade jurisdicional deve formular seu pedido e agir, ao mesmo tempo, com o juiz, para a obtenção da tutela jurisdicional”²¹.

Esse agir no campo processual se traduz pela busca da sentença de procedência pelo autor e, no caso do réu, pela sentença de improcedência. Têm, assim, ambos igual “*pretensão de tutela jurídica*, e, portanto, idêntico direito de obter uma sentença de mérito”²². Isto quer dizer, que o Estado deve prestar a tutela que ele próprio se obrigou.

Assim, o direito de ação exige além do julgamento do mérito, a efetividade da tutela jurisdicional, com o procedimento adequado para atender a tutela do direito material. Portanto, o Estado tem o dever de tutelar os direitos. Com base nessa

Relações entre Direito Material e Processo na Perspectiva do Estado Democrático de Direito. 2013. 301 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. p.192.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 120.

¹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento.** v. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 75.

²⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de ações. Ação, classificação e eficácia.** Tomo 1. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 288. Ainda, em sua obra: **A ação rescisória contra as sentenças.** Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 22, ensina que o direito de ação não é contra um determinado Estado, mas a admissão, por parte do direito mesmo que cria a relação, a reclamar a aplicação da lei.

²¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento.** v. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 79.

²² SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento.** v. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 75.

premissa, pode-se conceituar a “ação”²³ como direito à tutela adequada e efetiva mediante processo justo.

2.3 FORMAS DE TUTELA DO DIREITO E TÉCNICA PROCESSUAL

As formas de tutela de direito e as técnicas processuais foram desenvolvidas no Brasil por Luiz Guilherme Marinoni. Esse, ensina que, para ter direito a uma das formas de tutela, o sujeito deve exercer o direito de ação, que não se confunde com a pretensão à tutela do direito, que “é uma potencialidade que, para ser exigida, depende de ação, e diante dela pode ser reconhecida ou não”²⁴.

Ter direito a umas das formas de tutela do direito é, “simplesmente, ter direito material, pois ninguém tem direito sem ter a sua disposição formas de tutela capazes de protegê-lo diante de ameaça ou violação”. Com o pedido formulado, o autor espera a obtenção de sentença de mérito, mas não qualquer sentença, só a sentença de procedência²⁵.

Desta forma, a classificação das ações de direito material revele-se de suma importância no direito brasileiro, e, deve-se isso às obras de Pontes de Miranda e Ovídio Baptista, que classificam as ações de direito material conforme as sentenças de procedência.

Com efeito, a teoria quinária de Pontes de Miranda classifica as ações no direito material, em cinco categorias: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva²⁶. Já, seu seguidor, Ovídio Baptista, classifica em quatro

²³ Importa antes de qualquer coisa o ângulo teleológico do assunto. A rica literatura formada a respeito do conceito de ação na primeira metade do século XX, principalmente na Itália, portanto, com o advento da fundamentalização do direito de ação, ganha novo significado: o foco é deslocado do conceito para o resultado propiciado pelo seu exercício. Vale dizer: a ação passa a ser teorizada como meio para prestação da tutela jurisdicional adequada e efetiva dos direitos. Trata-se de direção oriunda da consciência de que “não basta declarar os direitos” importando antes “instituir meios organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos”, sem os quais o direito perde qualquer significado em termos de efetiva atuabilidade. MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIÉRO, Daniel; e SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 715 .

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8º. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 266.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8º. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 266.

²⁶ Pertinente, sobre tal classificação, trazer à tona conteúdo desenvolvido pelo professor Klaus Koplin, em aula de Especialização em Processo Civil, sobre Direito Fundamental de Ação III, em 19 de maio de 2014, na UFRGS, quanto a maneira que o juiz tutelar o direito já violado. **TUTELA JURISDICIONAL DECLARATÓRIA**: significa esclarecer. É uma sentença autossatisfativa, que carece de execução. O comportamento esperado do vencido/perdedor é de atuar de acordo com aquilo que foi declarado. **TUTELA CONSTITUTIVA**: significa fazer

categorias as ações de direito material, teoria ternária, excluindo do plano do direito material a ação condenatória. Apesar disso, visualiza o professor gaúcho a existência de cinco classes de sentença. A exclusão da ação condenatória não afasta a existência de uma relação obrigacional, da qual vincula o processo a sentença condenatória²⁷.

A diferença básica entre essas teorias, é que a teoria quinária parte da “absoluta separação entre cognição e execução de modo a retirar do processo de conhecimento “toda e qualquer ação que apresentasse, depois da sentença de procedência, alguma atividade jurisdicional interna e inerente a demanda”²⁸.

Ao passo que na teoria ternária, apenas existem quatro pretensões e ações de direito material. Isto porque, apesar de existirem sentenças condenatórias no sistema jurídico, não existem, no entendimento de Ovídio Baptista, no direito material, pretensões e ações condenatórias²⁹.

uma modificação no mundo do direito e não no mundo fático. Significa criar, extinguir, modificar (é mais do que declarar) a relação jurídica e qualquer um dos seus efeitos. A tutela constitutiva trata-se de uma sentença autossatisfativa porque não há o que executar. Comportamento: o vencido deverá respeitar/atender a nova relação/situação jurídica decretada/criada pela sentença. **TUTELA CONDENATÓRIA**: há divergências. Essência do verbo condenar: há inúmeros debates acerca dessa essência. PARA PONTES DE MIRANDA E PARA O PROFESSOR: Condenar implica um juízo de valor sobre o comportamento do réu. Então condenar não pode ser a mesma coisa que declarar. A essência está na reprovação da conduta do réu. O réu atuou contra o direito e por isso há esta sentença condenatória. Condenar não se esgota na reprovação do comportamento, mas também implica na imposição de um dano/sofrimento equivalente ao réu (impor ao réu o mesmo sofrimento/dano que causou ao agredido). Por isso, essa sentença é heterossatisfativa, porque ela não se realiza no mundo dos fatos. Ela impõe o sofrimento, mas não o realiza no mundo dos fatos. Ela apenas cria condições para a execução. Ela nasce incompleta, uma vez que outro pedaço nascerá na fase de execução da sentença condenatória. Comportamento devido consiste no pagamento da quantia. **TUTELA MANDAMENTAL**: implica a emissão de uma ordem por parte do poder judiciário. Comando positivo (ação) quanto um comando negativo (omissão). Ordem tem a ver com comportamento. Tem caráter HETEROSSATISFATIVA, porque a decisão, por si só, não presta tutela prometida pelo legislador. A sentença, por si só, não ressarce, in natura, o prejuízo de alguém, transportando para o mundo dos fatos o que o juiz determinou em sentença. Comportamento é cumprir a ordem do juiz por meio de coerção. **TUTELA EXECUTIVA (artigo 461 CPC)**: Executar é extrair valor/transferir da esfera jurídica do réu e colocá-lo na esfera jurídica do autor. Tem a ver com a coerção direta, ou seja, Estado, por meio da força, realiza aquilo que o réu deveria ter feito e não fez. O Estado presta em nome do réu. Usado tanto para direitos reais quanto obrigacionais. É sentença heterossatisfativa: carece de efetividade/declaração após o trânsito em julgado. Notas de aula.

²⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento**. v. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 100-160.

²⁸ SILVA *apud* ANCHIETA. Anchieta, Natascha. **Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva, Ação e Pretensão Processual: Uma Análise da Evolução das Relações entre Direito Material e Processo na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. 2013. 301 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. p. 242.

²⁹ Silva, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento**. v. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 100. “(...) temos sentenças condenatórias, mas não temos uma correspondente ação condenatória. Quem exerce o que se diz “ação condenatória” na verdade limita-se a exercer “pretensão condenatória”. A verdadeira ação, neste caso, é executiva ou, se quisermos, “condenatório-executiva”. A sentença condenatória deve funcionar como sentença incidental, contendo julgamento parcial de mérito, devendo a relação processual prosseguir executivamente. Por uma determinação lógica, imposta pelo próprio

De maneira diversa e inovadora, ao apresentado pelas teorias quinária e ternária, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, classifica as ações de acordo com as formas de tutela jurisdicional e não de acordo com a sentença de procedência³⁰. Para ele, o critério a ser empregado, deve levar em conta a finalidade, as normas principais que regem no plano do processo, sem deixar de lado os princípios fundamentais, e, também, o comportamento da parte adversa no caso de acolhimento da demanda e como se procederá seu cumprimento³¹.

Segundo a análise de Luiz Guilherme Marinoni, Pontes de Miranda utilizou categorias processuais para aludir às eficácias das ações de direito material, embora tenha percebido a necessidade de o processo se conformar ao direito material. Ainda, reprova a preocupação de Pontes de Miranda com o resultado do processo e não com o conceito de ação de direito material.

Seguindo a análise Marinoni expõe que a classificação proposta por Carlos Alberto, diz respeito a uma classificação de sentenças de procedência, “constitui uma explicação das formas pelas quais as sentenças satisfazem as pretensões processuais”, ou seja, jamais uma “classificação das *formas de tutela jurisdicional dos direitos*”³².

Desta forma, propõe Luiz Guilherme Marinoni a construção de uma ação adequada à tutela do direito material e ao caso concreto, “o qual é obviamente autônomo em relação ao direito material, mas tem a sua legitimidade dependente da tutela jurisdicional de direito reclamada”³³.

Nessa perspectiva, traz o processualista, a classificação das formas de tutela dos direitos, que tem o objetivo de demonstrar as formas de tutela que o autor

sistema, devemos eliminar a autonomia da ação condenatória, de modo que a execução que se seguir à sentença de procedência seja simples *fase* final de uma única ação, que, começando com a petição inicial, prossiga até o ato final realizador da pretensão”.

³⁰ A existência da ação material “só poderá ser averiguada no final do processo, com o trânsito em julgado da sentença, quando então se confundirá com a eficácia da própria sentença.” ANCHIETA, Natascha Silva. **Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva, Ação e Pretensão Processual: Uma Análise da Evolução das Relações entre Direito Material e Processo na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. 2013. 301 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. p.253.

³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 138.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 302-304.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 263.

tem o direito de obter perante a jurisdição³⁴. A consequência disso seria o processo estar estruturado a permitir a obtenção da tutela jurisdicional.

Assim, o sujeito titular, necessita de uma forma de tutela adequada à proteção de seu direito. E, nesse sentido, “o processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das *formas de tutela* prometidas pelo direito material. Porém, adverte que “(...) essa relação de adequação não pergunta mais sobre as *formas de tutela*, porém sim a respeito das *técnicas processuais*”³⁵.

Como se vê, a tutela jurisdicional deve ser entendida como uma modalidade de tutela dos direitos, “espécie do gênero”, que, “pode, ou não, prestar a tutela do direito”. Isto quer dizer que a tutela jurisdicional engloba tanto sentença de procedência quanto de improcedência, mas só existe tutela do direito na sentença de procedência. Na improcedência, há resposta do Estado – tutela jurisdicional, mas não há tutela de direito³⁶.

Por sua vez, às técnicas processuais instituídas pela legislação processual devem propiciar a efetiva prestação da tutela prometida pelo direito material, sendo possível mediante o exercício do direito fundamental processual de ação. Assim, deve haver a máxima conexão entre o direito material prometido e técnica processual. Para que isso ocorra, é preciso perceber que a classificação das sentenças só tem valor quando pensadas a partir da classificação das tutelas³⁷.

Nesse tom, a classificação das formas de tutela dos direitos proposta por Marinoni, engloba a tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela ressarcitória pelo equivalente, tutela ressarcitória na forma específica e tutela contra o inadimplemento contratual³⁸.

³⁴ A classificação das tutelas tem um objetivo concreto e prático bem definido, pois parte da premissa de que as normas atributivas de direitos não bastam, já que a titularidade de um direito depende da existência de formas para a sua tutela, para deixar claro que a ação, como meio através do qual se pode exigir uma dessas formas de tutela, deve se estruturar de maneira adequada a permitir a sua obtenção. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8^o. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 302.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8^o. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 277.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4^o. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 119.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4^o. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 121.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8^o. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 250 a 265-277. Expostas as formas de tutela, seguirá expondo resumidamente cada uma delas. A tutela inibitória, visa a “impedir ou inibir a violação do direito, a sua repetição ou a continuação de uma atividade ilícita”. Já a tutela de remoção do ilícito, não importa se houve dano, a simples situação antijurídica expõe o titular do direito violado o direito de tutela de remoção. A tutela

Por fim, importante, destacar que as técnicas processuais têm valor quando analisadas diante do direito material. Daí que, partindo desta premissa, a técnica processual possui legitimação quando fornece condições ao juiz de prestar a tutela jurisdicional efetiva³⁹.

2.4 ADEQUAÇÃO DO PROCESSO AO DIREITO MATERIAL

Ao analisar o tema da relação existente entre o direito material e o direito processual, várias são as teorias que explicam e complementam o estudo atual da adequação das técnicas processuais e das formas de tutela.

Essas teorias diversas, ora acreditam na ruptura do direito material e processual, ora crêem na relação existente entre ambos. Ainda que de forma superficial, cita-se como exemplo a Teoria do Direito Abstrato de Agir, destacando-se a doutrina de Bülow, que conferiu a independência do direito processual frente ao direito material. Em outra vertente, a Teoria do Direito Concreto de Agir, Adolf Wach, preocupou-se com a ponte entre o direito material e o processo, representada por um conceito jurídico, a “pretensão à tutela jurídica”⁴⁰.

Considerando a relação existente entre processo civil e o direito material importante relembrar tema anteriormente visto sobre a “ação. A “ação” nada mais é do que o direito de exigir a prestação jurisdicional, e, de agir para a obtenção da tutela de direito. No entanto, esse agir precisa ser estruturado de forma correta, para que se possa valer das técnicas processuais para atender a tutela do direito material.

E, para isso, propõe Luiz Guilherme Marinoni, novo conceito sobre “ação. Parte do desmembramento do disposto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor.

ressarcitória pelo equivalente visa dar ao lesado o valor equivalente ao dano sofrido, seja material ou não, ou ainda custo para a reparação do dano. E na forma específica visa a situação anterior, que não existiria sem o dano. E a tutela do inadimplemento, objetiva o pagamento do valor, a substituição e a reexecução do serviço.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 29.

⁴⁰ Klaus Koplin, em aula de Especialização em Processo Civil, sobre Direito Fundamental de Ação I, em 12 de maio de 2014, na UFRGS.

Assim, quando tal artigo trata sobre “adequada e efetiva tutela”, ensina o doutrinador que não se deve apenas buscar o julgamento do mérito, mas sim “abrir oportunidade para a obtenção da tutela de direito material”⁴¹.

Quando refere-se as “ações capazes de propiciar” quer dizer que os meios devem ser adequados para viabilizar a prestação da tutela de direito. Por isso, que “as ações são tantas quantas forem as necessidades do direito material, uma vez que devem se diferenciar na medida dos resultados que são objetivados no plano de direito material”⁴².

E, por fim, quando trata das várias espécies de ação, quer dizer, que pode ser escolhido entre as ações declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas⁴³.

Dito isso, o titular do direito busca uma sentença de procedência, quando se fala em ação adequada, estas caminham independentes. Isso porque o direito a uma ação adequada requer sejam conferidos ao autor “meios técnicos idôneos à obtenção da sentença favorável a da tutela dos direitos”⁴⁴, mesmo que seja conferido uma sentença de improcedência.

Contudo, tradicionalmente o direito a uma ação adequada estabelece a instituição de técnicas processuais para o atendimento do direito material. A legislação estabelece cláusulas gerais, com o objetivo de instituir ação adequada ao caso concreto. Estruturando, assim, o direito de ação, de forma tecnicamente a assistir a tutela de direito material⁴⁵.

Assim, a relação entre as formas de tutela e as técnicas processuais, nada mais é do que garantir uma ação adequada, através das técnicas exigidas pelo direito material. Nessa perspectiva, observa Mitidiero que “não só o legislador infraconstitucional é devedor de estruturas normativas e organizacionais que

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8º. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 292.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8º. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 292.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8º. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 292.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8º. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 293.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8º. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 293/294.

satisfaçam o direito à tutela jurisdicional, mas também o próprio órgão judicial está gravado de idêntico encargo”⁴⁶.

⁴⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 88.

3 A COGNIÇÃO COMO TÉCNICA DE ADEQUAÇÃO DO PROCESSO AO DIREITO MATERIAL

3.1 CONCEITO DE COGNIÇÃO E O MODELO COGNITIVO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Para uma melhor compreensão do significado do termo “cognição”, importante lembrar alguns aspectos do procedimento. Pretende-se com isso, delinear, de forma mais clara, a evolução conceitual de um tipo de procedimento para alcançar a tutela de um direito.

Para isso, o procedimento é dividido pela doutrina, em perspectiva formal e material. Sob a perspectiva formal, o procedimento declina-se de acordo com a maior ou menor complexidade da causa. Isso quer dizer que será definido o procedimento em comum ordinário ou em comum sumário.

Historicamente, o procedimento comum ordinário era o procedimento padrão para a tutela dos direitos, que seguia uma ordem preestabelecida e que possuía objetivo de tratar das causas mais complexas. Contudo, nem todas as questões processuais tinham a necessidade de seguir uma ordem preestabelecida do procedimento padrão, pela sua facilidade, consistindo, então, no procedimento comum sumário, de plenário rápido⁴⁷.

Já na perspectiva material, a classificação do procedimento ocorre sob o ponto de vista da cognição, ou seja, aquilo que as partes podem debater e aquilo que o juiz pode decidir ao longo do procedimento. A cognição traz ao julgador elemento intelectual capaz de analisar e valorar as questões de fato e de direito deduzidas no processo, com o objetivo de aparelhar o juiz para resolver as questões jurídicas⁴⁸.

Giuseppe Chiovenda em seu livro *Instituições de Direito Processual Civil* complementa que o juiz antes de decidir uma demanda realiza uma série de atividades intelectuais com a finalidade de julgar o processo fundado ou infundado, para após declarar existente ou não a vontade concreta da lei, de que se cogita⁴⁹.

⁴⁷ MITIDIÉRO, Daniel Francisco. **Direito Fundamental de ampla defesa no processo civil**, 2014. Notas de aula de Especialização em Processo Civil. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58-59.

⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições do direito processual civil**. Traduzida por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002. p. 217.

Nesse passo, Kazuo Watanabe aponta que essa cognição é concretizada pela análise dos fatos, pois segundo o professor paulista, “o direito nasce dos fatos, e é condição fundamental para a prática da justiça”. Todavia, não se pode desconsiderar a importância da avaliação das provas trazidas ou não ao processo. O elemento de convicção trazido pela reconstrução dos fatos denomina um “julgamento justo e unânime”.⁵⁰

Voltando ao ponto, a cognição, conforme ensinamento do professor Kazuo Watanabe, consiste em analisar e valorar os argumentos e provas trazidas pelas partes ao processo⁵¹. Cabe ao juiz se aparelhar, investigando e considerando as questões jurídicas suscitadas na demanda, para julgar se procedente ou improcedente.

Segundo o professor, a cognição “é prevalentemente um ato de inteligência, consiste em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium* do julgamento do objeto litigioso do processo⁵².”

Contudo, essa atividade do magistrado é bem mais complexa. Passa da simples dedução lógica a completa apreciação do caso concreto. Julgar de forma justa e equânime é analisar equitativamente as alegações e as provas trazidas ao processo, denominando-se “condição fundamental para a prática da justiça”.⁵³

A cognição busca formar um juízo de valor acerca das questões suscitadas no processo, e, pode ser vista sob dois aspectos: plano horizontal e plano vertical. O primeiro diz respeito à extensão, a amplitude e o segundo trata da profundidade.

Assim, passa-se a analisar os planos horizontais e verticais da cognição. O plano ou eficácia horizontal diz respeito à extensão/ amplitude das questões que podem ser objeto da cognição. Ao passo que, no plano vertical a cognição indica a profundidade com que o juiz pode analisar a relação jurídica trazida em juízo.

Diz-se plano horizontal, a cognição plena e exauriente, em que o magistrado examina a fundo todas as alegações trazidas pelas partes ao processo.

⁵⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 61-62.

⁵¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 59.

⁵² WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58.

⁵³ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 59-62.

Ao passo que a eficácia vertical ou incompleta, caracteriza-se pelo exame parcial ou não exaustivo⁵⁴.

As diversas combinações possíveis das modalidades de eficácias, horizontal e vertical permitem a construção dos procedimentos, que são adaptados às várias especificidades do direito ou das pretensões materiais. Podem-se criar procedimentos de cognição sumária ou de cognição exauriente⁵⁵. No próximo tópico, passa analisar essa questão, tratando da limitação e dos cortes de cognição.

3.2 LIMITAÇÃO DA COGNIÇÃO

Conforme estudado no tópico anterior, a cognição é vista sob o aspecto material, e, permite a construção de vários tipos de cognição. Inicialmente, divide-se a cognição em horizontal e vertical. A primeira, diz respeito às matérias que podem “formar o objeto da cognição”, indagando-se “o quê” pode ser debatido. Ao passo, que a segunda, cognição vertical, indagação “como” que a matéria pode ser concedida pelo juiz⁵⁶.

Mais precisamente, o plano ou eficácia horizontal diz respeito à extensão/ a amplitude das questões que podem ser objeto da cognição. A cognição horizontal pode ser classificada em plena/ ilimitada ou parcial/ limitada. No primeiro caso, não há limites ao quê o juiz pode conhecer, e no segundo caso, há limites.

Já, no plano vertical a cognição indica a profundidade com que o juiz pode analisar a relação jurídica trazida em juízo. Quanto mais profunda a análise, maior será a certeza do julgador ao prolatar a decisão⁵⁷. A cognição, no plano vertical, pode ser dividida em exauriente ou sumária.

A cognição exauriente não traz limitação probatória, objetivando a produção de todas as provas necessárias para a solução do litígio, de forma

⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições do direito processual civil**. Traduzida por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002. p. 218.

⁵⁵ DIDIER JR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015. p. 02.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 29.

⁵⁷ DIDIER JR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015. p. 03-05.

completa. Por essa razão, a cognição exauriente se traduz como um juízo de certeza, isto é, deve haver o convencimento do juiz.

Já na cognição sumária há uma redução na cognição, um conhecimento incompleto, ou seja, há restrição probatória. Nesse sentido, Watanabe citando entendimento de Ovídio Baptista, esclarece que a atuação do juiz na cognição sumária é incompleta, isto porque diferentemente do que ocorre no procedimento ordinário, a cognição é superficial, o juiz conhece das questões trazidas ao processo, sendo superficial quanto à profundidade⁵⁸.

Portanto, o plano vertical diz respeito ao modo de como as questões serão observadas pelo juiz. As possíveis combinações, das diversas modalidades de cognição vão direcionar o legislador a configurar os resultados das combinações e a amoldar com as pretensões materiais postas em juízo.

Nessa perspectiva, as combinações de cognições, ampliam a capacidade para conhecer do resultado do procedimento a ser adotado pelo órgão julgador, a fim de dar efetividade às pretensões do direito material.

A combinação perfeita para maior segurança quanto à certeza do direito controvertido, é a plena (horizontal) e exauriente (vertical), “*secundum eventum probationis*”, sem limitação quanto à extensão da matéria a ser debatida em juízo pelas partes e com maior profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes⁵⁹.

Contudo, o legislador, pode fazer corte nessa cognição horizontal plena trazendo uma característica parcial/ limitada ao que pode debatido no processo. Assim, os cortes na cognição traduzem novos procedimentos.

A cognição poderá ser ainda parcial e exauriente. Nessa modalidade há limitação quanto à amplitude do debate entre as partes, mas sem limite quanto à profundidade. Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta às peculiaridades do direito material e/ou a necessidade de tornar o processo mais célere. “São exemplos: a) conversão da separação judicial em divórcio (art. 36,

⁵⁸ BAPTISTA *apud* WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 112.

⁵⁹ DIDIER JR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015. p. 04-05.

parágrafo único, LF 6.515/77); b) embargos de terceiro (art. 1054); c) busca e apreensão da lei de alienação fiduciária; d) desapropriação”⁶⁰.

Pode-se lembrar, ainda, da cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente (*secundum eventum defensionis*), que ocorre se o demandado tomar a iniciativa do contraditório⁶¹.

Já a cognição vertical sumária, aplica-se quando diante de dano irreparável e de difícil reparação, antecipando a concessão da tutela reclamada, no entanto, com profundidade incompleta. A cognição utilizada nas medidas liminares, antecipatórias ou assecuratórias, são os seus exemplos. “Conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável”⁶².

Percebe-se, que a combinação plena e exauriente é a mais completa, sendo a regra do procedimento comum, dando, inclusive, o surgimento a coisa julgada material⁶³. A construção do procedimento feita a partir das diversas modalidades de cognição, permite ao julgador conhecer e adaptar as várias pretensões materiais ao processo civil.

3.3 - COGNIÇÃO COMO TÉCNICA DE ADEQUAÇÃO DO PROCESSO AO DIREITO MATERIAL

O estudo da cognição destaca a importância da análise conjunta do direito material e do direito processual, pois ambas constituem o objetivo comum, de tutela efetiva dos direitos.

⁶⁰ DIDIER JR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015. p. 04-05.

⁶¹ Oportuno citar como exemplo da *secundum eventum defensionis*, a ação monitória e ação de prestação de contas. DIDIER JR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015. p. 04.

⁶² DIDIER JR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015. p. 05.

⁶³ DIDIER JR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015. p. 05.

Partindo desta premissa, o direito material dispõe que cada ação possui uma “ação” de direito e uma pretensão processual. Contudo, Kazuo Watanabe citando Chiovenda, ensina que o processo deve dar o que for possível, tudo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir⁶⁴.

Mas, não só isso. Para a efetiva tutela do direito material, cabe ao autor participar do processo adequadamente, valendo-se de técnicas processuais hábeis a proteção do direito material. Não bastando, apenas, que cada ação de direito material tenha correspondência com o direito processual. Necessária uma adequada tutela do direito material e soluções específicas de direito processual⁶⁵.

Luiz Guilherme Marinoni ensina que “o direito a uma ação adequada, embora independente de uma sentença favorável ou de efetiva realização do direito, requer que ao autor sejam conferidos os meios técnicos idôneos à obtenção da sentença favorável e da tutela do direito”.⁶⁶

Assim, os meios técnicos colocados à disposição do autor devem ser adequados ao direito pleiteado. Portanto, para cognição adequada, segundo Watanabe, devem fazer parte, o contraditório, a economia processual, devido processo legal, publicidade. Ademais, cabe ao Estado “a edição de procedimentos e técnicas processuais idôneas às variadas situações de direito substancial”⁶⁷.

Desse modo, as técnicas processuais devem se adaptar as diversas modalidades de direito material. Segundo Marinoni, a ideia de adequação do processo ao direito material exige, “que o processo seja visto como técnica processual destinada à efetividade dos direitos, para depois se compreender que o processo, como técnica indiferente ao direito material, é fechado em si mesmo”⁶⁸.

Como se vê, a relação existente entre o direito material-processual é tamanha, que quando analisada separadamente, a técnica processual não tem valor em si mesma. E, complementa Marinoni que “a técnica processual não tem valor em

⁶⁴ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 21-25.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 274.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 294.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 293.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 25.

si mesma, pois somente pode ser analisada diante das necessidades do direito material, ou seja, das varias tutelas dos direitos⁶⁹.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 29..

4 Conclusão:

A ação de direito material é afirmada pelo processo, através das técnicas processuais. Porém, necessário garantir ação adequada a direito pleiteado pelo autor, para a obtenção da tutela jurisdicional do direito.

Indiscutível a relação existente entre o direito material e processual. Através do direito de exigir e do agir conjuntamente com o juiz, o autor utiliza-se de técnicas colocadas a sua disposição para a obtenção da tutela efetiva do direito material.

Mas, isso não quer dizer, que a sentença seja julgada procedente. Cabe ao juiz, por meio da cognição, analisar e valorar as questões de fato e de direito alegadas no processo. Portanto, seja julgada procedente ou não a sentença, essa deve responder o direito material posto em juízo.

A cognição busca trazer ao julgador elementos intelectuais hábeis para o julgamento justo e equânime, dando suporte para uma análise equitativamente das alegações e as provas trazidas ao processo. E, as diversas modalidades de cognição, trazem vários tipos de procedimento, a fim de atender a evolução do direito material.

Portanto, às técnicas processuais instituídas pela legislação processual devem propiciar a efetiva prestação da tutela prometida pelo direito material, sendo possível mediante o exercício do direito fundamental processual de ação. Assim, deve haver a máxima conexão entre o direito material prometido e técnica processual.

REFERÊNCIAS

ANCHIETA, Natascha Silva. **Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva, Ação e Pretensão Processual: Uma Análise da Evolução das Relações entre Direito Material e Processo na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. 2013. 301 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 1988. Disponível na internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 de julho de 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições do direito processual civil**. v. 1. 3^o. ed. Traduzida por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n^o. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol.1. ed. 16^o. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela**. Vol.2. ed. 9^o. Salvador: Jus Podivm, 2014.

KOPLIN, Klaus. **Direito Fundamental de Ação I e III**. 2014. Notas de aula de Especialização em Processo Civil. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

KOPLIN, Klaus. **Historia do Processo Civil**. 2014. Notas de aula de Especialização em Processo Civil. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4^o. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel; e SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3^o. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **A acção rescisória contra as sentenças**. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de ações. Ação, classificação e eficácia**. Tomo 1. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1^o. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. .2^o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Direito Fundamental de ampla defesa no processo civil**, 2014. Notas de aula de Especialização em Processo Civil. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Alvaro de; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil**. Vol.1. 2^o. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento**. v. 1. 7^o. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação**. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul AJURIS. Porto Alegre, nº 29, novembro 1983.

WATANEBE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2^o. ed. Campinas: Bookseller, 2000.