

### 24. Conceito de cognição sumária

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

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

A probabilidade e a verossimilhança têm graus. Em matéria criminal, Malatesta estabelece a seguinte graduação: relativamente a determinado objeto, é possível uma mínima probabilidade, que denomina verossímil, uma probabilidade média, que chama de provável, e a probabilidade máxima, que seria o probabilíssimo[185]. Hernando Devis Echandía fala em graus de eficácia probatória e adota a mesma classificação de Malatesta, lembrando que esse autor adverte

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

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

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

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

Calamandrei, notando que é difícil estabelecer uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro. Pondera mais que, se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações mencionadas (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro. E conclui:

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

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

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

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

A convicção do juiz, na cognição sumária, apresenta todos esses graus. Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina[191].

## **25. Breve esboço histórico sobre a cognição sumária**

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

Biondo Biondi observa que o instituto da *summaria cognitio*, entendido como complexo de normas destinadas a dar ao processo celeridade maior que a do processo ordinário, “disciplinato

organicamente nella Clementina ‘Saepe’, ha larghe radici nel diritto romano, e precisamente in quel processo extra ordinem le diventa generale al incominciare dall’epoca postclassica”. O instituto, porém, delinea-se melhor na legislação de Justiniano, embora de modo fragmentário e não orgânico[192].

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

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

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

“Nel nuovo diritto appunto, come conseguenza della introduzione di una *summaria cognitio* in tema di prove, sorge il concetto di mezzo giuridico provvisorio, avente per base la prova sommaria, in antitesi all’azione definitiva, in cui attraverso alla prova piena e legale, si arriva al regolamento giuridico fra le parti in modo definitivo e irrevocabile”[193].

Ovídio Baptista da Silva pondera que

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

Apoiando-se em Biscardi, esclarece que

“a cognição sumária do pretor era, em verdade, inerente a seu ofício, e, nos juízos interditais, a *causae cognitio* podia ser mesmo decisão definitiva, na medida em que encerrava o procedimento e, em certo sentido, ainda sumária, enquanto reservava para o futuro juízo ordinário (*ordo iudiciorum privatorum*) as questões cuja alegação fossem vedadas no juízo interdital”[194].

No direito medieval, a sumarização do processo, que vinha sendo buscada em razão da excessiva formalização do processo ordinário e como imperativo das “crescentes necessidades de rapidez

impuestas por la entidad del tráfico mercantil que se desarrollaba en torno al Mediterráneo”, alcança na famosa “Saepe contingit”, de Clemente V, de 1306, a sistematização necessária. Fundamentalmente, os juízos “sumários” civis eram aplicados, informa Fairén Guillén, “por cuatro razones, determinantes a su vez de la casuística en que se abría la via para ellos: racione parva quantitatis; racione parvii prejudicii; racione urgentia necessitatis y racione miserabilium personarum”[195].

O verdadeiro “processo sumário”, segundo Fairén Guillén, é aquele que, em razão da necessidade de rapidez, limita a cognição “restringiendo su contenido material a través de una limitación de los derechos de las partes con respecto a los medios de defensa”, não podendo ser confundido com processos simplesmente acelerados, aos quais denomina “plenários rápidos”. A “sumariedade” destes últimos seria simplesmente de caráter formal, ao passo que a dos sumários propriamente ditos teria caráter material[196]. Adroaldo Furtado Fabrício adota essa distinção do processualista ibérico (pela completitude ou não da *cognitio*), mas esclarece que, “sob a pressão da necessidade de simplificação do processo comum medievo, foi-se formando, ao lado do juízo ‘materialmente’ sumário, um procedimento cuja sumariedade era apenas formal, porque ‘plenária’ a cognição nele envolvida”, de modo que houve a extensão da denominação “sumário” a procedimentos de cognição plena[197].

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

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

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

exaustão, por todos os meios imagináveis, da pesquisa da verdade”.

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

c) Outras formas de sumariedade material “que, tecnicamente, se devem equiparar ao conceito medieval, de *mandatum sine clausula*”, tal como o processo cautelar, “mereceram condenação geral”[198].

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

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

### ***26.1. Processo sumário cautelar***

Entre nós, com a supressão da ação cominatória prevista no art. 302 do Código de Processo Civil de 1939, deixou de existir o processo cominatório[200]. Foi, porém, criada posteriormente a ação monitória (arts. 1.102-A, 1.102-B e 1.102-C, acrescentados ao Título II do Livro IV do CPC pela Lei n. 9.079, de 1995). Mas a técnica da cognição sumária é utilizada nos processos sumários em geral, de que são espécie os processos cautelares, na antecipação da tutela em qualquer processo de conhecimento (art. 273 do CPC), e também em alguns processos de conhecimento de cognição exauriente que admitem, por expressa previsão legal, a concessão de provimentos antecipatórios (o que hoje seria dispensável diante da regra geral do art. 273) (v. g., ação para cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer – art. 461, § 3º, do CPC; ação possessória – arts. 928 e 929 do CPC; ação de nunciação de obra nova – art. 937 do CPC; ação de busca e apreensão de coisa vendida a crédito com reserva de domínio – art. 1.071 do CPC; ação de embargos de terceiro – art. 1.051 do CPC; ação popular – art. 5º, § 4º, da Lei n. 4.717/65; ação de desapropriação – art. 15 do Decreto-Lei n. 3.365/41; ação de mandado de segurança – art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009; ação



civil pública – art. 12 da Lei n. 7.347/85; ação individual e ação coletiva para cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer previstas no Código de Defesa do Consumidor – art. 84; ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente – art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69), e igualmente na fase inicial de toda e qualquer ação quanto aos requisitos gerais ou especiais que a lei estabelece e também quanto à aferição, *in statu assertionis*, das condições da ação. A justificação prévia de posse na ação de usucapião, que o Código de Processo Civil previa no art. 942, I, foi suprimida recentemente pela Lei n. 8.951, de 13 de dezembro de 1994.

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

A teoria dominante entre nós, fiel à doutrina de Calamandrei, observa que a ação cautelar tem por fim assegurar o êxito do processo principal, sendo sua característica mais marcante, portanto, o “carattere di strumentalità” em relação ao provimento principal[202]. Porém, conceituada a ação cautelar em termos assim estreitos, limitação que evidentemente apanha também as ações cautelares inominadas, ficariam sem proteção adequada os direitos e interesses, principalmente os de caráter não patrimonial (v. g., direito à honra, à saúde, à liberdade etc.) que, nas vicissitudes da vida, ficam sujeitos a inúmeras e multifárias situações de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, e clamam por uma tutela urgente.

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

- a) iminência de dano irreparável;
- b) temporariedade;
- c) sumariedade da cognição judicial (*fumus boni iuris*);
- d) “situação cautelanda”;

e) interditalidade da sentença cautelar.

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

Apenas nos parece que se pode dar mais um passo no sentido da ampliação do conceito, mantido o requisito da “iminência de dano irreparável”[205]. Salvo equívoco nosso, no conceito de “situação cautelanda” Ovídio Baptista da Silva inclui três elementos:

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

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

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

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

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

“... a mera possibilidade do direito que se invoca basta como fundamento da ação, sendo,

em sede cautelar, irrelevante a prova irretorquível e incontroversa do direito alegado pelo postulante. Fundamentalmente, porque tal direito a que Calvosa denomina ‘situação cautelanda’, não será objeto do *cognoscere* do juiz, senão, apenas, na medida em que se evidencie como uma probabilidade de direito”[208].

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

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

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

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



ter a declaratividade como eficácia imediata, o que supõe uma cognição exauriente[209].

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

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

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

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

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

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

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

principal;

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

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

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

#### **26.4. Processo sumário não cautelar**

Falamos, até aqui, de processo sumário cautelar. Não se pode esquecer, porém, que existem processos “materialmente” sumários, portanto com cognição superficial, como os previstos no Livro III do Código de Processo Civil, aos quais falta, por alguma razão, a nota de cautelaridade. O ser “satisfativo” não retira a cautelaridade, como já ficou anotado. Mas a ausência de “situação perigosa”, sim. O legislador, porém, possivelmente pela simplicidade da causa ou pela natureza da controvérsia, a exigir de ordinário uma solução mais rápida, fez sumárias algumas ações previstas no Livro III. Exemplos dessas ações: ação para “entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos” (art. 888, II); ação de exibição de coisa “em poder de outrem e que o requerente reputa sua ou tenha interesse em conhecer” (art. 844, I). Por vezes, a sumariedade resulta da própria disposição de direito material, como ocorre com o art. 105 da Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), que admite a exibição de livros da companhia, a pedido de acionistas que representem, pelo menos, 5% do capital social, sempre que “sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada

suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia”. A comprovação dos fatos alegados é posterior à exibição dos livros, de modo que a ordem de exibição é expedida mediante a cognição sumária dos fatos alegados (diz a lei: fundada suspeita)[212].

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

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

Uma das características da sociedade moderna é o ritmo acelerado e agitado das relações sociais, econômicas e jurídicas que nela ocorrem. Resulta ela da instantaneidade das comunicações, do encurtamento das distâncias, da incorporação dos mais avançados instrumentos tecnológicos (v. g., o computador cada vez mais sofisticado) à vida cotidiana e a serviço de entidades públicas e privadas, que deles se valem até para a tomada de decisões que envolvem direitos de terceiros ou de alguma forma repercutem em sua esfera jurídica, e de inúmeros outros fatores. O “aumento das situações conflituosas em todos os setores da vida” e a “necessidade exacerbada de segurança”, a que alude Fritz Baur[213], encontram certamente explicação nessa peculiaridade do mundo em que vivemos[214].

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

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

Por certo, não se pode falar em falência do processo comum de cognição plena e exauriente, pois é este o modelo que possibilita a solução dos conflitos de interesses de maneira mais segura, cercando “o exercício da função jurisdicional das mais plenas garantias” e aparelhando “as partes dos mais amplos meios de discussão, de prova e de impugnação das decisões”, como bem anota

Adroaldo Furtado Fabrício. Necessário seria, entretanto, consoante recomenda o processualista gaúcho, que fosse ele submetido a “uma modernização” que “o escoimasse dos seus excessos de formalismo e de solenidade, incorporando-lhe, outrossim, recursos tecnológicos de há muito disponíveis mas ainda não aproveitados”, providência que certamente tornaria “dispensáveis muitos dos atuais procedimentos diferenciados”[215]. A propósito do problema, Cândido R. Dinamarco, um dos principais autores da Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas (n. 7.244/84, substituída pela Lei n. 9.099/95), fala da recíproca influência entre este estatuto legal e o Código de Processo Civil, “que é a matriz de todo o sistema processual do país”, e enuncia esperança de renovação expressa da seguinte forma:

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

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

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

Na ótica do instrumentalismo substancial a que aludimos no capítulo inicial do trabalho, a



cognição sumária constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de processo que tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos (v. n. 1).