

DA COGNIÇÃO NO PROCESSO CAUTELAR

Carlos José CORDEIRO*

1- INTRODUÇÃO

O valor próprio do Direito é a Justiça, sendo esta a expressão de todos os valores de convivência da pessoa humana. Assim, o acesso à Justiça torna-se o objeto de transcendência do cidadão e, conseqüentemente, pressuposto de legitimidade de toda ordem jurídica. Desse modo, a efetividade das instituições de direito tem um compromisso com os interesses dos seus tutelados, de forma que a engrenagem da justiça não seja meramente um símbolo tradicional e imóvel de confiança e atuação do poder do Estado.

A visão democrática estatal tem garantido, constitucionalmente a todos igual acesso à justiça, assegurando, nesse desígnio, uma igual possibilidade de tutela jurisdicional, o que supõe o afastamento da concepção simplesmente formal da aplicação do direito. Logo, a garantia do acesso à justiça, segundo Mauro Cappelletti, "... não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ela é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica". (1988, p.13).

(*) Professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU/MG) e Mestrando da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Diante disso, revela-se que o que mais repercute para a crise da efetividade dos processos é o elemento temporal, ou seja, a morosidade, que acaba por atingir os núcleos dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional, negando-se, por vezes, o direito a um procedimento adequado à realidade do direito material, promovendo, destarte, a descrença na jurisdição. Sob esse prisma, observa o prof. Donaldo Armelin que "é no tempo que se mede a eficácia da tutela jurisdicional satisfativa vista pela ótica de sua própria atuação." (23/115)

Deveras, de nada vale existir um enorme instrumental de direitos consagrados constitucionalmente, se estes são deixados de lado, uma vez que os meios disponíveis, pela falta de celeridade, amiúde tornam-se ineficazes, quando recorre o cidadão a tutela jurisdicional.

Com efeito, lembra o citado prof. que "a efetividade do processo está umbilicalmente vinculada à sua rapidez e celeridade em propiciar uma prestação de tutela jurisdicional eficaz. A morosidade nesta prestação sempre foi uma questão de desafiar a argúcia dos cientistas do processo e dos legisladores." (31/172)

Por sua vez, os processos de natureza satisfativa, tidos como processos principais (conhecimento e execução), pelos seus objetivos comuns e naturais corporificados pela certeza, necessitam, imperiosamente, da observância de um padrão mínimo de segurança, notadamente com o postulado do contraditório, o que impede a simplificação de seus procedimentos, a fim de não macular o princípio constitucional da ampla defesa. Daí perceber-se que o processo principal não pode ter imediata solução, em razão da exaustividade que tende dar à pretensão, pois que se privilegia a certeza da tutela em detrimento da celeridade de sua prestação.

Deve-se dizer que pelo decurso natural do tempo em resolver a lide do processo principal, podem surgir situações que exijam um desenrolar com rapidez, sob pena de perder a pretensão sua própria razão de ser e, diante disso, surge a tutela cautelar, para que os fins do processo não fiquem comprometidos ou frustrados.

Assim, força comentar que, uma vez posta em risco a tutela jurídica que se persegue com o processo, configurando-se uma situação de ameaça ou lesão grave e de difícil reparação (dano irreparável), aí caberá à processo cautelar, instrumentalmente conexo àquele com vista a assegurar a eficácia da futura tutela (provável ou possível) satisfativa.

Portanto, o processo cautelar destina-se a atender uma situação urgente e provisória, a fim de que a sentença de mérito do processo principal não caia no vazio quando chegar a ser proferida. Nesse sentido, no processo cautelar, conforme Calamandrei, "se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento." (1936, p. 45)

A efetividade da jurisdição, perseguida pelo processo cautelar, independe da procedência ou não do pedido aviado no processo principal, pois o que se persegue na tutela cautelar não se reflete no direito material retratado na demanda principal, uma vez que sua potencialidade traduz a proteção da operacionalidade integral da jurisdição. Vê-se, por conseguinte, que o processo cautelar possui uma finalidade bem definida, com vistas a garantir, além do resultado do processo, a própria existência, em sua complexidade. Sendo assim, interessa, para este estudo, um visão geral sobre as espécies de cognição e as características do processo cautelar.

2 - ESPÉCIES DE COGNIÇÃO

2.1- NOÇÕES GERAIS

Modernamente, deve-se ressaltar a relevância da cognição, uma vez que, como técnica processual para a concepção de diferentes tipos de procedimento, atequa a globalidade do ordenamento jurídico

à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão tutelada. Lembra o prof. Kazuo Watanabe que "a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar, e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do "judicium", do julgamento do objeto litigioso do processo". (1987, p. 41)

A cognição está voltada à produção do resultado final, que é a decisão ou o provimento jurisdicional. Ao longo do procedimento, destinado a preparar o ato final (decisório), o magistrado enfrenta e resolve inúmeras questões de fato e de direito, que se tornam o fundamento do "judicium", repercutindo, de conseguinte, na percepção e justificação lógica que é o julgamento do objeto litigioso do processo. Dessa forma, nota-se que o juiz, para fazer vingar os preceitos constitucionais, bem como instrumentalizar o processo, deve adotar diferentes tipos de cognição, respeitando o direito à adequada tutela jurisdicional, que nada mais é do que a incorporação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, uma vez que deve existir, necessariamente, congruência entre o tipo de cognição e o tipo de tutela prestanda.

Embora o Estado-Juiz não esteja obrigado a decidir em favor do autor, deverá, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe for trazido pelo particular. Portanto, a cognição por parte dos cultores do processo e dos aplicadores da norma deve estar voltada para a consciência do direito, não significando, com isso, que devam aqueles, em sua exegese, fugir do conjunto normativo oficial, mas sim, que estejam próximos da crítica, da experiência e da inteligência, da ética e da dialética, da liberdade e da sensibilidade, aumentando os espaços libertários e democráticos do direito praticado na sociedade.

Nesse desiderato, para uma efetiva tutela do direito através do processo, devem-se condensar os esforços dos magistrados para que conheçam as razões de ambas as partes, pois, conforme disserta Kazuo Watanabe, "se de um lado há exigências próprias do direito

material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quanto à natureza do provimento (...), como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação da tutela, a intensidade e amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos." (1987, p.19)

Vê-se, assim, a importância da cognição para a funcionalidade do processo, e, via de consequência, oportuno se faz apresentar, mesmo que sucintamente, as suas espécies, dentro da relação entre o sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível). Por conseguinte, baseando-se na classificação apresentada pelos profs. Luiz Guilherme Marinoni (1992, p. 21-27) e Kazuo Watanabe (1987, p. 83-94), concebe-se que a cognição pode referir-se a dois planos distintos: horizontal, que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz, e sob este ângulo pode ser plena ou parcial; e vertical, que permite ao magistrado atingir em profundidade a cognição acerca da afirmação dos fatos; e nesta perspectiva pode ser ou exauriente ou sumária ou superficial. Dessa forma, tem-se:

2.2 - COGNIÇÃO PLENA

A cognição plena diz respeito à amplitude do conhecimento do juiz no plano horizontal. Assim, a cognição do magistrado atinge toda a extensão fática do conflito de interesses. Não importa a possibilidade de cognição exauriente do objeto cognoscível que ocorrer, ou não, nos processos com cognição plena.

A cognição plena exauriente é característica do processo de conhecimento, seja ordinário ou sumário, bem como do processo especial de pequenas causas, aptos, portanto, à formação da coisa julgada material. Ressalte-se, também, a cognição plena exauriente "*secundum eventum probationis*", como, v.g., o processo de mandado de segurança, onde a prova deve ser pré-constituída, devidamente anexada à petição inicial, sendo que a cognição do magistrado dar-se-á no confronto da prova documental com o afirmado na peça exordial. Assim, conforme informa Theotonio Negrão (1987, p. 617), apreciado

o mérito e denegada a segurança, a sentença fará coisa julgada material, impedindo a propositura de ação ordinária, para reapreciação da controvérsia.

2.3 - COGNIÇÃO PARCIAL

A cognição parcial impede que o juiz, no plano horizontal, em determinadas hipóteses, atinja toda a extensão fática no conflito de interesses. Há uma limitação no tocante à cognição voltada ao objeto cognoscível.

As limitações quanto à amplitude, segundo o prof. Kazuo Watanabe, "decorrem de leis processuais e são impostas em função de um determinado objeto litigioso. Outras podem resultar de leis de natureza material (...) e podem dizer respeito à própria fixação do objeto litigioso ou à amplitude da defesa" (1987, p. 87)

São exemplos do procedimento de cognição parcial e exauriente o processo de conversão de separação judicial em divórcio; as ações possessórias, os embargos do executado.

2.4 - COGNIÇÃO EXAURIENTE

Na cognição exauriente, não existe limitação da atividade do magistrado no sentido vertical, sendo típica nos processos que visam à solução definitiva das lides apresentadas ao judiciário, de maneira que a lide objeto da cognição não será mais objeto da investigação em outro processo.

Em razão da autoridade da coisa julgada material, assevera Victor Fairem Guillém que o "juicio declarativo plenário ordinário, se base en el deseo, en el anhelo de acabar definitivamente con el litigio, de manera que la satisfacción sea alcanzada de modo pleno por una u otra parte, y que se haga imposible un nuevo proceso como consecuencia de la nota de estabilidad y permanencia de aquella, protegida por la cosa juzgada material". (1969, p. 825)

A cognição exauriente é característica do processo de conhecimento. Destarte, revela-se que a execução possui, como

anota Kazuo Watanabe, "o processo de cognição rarefeita"(1987, p. 86), posto que o direito afirmado pelo exequente só será satisfeito, se e na medida que coincidir com a vontade do direito do caso concreto. Assim o juiz será chamado a proferir juízos de valor.

2.5 - COGNIÇÃO SUMÁRIA

A cognição sumária é uma cognição menos aprofundada em sentido vertical, onde o juiz terá em mira não o fato, mas a afirmação do fato e sua prova. É a cognição própria das situações de aparência (juízos de probabilidade). Esse tipo de cognição não determina a solução definitiva da lide, o que, de conseguinte, não induz coisa julgada material, posto não permitir o aprofundamento no objeto litigioso.

Pontifica Victor Fairem Guillén: é nesse sentido que se faz necessário um outro veículo, "para que las partes puedan atacar y defenderse con toda a holgura que crean nenester: esto es, se arbitra, tras el sumario, la posibilidad de que una de las que en él fueron partes, de pretender en un juicio plenario, del tipo más extenso; desbordado así el primitivo cauce, la estabilidad de la satisfacción conseguida en el juicio sumario, queda también desbordada, y pueda resultar ahogada por una sentencia más amplia, superior, dictada en este juicio plenario."(1969, p. 827)

A cognição sumária, pois, conduz sempre a um juízo de probabilidade que se dá em confronto com as provas compatíveis com uma dada situação; ocorrendo, v. g., nas ações em que a cognição é sumarizada pela redução de provas permitidas, posto que as situações de urgência (perigo) não permitem uma cognição exauriente do objeto cognoscível. Assim, tem-se como exemplos a tutela cautelar e a tutela sumária antecipatória.

2.6 - COGNIÇÃO SUPERFICIAL

Trata-se a cognição superficial da modalidade própria do juízo de verossimilhança, o qual anterioriza o procedimento probatório.

Dessa forma, a cognição do magistrado não recairá sobre as provas produzidas em confronto com a afirmação do fato, mas sobre a afirmação do fato.

A cognição superficial é típica das liminares proferidas em atenção à verossimilhança de que o fato afirmado existente possa vir a ser provado durante a instrução sumária, ou conforme estabelece Betina Rizzato Lara: "nas liminares por sua vez, o que ocorre é a existência de uma probabilidade mínina (verossímil) em função de uma superficialidade máxima" (1993, p. 28)

Vale dizer, que a superficialidade não se aplica às liminares do mandado de segurança, uma vez que a cognição não se baseia na verossimilhança, mas no juízo de probabilidade, ou seja, que o fato afirmado e provado não será demonstrado em contrário.

3 - CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CAUTELAR

3.1- NOÇÕES GERAIS

As novas tendências do processo voltam-se prioritariamente para a socialização, participação e instrumentalização, o que causa reflexos nas atividades do jurista e do próprio legislador. Onde a preocupação hodierna no meandro jurídico em imprimir ao desenvolvimento do processo uma maior participação intelectual do magistrado nos desígnios apresentados "sub judice"; a fim de uma real e efetiva prestação jurisdicional, resultante da obediência ao "due process of law", princípio catalizador da garantia das liberdades.

Diante de tais fatos, no sistema processual civil, rumo ao seu instrumentalismo substancial e à efetividade de sua aplicação, sobreleva a figura do Processo Cautelar, bem como a importância da espécie de cognição nele exercida, corroborando o desenvolvimento da solução dos conflitos de interesse, assegurando, destarte, a idoneidade jurisdicional.

Em assim sendo, tem-se que o processo cautelar surge como remédio preventivo e provisório, como um "tertium genus" entre a cognição plena e a execução forçada, para precaver o interesse da parte do risco a que se acha exposto, de sofrer danos antes que se possa atingir a finalização do litígio.

Porém, a crise da efetividade dos processos de escopo satisfativo, principalmente pela morosidade em dar uma solução ao caso apresentado à tutela jurisdicional, acaba por comprometer os fins idealizadores do processo, mencionados por Chiovenda, de "dar a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter". (1957, p.126)

Ressalte-se que a morosidade dos processos satisfativos acaba por desacreditar o próprio judiciário (Estado) e motiva as justiças privadas, implicando em verdadeira delegação de justiça, haja vista que não basta um sistema jurídico que proclame direitos a todos, necessita se, também, que estes direitos possam ser exercidos, de forma definitiva, com plena capacidade de gozo, mesmo estando sob o pálio da dúvida ou da discussão judicial.

Por conseguinte, na "praxis"forense, o processo cautelar sofre as conseqüências da diminuição do poder de gozo do titular do direito subjetivo, chegando-se á distorção de seu uso. Disserta o prof. Donaldo Armelin que "essa distorção pode ser detectada de várias formas: a) pela exagerada extensão que se tem dado a esse tipo de tutela, que acaba por suprimir a tutela jurisdicional satisfativa, deixando, pois, de ser cautelar para assumir outra função que a desnatura; b) paradoxalmente, pela perda de sua autonomia, transformando-se em medida meramente antecipatória executiva do processo satisfativo; c) pela sua concessão indiscriminada, sem a presença de seus fundamentos específicos e, finalmente, d) como corolário desta última circunstância, pela facilidade com que se admitem contra-cauteladas insubsistentes". (23/129)

A respeito desses pontos não haverá possibilidade para o seu estudo, pois não é a perspectiva deste trabalho. Outrossim, cabe

consignar que o objeto da tutela cautelar é a prevenção, posto que aquela serve à jurisdição, de modo que os processos de conhecimento, execução e o próprio cautelar podem ser objetos da tutela cautelar. Esta, por sua vez, para cumprir seu desiderato, deve representar, precipuamente, o papel de asseguradora da eficácia da prestação jurisdicional satisfativa e manter o equilíbrio das partes no processo, devendo, portanto, ser dotada de meio e próprios para garantir a plenitude de seus efeitos, o que, conseqüentemente, influirá na amenização da crise do processo comum.

Dessa forma, cumpre apresentar as características do processo cautelar, como forma de exprimir o tipo de cognição aplicada neste tipo de tutela, a fim de demonstrar que o processo jurisdicional emerge controlando as disparidades de posições no processo, harmonizando a desigualdade de suas formas e forças.

3.2 - INSTRUMENTALIDADE

O processo cautelar, seja antecedente ou incidente, é o processo a serviço do processo, e não processo a serviço do direito material, uma vez que a pretensão cautelar sempre estará ligada ao direito acautelando, pois o bem da vida que se visa resguardar é de natureza processual, vinculado à satisfação de um direito material, mas dele distinto e com ele não se identificando.

Nesse raciocínio, o prof. J. J. Calmon de Passos afirma que no processo cautelar "o que se previne e resguarda, (...) não é o bem da vida a ser atribuído a alguém, segundo o direito material, mas a própria tutela jurisdicional, posta sob o risco ou perigo de se frustrar em sua efetividade ou em seu alcance". (1984, p. 45)

Destarte, o fim imediato do processo cautelar é preservar certa situação, garantindo-se, conseqüentemente, o bom resultado de um processo principal, sendo que neste se discute o direito substancial das partes, enquanto naquele se busca o resultado útil da sentença a ser proferida no processo satisfativo, resguardando a atividade jurisdicional do Estado.

3.3 - AUTONOMIA

A tutela cautelar é processualmente autônoma e materialmente vinculada, haja vista que depende da questão de direito contida no processo principal.

Porém, instrumentalmente vinculada ao processo principal tem sua autonomia, posto que os seus elementos constitutivos são próprios e distintos da ação principal, bem como diversificada a sua função diante das demais atividades jurisdicionais.

Assim, ao lado dos processos de conhecimento e de execução, tem-se o processo cautelar como um terceiro gênero, com metas, princípios, objeto e procedimento próprios. Nesse caminho, o prof. Humberto Theodoro Júnior assevera que "a autonomia do processo mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete sobre a substância do outro, podendo, muito bem, a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencida na ação principal, ou vice-versa". (1978, p. 70)

3.4 - PROVISORIEDADE

A provisoriedade, no processo cautelar, quer significar que a situação de perigo é o motivo instaurador do mesmo e, interrompida tal ameaça, esta medida perde a sua razão de ser. Lembra-se, porém, que a potencialidade do dano somente tem relevo em face da ocorrência de um processo principal, imediata ou, mesmo futuramente.

Portanto, provisoriedade deve ser entendida como indicador da auxiliabilidade na cautelar à lide principal, de forma que, não tendo o processo cautelar natureza satisfativa, nunca se tornará definitivo. Destarte, revela-se que, se a medida cautelar é provisória, nem toda medida provisória é cautelar, como ocorre nas liminares concedidas nos mandados de segurança, ações possessórias, ações civis públicas, etc., posto que constituem antecipação do provimento principal a ser proferido.

Como bem diz o Prof. Liebman, "i provvedimenti cautelari sono sempre destinati a durare per un tempo limitato. Infatti quando il

processo principale giunge a conclusione, viene meno il problema stesso per cui furono concesso: o il diritto è stato riconosciuto esistente, e potrà ricevere piena soddisfazione; oppure è stato dichiarato inesistente e la misura cautelare dovrà essere revocata". (1957, p. 93) Há, na tutela cautelar, a busca de um provimento tendente a evitar que a solução da lide do processo principal corra em vão, sendo que aquele desaparecerá com a decretação do provimento principal ou definitivo.

3.5 - REVOGABILIDADE

No processo cautelar a sua medida não protege direito material, logo inexistente decisão de mérito, no sentido de lide de direito substancial. Assim a revogabilidade da cautelaridade conferida, em regra, dar-se-á a qualquer tempo. Portanto, desaparecida a prejudicial mutação ensejadora do processo cautelar, ausenta-se, também, o móvel do mesmo.

Nesse sentido, disserta Sérgio Seiji Shimura que "no processo cautelar, pela urgência, pela "summaria cognitio", pelo perigo na demora, pela autonomia frente ao processo principal, a medida cautelar pode ser modificada a qualquer momento, sendo-lhe inerente a natureza "sic rebus stantibus". Significa que a permanência de seus efeitos fica subordinada à continuação do estado de coisas que a ensejou." (1993, p. 29)

3.6 - REFERIBILIDADE

A referibilidade é outra característica do processo cautelar, sendo que aquela significa estar a tutela cautelar reportada a uma tutela de natureza satisfativa, assim, conforme observa Luiz Guilherme Marinoni, "o direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, satisfatividade; nunca cautelaridade. É que inexistindo referibilidade, nenhum direito é acautelado, e, portanto, nenhuma prestação de segurança". (1992, p. 79)

A referibilidade da tutela cautelar é indeclinável, pois este tipo de tutela destina-se apenas a assegurar uma pretensão, que jamais poderá ser satisfeita através da tutela de simples segurança. Assim, se inexistir direito referível (direito declinável - processo principal), haverá apenas tutela satisfativa.

3.7 - FUNGIBILIDADE

A fungibilidade que é peculiar ao processo cautelar não é aquela da forma de fundamento, v.g., fungibilidade dos recursos, mas a fungibilidade da forma da prestação da tutela reclamada, ou seja, o juiz pode conceder uma medida cautelar diferente da pleiteada, adequando os fundamentos expostos na petição inicial com os propósitos da tutela cautelar, isto para dar maior operatividade e alcance à tutela jurisdicional prestada.

Confirma ainda o Prof. Donaldo Armelin que "o juiz não está dastrito rigorosamente ao pedido da parte porque não se cuida de direito material tutelável engastado no patrimônio do requerente. Ao revés, trata-se de garantir a eficácia de instrumento de prestação da tutela jurisdicional satisfativa e, pois, desta, ou de manter o equilíbrio entre os litigantes, de sorte que a qualidade de tal prestação não possa ser prejudicada pela falta de equilíbrio." (23/123)

Essa fungibilidade é admitida na mesma necessidade do pedido, ou seja, como diz o aforismo jurídico "necessitas non habet legem". Assim, no processo cautelar, deve o órgão jurisdicional garantir a mais perfeita adequação aos fatos trazidos à juízo, na oportunidade e necessidade em que são requeridos.

3.8 - "PERICULUM IN MORA"

O "periculum in mora", para o processo cautelar, resulta de um risco que corre o processo principal de não ser útil e eficaz. Ou ainda, num dano que sofrerá a parte, em face de uma mutação, dificultando-se, com isso, a regular atuação jurisdicional.

Nessa ordem de idéias, Sérgio Seiji Shimura afirma que "se houver probabilidade de que a demora inevitável no ajuizamento da ação principal, ou no seu processamento e julgamento, venha a causar prejuízo ao autor da ação cautelar, terá ele preenchido o requisito do "periculum in mora"." (1993, p. 35). O receio de dano há que ser fundado, não em uma prova de certeza (prova do perigo), mas na plausibilidade do mesmo (justificação).

Ressalta-se que só haverá "periculum in mora" se configurado o "fumus boni iuris", numa invencível interdependência, posto que aquele será analisado objetivamente, pelos fatos justificadores resultantes da plausibilidade do dano ao bem da vida que se encontra questionado. Dessa forma, o juiz deverá afirmar seu convencimento baseado num exame superficial do direito à cautela, e não num juízo de certeza deste, a fim de viabilizar uma rápida e sumária prestação jurisdicional.

3.9 - "FUMUS BONI IURIS"

O "fumus boni iuris" resulta da busca de um fato que pertina, não a um provável direito subjetivo material, mas ineficácia do processo principal, retirando-lhe a proficuidade de resultados. Disso, nota-se que no processo cautelar, o direito acautelado não deve ser tratado como efetivamente existente, mas sim que tenha probabilidade de realmente existir.

Nesse engate, enfatiza Sérgio Shimura que o "fumus boni iuris" consiste na probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. A existência do direito acautelado é aferida no processo cautelar somente em termos de probabilidade e, por isso, seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo (summaria cognitio)." (1993, p. 36) Logicamente, havendo a plausibilidade das razões aduzidas no processo cautelar, o ordenamento jurídico autoriza o magistrado a determinar, impor, ordenar, autorizar ou vedar a prática de determinar atos, a fim de que evitem danos á parte requerente.

3.10 - COISA JULGADA

Dada a sumariedade de cognição existente no processo cautelar, que se firma não no fato mas na afirmação do fato e sua prova, possivelmente não diporá o juiz de elementos para dizer se o direito enunciado pela parte existe, daí simplesmente poder declarar que parece existir o direito (uma aparência), o que não permite entrever definitude no provimento proferido.

Nesse entendimento, observe-se o comentário de Ovídio Baptista da Silva, onde expõe que "o juiz ao decidir a causa, limita-se a afirmar a simples plausibilidade da relação jurídica de que o autor se afirma titular, e a existência de uma situação de fato de perigo. Ora, como se sabe, o juízo sobre fatos jamais adquire o selo da indiscutibilidade, pois sobre elas não se estende a coisa julgada.." (1986, p. 208). Assim, no processo cautelar, não há coisa julgada material, pois que do acalamento ou não de seu pedido, não há um juízo que se estende à totalidade da lide, alcançando o direito subjetivo material questionável.

Há, sim, no processo cautelar, a corporificação do princípio do "non bis in idem", ou seja, as sentenças que declararem a ineficácia da medida cautelar ou negarem a sua procedência, importarão em proibir a renovação do pedido com idêntico fundamento. Assim, a parte interessada só poderá fomentar pedido com novo fundamento, ainda que contemporâneo ao anterior, sob pena de repetição de pretensões, o que desgastaria os postulados da economia da máquina judiciária.

3.11- SUMARIEDADE DE RITO E DE COGNIÇÃO

No processo cautelar, por tratar-se de uma espécie de tutela de urgência, para atingir a efetividade a que se destina, necessária é a comunhão entre a sumariedade formal (procedimento) e sumariedade material (cognição), compatibilizando aceleração do procedimento com cognição sumária.

Dessa maneira, Luiz Guilherme Marinoni diz que " ... enquanto no processo formalmente sumário pode ser exauriente, no

processo materialmente sumário a cognição é, necessariamente, menos aprofundada no sentido vertical. Somente esta espécie de cognição permite a efetividade da tutela cautelar, bem como a tutela sumária antecipatória" (1992, p. 61) Por esse raciocínio, percebe-se que no processo cautelar, em razão de sua função assecuratória, a sua forma e seu conteúdo são abreviados, pelo fato da probabilidade da situação de perigo poder neutralizar o provimento satisfativo a ser proferido; daí privilegia-se a celeridade, distanciando-se da segurança (certeza).

4 - DA COGNIÇÃO NO PROCESSO CAUTELAR

O processo cautelar, por pressupor a urgência, não se coaduna com uma cognição exauriente, pelo simples fato de que este tipo de cognição acarretaria a demora que ele, justamente, pretende atenuar. Por isso, no processo cautelar, a cognição a ser efetivada pelo magistrado será a sumária, ou seja, um exame superficial próprio à especificidade da pretensão alinhada.

Em razão da superficialidade dessa cognição, busca se, conforme esclarece Calamandrei, "un giudizio di probabilità e di verosimiglianza" (1936, p. 63); de tal sorte que o juiz (sujeito cognoscente) irá proceder à análise e valoração das alegações produzidas pela parte (objeto cognoscível), através da afirmação do fato e sua prova e pela afirmação do fato, respectivamente. Isto porque, enquanto no juízo de probabilidade encontra-se a cognição sumária típica-técnica utilizada no processo cautelar, tem-se no juízo de verossimilhança a cognição superficial, encontrada, em regra, nas medidas liminares.

Assim, percebe-se que a superficialidade da cognição sumária possui graus de probabilidade, tendo estes sido estudados por Malatesta, que apresenta os seguintes resultados: "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." (1960, p. 68)

Por esta classificação, portanto, podem enquadrar-se as liminares como probabilidade mínima (verossímil), em razão da superficialidade máxima - afirmação do fato - ; as ações cautelares como probabilidade média (provável), em função da afirmação do fato e da produção de algumas provas; e, por último, a máxima probabilidade (probabilíssimo) que, por sua vez, entende-se não configurar cognição sumária, pois para aquela se efetivar é preciso um aprofundamento no exame do bem questionado, o que não condiz com o caráter de urgência das tutelas sumárias.

De conseguinte, somente a sumariedade de cognição no processo cautelar não é suficiente para atingir a sua efetividade, conquanto necessita aquele, também, da sumariedade de rito, o que marcará o ritmo da atuação do juiz. Deve, pois, o procedimento ser simplificado, para que nele se desenvolva a atividade cognitiva do magistrado, mesmo sem o esgotamento da atividade jurisdicional. Comenta Betina Rizzato Lara, que "na cognição sumária existe uma redução de provas em relação àqueles processos de cognição exauriente, pois se assim não fosse não haveria como ser sumária a sua cognição." (1993, p. 28)

No processo cautelar, havendo um juízo de probabilidade frente aos fatos apresentados, a tutela sumária deverá ser prestada, o que não causará prejuízo à cognição vertical e horizontal (satisfativa) e mesmo violação ao direito à ampla defesa e às provas pertinentes, posto que a parte, em razão da provisoriedade, modificabilidade e sumariedade de cognição, terá oportunidade de alterar o provimento conferido através de recurso próprio, ou pela exaustividade das provas a se apresentarem no processo principal.

Ressalte-se que a sumariedade no processo cautelar não significa que a atividade cognitiva exercida pelo magistrado seja incompleta. Isto porque o próprio fim colimado para a tutela cautelar, em operacionalizar integralmente a jurisdição, justifica a redução de

seus atos e formalidades (rito), não comprometendo, todavia, a investigação do órgão judicante, que deve ser sumária, porém completa, tendo em vista a adequação dos meios à objetivação dos fins.

Nesse raciocínio acentua Marcus Vinicius de Abreu Sampaio que "... a atividade cognitiva do juiz no processo cautelar é restrita devido à sua característica de sumariedade, característica essa que, insistimos em repetir, decorre do rito que se lhe impôs o legislador, que, por sua vez, se explica pela própria justificativa pragmática de sua existência no ordenamento jurídico." (1993, p. 83) A atividade cognitiva do magistrado no processo cautelar, para os fins a que se destina, como meio predisposto ao êxito da providência definitiva, é segurança da própria tutela jurisdicional, que, conquanto sumária, é suficiente à sua destinação.

5 - CONCLUSÃO

O trabalho teve como escopo a demonstração de que a cognição no processo cautelar está envolvida com a segurança estrutural da tutela jurisdicional, visando o respeito às garantias constitucionais e às realidades jurídica, política e social emergentes, o que fornece ao aplicador da lei condições de prevenir e solucionar conflitos, podendo, pois, declarar incidentes regras jurídicas providas de valorização do homem.

A cognição no processo cautelar não é um fim, senão um meio de instrumentalizar o acesso à justiça. Nessa ordem, somente a sua concepção de reformadora, em prol do desenvolvimento da ciência jurídica, fará atuar a vontade do direito justo.

De tudo isso, conclui-se:

a) O processo cautelar como "tertium genus" surge como remédio preventivo e provisório, visando ao auxílio do processo principal, não tendo aquele, entretanto, nenhum vínculo com o mérito da demanda satisfativa;

b) É imprescindível a efetiva cognição no processo, pois é aquela um dos meios para a instrumentalização deste, uma vez que, como técnica processual para a concepção de diferentes tipos de procedimento, adequa a globalidade do ordenamento jurídico à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada.

c) Pode-se dizer, hodiernamente, da existência de princípios processuais constitucionais, confirmando que a instrumentalidade do processo encontra guarida nas normas da Constituição Federal, dando, tanto ao legislador (na feitura da norma) quanto ao intérprete (operador do direito), elementos para uma compreensão sistêmica e atuante do processo, a fim de uma adequada cognição da lide;

d) Somente uma visão generalizada das espécies de cognição dará ao intérprete e ao aplicador da norma condições de fazer com que o processo seja, verdadeiramente, um instrumento de deslinde dos conflitos de interesse, uma vez que deve existir congruência entre o tipo de cognição e o tipo de tutela prestanda;

e) O caráter assegurador do processo cautelar ativa a tutela do Poder Público, de modo que a ordem jurídica seja justa em atenção às disparidades de formas e forças no acesso à justiça, universalizando, por conseguinte, a jurisdição;

f) O processo cautelar, na plenitude de suas relações jurídicas, tanto na forma quanto na substância, timbra-se pelo aspecto publicístico, dada a sua preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional, sendo, destarte, o mais público dos processos, haja vista que serve tanto ao processo de conhecimento quanto ao processo de execução;

g) A cognição no processo cautelar é completa à sua destinação. Conquanto sumária, não compromete a investigação do órgão judicante, tendo em vista a adequação dos meios à objetivação do fins.

6 - BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Leopoldino Marques do. A justiça do Terceiro Milênio, "in" Revista de Processo, São Paulo, vol. 62.
- ARMELIN, Donaldo. A Tutela Jurisdicional Cautelar, "in" Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 23.
- _____. O Acesso á Justiça, "in" Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo, vol. 31.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a efetividade do Processo. "in" Temas de Direito Processual, 3ª série, São Paulo, Editora Saraiva, 1984.
- CALAMANDREI, Piero. "Introduzione Allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari", Ed. Cedam, Pádua, 1936.
- CALMON DE PASSOS, Joaquim José. Comentários ao Código de Processo civil, vol. X, Tomo I, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984.
- _____. Democracia, Participação e Processo, "in" Participação e Processo. Coord. Ada P. Grinover, C.R. Dinamarco e Kazuo Watanabe Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.
- CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant, Acesso á Justiça Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Editora Fabris, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 7ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo, 2ª ed., São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. Fundamentos do Processo Civil Moderno, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- GUILLÉN Victor Fairen, "juicio ordinario, plenarios rápidos sumario, sumaríssimo", "in" Temas del Ordenamiento procesal, Ed. Tecnos, Madri, 1969, "apud" Luiz Guilherme Marinoni, "in" Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, Ed. R.T., São Paulo, 1992.

- LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, tomo I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980.
- LARA, Betina Rizzato. Liminares no Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di Diritto Processuale Civile, v. I, Ed. Giufré, Milano, 1957, "apud" Luiz Guilherme Marinoni, "in" Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, Ed. R.T., São Paulo, 1992.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das Provas em Matéria Criminal, trad. Alexandre Augusto Vieira, Saraiva, 1960, "apud" Kazuo Watanabe, "in" Da cognição no Processo Civil, Ed. R.T., São Paulo, 1987.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela antecipatória, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
- _____. Considerações acerca da tutela de cognição sumária, "in" Revista dos Tribunais, vol. 675.
- NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil Anotado, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.
- NÉRY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. Normas Jurídicas Individualizadas. Teoria e Aplicação, São Paulo, Editora Saraiva, 1993.
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. O Poder Geral de Cautela do Juiz, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- SANDIM, Emerson Odilon. O Processo Cautelar e as Medidas Afins, "in" Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, vol. 19.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. Arresto Cautelar, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil, v. III, Ed. Fabris, Porto Alegre, 1993.

- _____. Comentários ao Código de Processo Civil, v. VI, Ed. Lejur, Porto Alegre, 1986.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar, Ed. Leud, São Paulo, 1978.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna "in" Participação e Processo (coord. Ada P. Grinover, C. R. Dinamarco e Kazuo Watanabe), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. Da cognição no Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.