

COGNIÇÃO EXAURIENTE E SUMÁRIA: SEGURANÇA VERSUS EFETIVIDADE*

André de Albuquerque Cavalcanti Abudd
Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O presente estudo trata do conflito estabelecido entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade, sempre que se ache diante da opção entre modalidades de procedimentos fundados em cognição exauriente e cognição sumária. A tensão entre princípios exige harmonização, sem que se opte pela aplicação de um em desprezo ao outro. Nessa tarefa, o operador do direito conta com as balizas impostas pelo legislador, bem como com regras de calibração presentes no sistema.

Abstract:

The present study treats about the conflict between the principles of juridical safety and effectiveness that arises from the choice of the procedures based in exhaustive or summary cognition. The tension between those two principles demands harmonization, without the possibility to choose one of them over the other. In this task, the law operator counts on the guidelines imposed by the legislation, as well as the “calibration rules” presented in the system.

Unitermos: cognição exauriente e sumária; segurança e efetividade; conflito entre princípios.

“À boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A instrumentalidade do processo, p. 232)

* Monografia vencedora do *Prêmio Departamento de Direito Processual*, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 2001, quando o autor cursava o quarto ano da graduação.

A cognição e a tutela jurisdicional diferenciada

Constitui truísmo, hoje em dia, apontar a efetividade do processo como síntese das preocupações metodológicas dos seus operadores. Essa busca tem raízes na própria natureza instrumental do processo civil moderno, que procura, na clássica expressão de Chiovenda, proporcionar a quem tenha razão, até o limite do praticamente possível, “tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir”¹

O processo só terá cumprido sua função instrumental, portanto, na medida em que seja apto a conceder uma tutela adequada e efetiva, isto é, aquela que permita uma aproximação máxima entre o direito subjetivo concedido no plano do direito material e o seu reconhecimento em sede processual, culminando com a concreta oferta do bem ou situação jurídica ao titular da pretensão.^{2 3}

Dentre os inúmeros mecanismos adotados pelo sistema, ou preconizados pela doutrina, com vistas a atingir esse amplo objetivo de efetividade, sobressaem as tutelas diferenciadas, importante instrumento de ajuste da tutela jurisdicional às peculiaridades inerentes a cada relação de direito material. Essa diferenciação pode ser entendida em dois sentidos diversos, de acordo com Proto Pisani⁴: um deles abarca aqueles procedimentos de cognição plena e exauriente, modelados de acordo com as particularidades de cada situação substancial controversa; o segundo refere-se às formas típicas de tutela sumária, calcadas em cognição não-exauriente, cujo objetivo é evitar os males que o tempo pode causar sobre o processo e seus resultados.

Emerge a cognição, portanto, em suas diversas modalidades, como técnica central de adaptação do processo às especificidades dos direitos. Este conjunto de atividades intelectuais⁵ pode ser visto em dois planos distintos, um relativo à sua

1. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Rivista del diritto commerciale*, v. 9, parte I, 1911, p. 110.

2 Este é o problema central da efetividade do processo, na visão de WATANABE (*Da cognição no processo civil*, 2ª ed., Campinas, Bookseller, 2000, p. 21). A síntese da amplitude do tema está na definição de DINAMARCO, para quem essa expressão resume a “idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais” (*A instrumentalidade do processo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 270).

3 Cf., sobre o tema da correspondência entre direito material e direito processual, BEDAQUE, *Direito e processo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, *passim*.

4 *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 4, 1979, p. 538.

5 Na definição de WATANABE, a cognição é “prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo” (*Da cognição cit.*, p. 58).

extensão (*plano horizontal*), outro à sua profundidade (*plano vertical*). Tomada horizontalmente, a cognição pode ser plena ou parcial (*limitada*), de acordo com os limites autorizados de sua abrangência. Já sob o plano vertical, a cognição pode ser classificada em exauriente ou sumária, em correspondência ao grau de profundidade adotado. São as combinações dessas diversas modalidades de cognição que possibilitam a concepção de processos com procedimentos diferenciados.⁶

Para os fins a que predisposto o presente estudo, interessa mais de perto a classificação da cognição em *exauriente e sumária*.

De fato, a sumarização da cognição é técnica destinada a garantir o resultado útil do processo, na medida em que permite a concessão de tutelas jurisdicionais com celeridade, fulcradas em juízos de probabilidade e verossimilhança,⁷ nos casos em que a cognição plena se afigura desnecessária, ou até mesmo danosa ao direito a ser tutelado.⁸

Dentre as várias espécies⁹ de tutela sumária, duas vêm assumindo notável destaque no sistema processual: as antecipações de tutela e as medidas cautelares.¹⁰ Em razão dessa importância, portanto, elas concentrarão as atenções deste trabalho.

O que difere, basicamente, ambas essas modalidades de tutela é o fato de que as primeiras visam a tutelar o próprio direito postulado, influenciando diretamente a vida das pessoas, ao passo que as cautelares pretendem guarnecer os meios exteriores que podem ser úteis ao processo, para o correto exercício da jurisdição. Enquanto as tutelas antecipadas conferem, imediatamente, o bem da vida pretendido a quem

6 Cf. WATANABE, *Da cognição cit.*, pp. 111 e ss.

7 Cf. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 1936, trad. port. de C. R. A. Bassi, *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, Campinas, Servanda, 2000, p. 99.

8 Manifestando-se sobre o tema, WATANABE afirma que “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” (*Da cognição cit.*, p. 128).

9 Todas, no dizer de PROTO PISANI, objetivando (a) evitar os custos do processo de cognição exauriente quando presumivelmente não há contestação plausível (p. ex., processo monitorio); (b) assegurar a efetividade da tutela jurisdicional nas situações, de caráter não exclusivamente patrimonial, que sofreriam prejuízo irreparável diante do decurso do tempo (tutela sumária antecipada, p. ex.); ou (c) evitar o abuso do direito de defesa (p. ex., antecipação da tutela prevista no art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil) (*La tutela sommaria*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, p. 322 *apud* CRUZ E TUCCI, *Ação monitoria*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 15).

10 Cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo, Malheiros, 1998. p. 24.

provavelmente tem razão, as medidas cautelares, apenas em um segundo momento, produzem resultados que afetam a órbita jurídico-material das pessoas.¹¹

De todo modo, como acentua DINAMARCO,¹² muito mais decisivos do que as diferenças¹³ entre essas duas espécies, são os laços teleológicos e estruturais que as unem, fazendo-as convergir para um mesmo gênero: o das medidas urgentes. Realmente, ambas têm o objetivo maior de evitar que o decurso do tempo comprometa o resultado da função jurisdicional.¹⁴ O reconhecimento dessa natureza comum entre as tutelas cautelar e antecipada ganhou impulso legislativo com o novo § 7º, acrescido ao art. 273 do Código de Processo Civil, portador da regra da *fungibilidade*¹⁵ entre essas *medidas urgentes*.¹⁶

2 - Cognição e efetividade

A preocupação com os efeitos do tempo sobre o processo constitui apenas um dos aspectos inerentes à problemática da efetividade.¹⁷⁻¹⁸ Esta, tomada em toda sua abrangência, constitui problema alheio ao presente propósito.¹⁹

11 Cf. DINAMARCO, *O regime jurídico das medidas urgentes*, in RF 356, p. 33.

12 Cf. DINAMARCO, ob. cit., p. 33.

13 Um rol exaustivo das diferenças estruturais entre essas duas medidas pode ser encontrado em ARRUDA ALVIM, *Tutela antecipatória – algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas*, in WAMBIER (org.), *Repertório de doutrina e jurisprudência sobre liminares*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 42.

14 É ainda DINAMARCO quem lembra que o Código de Processo Civil italiano corrobora a natureza precípua comum entre ambos os institutos, ao destinar a norma do artigo 700 às medidas de urgência atípicas (ob. cit., p. 33).

15 Cf. DINAMARCO, *A reforma da reforma*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 91.

16 *In verbis*: “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

17 Para se ter uma idéia da amplitude do tema, cf. BARBOSA MOREIRA, *Notas sobre o problema da “efetividade” do processo*, in GRINOVER et al., *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*, São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 203-204. Cf. também, do mesmo autor, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, in *Temas de direito processual*, 2ª série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 21-29.

18 CAPPELLETTI considera a duração excessiva do processo apenas um dentre sete óbices genéricos ao acesso efetivo à justiça (em colaboração com GARTH, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, 1978, trad. port. de E. G. Northfleet, *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988, pp. 15-28).

19 É preciso ter sempre em mente o alerta de DINAMARCO, para quem “a temática da efetividade do processo é, na realidade, muito complexa. A quem muito se em penhe nela, desavisadamente, ocorre o

Não há que se falar em tutela jurisdicional efetiva, se esta estiver desprovida do atributo da tempestividade.²⁰ O decurso do tempo pode trazer graves danos ao litigante que, apesar de ver reconhecido seu direito no plano processual, não chega a perceber os efeitos do provimento concedido em seu favor, seja porque o processo não dispõe mais de meios para produzir um resultado útil, seja porque o próprio direito material já pereceu.

DINAMARCO²¹ enuncia três hipóteses em que o extenso lapso temporal pode ser nocivo. A primeira delas é a do processo cujo provimento de mérito só é concedido quando o direito reconhecido já fenecceu; a segunda é representada pela tutela que só chega após muito tempo, mediante “muito sofrimento do titular de direitos”; a terceira, por fim, abrange os casos em que o processo perde os meios externos inerentes ao bom exercício da função jurisdicional. Essa função estatal, aliás, fica prejudicada em qualquer das hipóteses acima, uma vez que a tutela por ela outorgada será, respectivamente, inexistente, intempestiva e, em todos os casos, injusta. “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, advertiu RUI BARBOSA nos albores do século XX.²²

Nesse sentido, bastante simbólica a expressão de CARNELUTTI,²³ para quem o tempo é um “inimigo” do processo, “contra o qual o juiz deve lutar sem descanso”

Não há quem negue o caráter pernicioso do tempo no processo, nos casos em que este tem uma duração patológica e excessiva. A espera razoável pela tutela jurisdicional é mesmo corolário do devido processo legal.²⁴

O fato é que a própria duração ordinária do processo de conhecimento pode constituir ameaça à plena realização dos direitos. Esse prejuízo costuma ser

risco de perder-se na extensão e enveredar por toda a área do direito processual -, o que certamente diluiria as observações fundamentais no cipoal de tantos institutos e problemas específicos, minando-lhes a utilidade” (*A instrumentalidade* cit., p. 273).

20 No pitoresco enfoque de CALAMANDREI, as medidas ‘cautelares’ visam a “impedir que a soberania do Estado, na sua mais alta expressão que é a da justiça, se reduza a uma tardia e inútil expressão verbal, uma vã ostentação de um lento mecanismo, destinado, como os guardas da ópera burlesca, a chegar sempre demasiado tarde” (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 1936, p. 144, *apud* OVIDIO BAPTISTA, *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 104).

21 *O regime jurídico* cit., p. 32.

22 *Oração aos moços*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Ediouro, 1997, p. 74.

23 *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, n. 232, p. 354.

24 Cf. CRUZ E TUCCI, *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*, in *Repro* 66, pp. 72 e ss..

chamado pela doutrina de *dano marginal*²⁵ representado pelo custo inerente à caminhada processual, provocado àquele que dela precisou para ver satisfeita sua pretensão. Nesses casos, o resultado do processo afasta-se do ideal chiovendiano de que “a necessidade de utilizar-se do processo por quem tem razão não pode reverter em dano a quem dele precisou para obtê-la”²⁶.

E são muitos os meios de que o sistema lança mão para defender o processo dos males do tempo. A execução provisória, por exemplo, antecipa alguns atos de invasão patrimonial previamente à cristalização dos efeitos da sentença condenatória. A atribuição do caráter de título executivo a certos documentos, de outra parte, permite a supressão de toda a espera inerente ao processo de conhecimento. Com esse fim, ainda, a suspensão da prescrição pela citação válida (CPC, art. 219) e a reestruturação da organização judiciária, com vistas à otimização de seu trabalho.²⁷

Dentre eles, no entanto, as formas de *cognição sumária* aparecem como o instrumento mais incisivo de combate aos malefícios do tempo.²⁸ Em certas situações, para que se garanta a efetividade da tutela é necessário que se concedam provimentos baseados em cognição não aprofundada.²⁹ Nesses casos, a urgência não se concilia com o tempo necessário à completa produção probatória,³⁰ antes da emissão da tutela.³¹

As formalidades inerentes ao processo de conhecimento, seja ordinário

25 A expressão é de ENRICO FINZI, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926, n. II, p. 50, *apud* CALAMANDREI, *Introduzione allo studio cit.*, p. 37.

26 CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I, Napoli, Jovene, 2ª ed., 1935, p. 147 *apud* CALAMANDREI, *ob. cit.*, p. 41.

27 Todos os exemplos são de BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada cit.*, p. 19, exceto o último, formulado por CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade e processo cautelar*, in *Ajuris* n. 61, p. 175, e WATANABE, *Da cognição cit.*, p. 144.

28 CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA chega a atribuir à liminar o caráter de “principal, senão o único, instrumento do sistema jurídico brasileiro capaz de dar uma solução rápida e expedita para o conflito, em presença da possibilidade de dano à situação material a antes da certeza decorrente da declaração definitiva do Direito” (*Efetividade e processo cautelar cit.*, p. 176). Para THEODORO JÚNIOR, a introdução do instituto da tutela antecipada foi “o maior passo dado pela reforma de nosso direito processual civil em busca do ideal da efetividade da prestação jurisdicional” (*O processo civil brasileiro no limiar do novo século*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 227).

29 Cf. ARMELIN, *Tutela jurisdicional diferenciada*, in *Repro* 65, pp. 50-51.

30 Cf. MARINONI, *Novidades sobre a tutela antecipatória*, in *Repro* 69, p. 105.

31 Daí falar-se na antecipação de atos como “*modificazione della disciplina temporale di un determinato procedimento*” (TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza – struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, Cedam, 1983, p. 16).

ou sumário,³² imperativas da busca da certeza quanto à situação controvertida, não se coadunam com aquelas situações que exigem maior celeridade na prestação jurisdicional.³³ É necessário, então, que o sistema lance mão de medidas protetoras dos direitos, ainda que provisórias.

E essas medidas urgentes, aptas a proteger o resultado do processo, encontram justificativa na garantia constitucional do acesso à justiça (CF, art. 5º. inc. XXXV). É este dispositivo que contém a promessa de uma tutela *efetiva, adequada e tempestiva*, sem a qual nenhuma justiça é obtida.³⁴ Realmente, o acesso à *ordem jurídica justa*³⁵ só é conquistado na medida em que as tutelas sejam adaptadas às particulares necessidades de cada relação jurídica. Estando esta ameaçada pelo decurso do tempo, a tutela só será efetiva na medida em que a guarneça. Essa a primordial função da *cognição sumária*.

3 Cognição e segurança

O processo, como síntese de atos realizados mediante progressão (procedimento) e de desenvolvimento da relação entre seus sujeitos (relação processual),³⁶ tem necessariamente uma duração.

Isso porque o “processo judiciário, como instrumento de composição da lide (em âmbito extrapenal) ou resolutório de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal), reclama, em homenagem a um elementar postulado de segurança jurídica, o respeito a uma série de garantias das partes (*due process of law*), cuja observância se faz incompatível com a precipitação”³⁷

32 O procedimento sumário, apesar do nome, não se funda em cognição sumária. Caracteriza-se “apenas pela abreviação do *iter* procedimental, em nada interferindo com a cognição”. (WATANABE, *Da cognição* cit., p. 115).

33 Cf. MARINONI, *Tutelas diferenciadas e realidade social*, in RODRIGUES (org.), *Lições alternativas de direito processual*, São Paulo, Acadêmica, 1995, p. 134.

34 A verbalização desses três predicados da tutela jurisdicional deve-se a WATANABE, para quem o “inciso XXXV do art. 5º não procura assegurar apenas o mero acesso nominal à Justiça, mas sim um acesso que propicie um tutela efetiva, adequada e tempestiva de direitos” (*Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer*, in *Revista especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, v. 1, 1997, p. 49).

35 Também essa sintética e densa expressão é da lavra de WATANABE.

36 Cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 282-283.

37 CRUZ e TUCCI, *Garantia da prestação jurisdicional* cit., pp. 72-73.

Atento a isso, CARNELUTTI³⁸ aponta para o caráter contraditório da idéia de uma justiça rápida e segura: “*se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura*”. Alegoricamente, “*il seme della verità mette degli anni, perfino dei secoli, per diventare una spiga (veritas filia temporis)*”

A Constituição Federal garante às partes, no processo, a observância do devido processo legal, com todos os corolários a ele inerentes (CF, art. 5º, inc. LIV). Dentre esses, assumem vital relevância o contraditório³⁹ e a ampla defesa⁴⁰ (CF, art. 5º, inc. LV), destinados a impedir toda sorte de surpresas e segredos, inadmissíveis num processo que se pretenda democrático.⁴¹

O resultado da atividade jurisdicional só terá cumprido fielmente seu objetivo instrumental na medida em que faculte às partes a ampla participação nos seus destinos. A todo momento, devem elas ter a possibilidade de debater as questões envolvidas na causa, podendo reagir às afirmações feitas pela parte contrária.⁴² O sistema processual deve oferecer aos litigantes, ao longo de todo o procedimento, oportunidades para “participar pedindo, participar alegando e participar provando”⁴³

Mas não só às partes se endereça o contraditório. O juiz também deve participar ativamente das atividades desenvolvidas no processo,⁴⁴ de modo que tenha o mais intenso contato com os elementos constantes dos autos, indispensáveis à correta formação de seu convencimento.⁴⁵

38 *Diritto e processo* cit., p. 154.

39 Esta garantia, na completa visão de BARBOSA MOREIRA, “significa, antes de mais nada, que a ambas as partes se dão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas: seria manifestamente inadmissível a estruturação do procedimento por forma tal que qualquer dos litigantes ficasse impossibilitado de submeter ao juiz a indicação dos meios de prova de que pretende valer-se. Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão judicial. Também significa que as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados” (*O princípio do contraditório na atividade de instrução*, in *RePro* 35, p. 232-243).

40 Sobre o tema, v. GRINOVER, *O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo*, in *O processo em sua unidade – II*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 56-69.

41 Cf. PORTANOVA, *Princípios do processo civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p. 161.

42 Cf. CARLOS ALBERTO ÁLVARO OLIVEIRA, *Garantia do contraditório*, in CRUZ E TUCCI (org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, esp. p. 144.

43 DINAMARCO, *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*, in *Fundamentos do processo civil moderno*, 3ª ed., t. I, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 125.

44 Essa conduta decorre da moderna perspectiva do *ativismo judicial*. “A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de direção, de prova e de diálogo. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente” (DINAMARCO, ob. cit., p. 131).

45 Cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada* cit., p. 86. Cf. também NERY JÚNIOR, *Princípios do processo civil na constituição federal*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 129-130.

As tutelas calcadas em *cognição exauriente* e plena, portanto, na medida em que resultam de vasta dilação probatória, bem como de ampla discussão e valoração dos seus resultados, aparecem como instrumento por excelência do princípio da *segurança jurídica*. De acordo com ele, só se permite a invasão na esfera de direitos do sujeito após ter tido ele franca possibilidade de alegar suas razões, produzindo as provas tendentes a confirmá-las.⁴⁶

4 – O conflito

4.1– Delineamento

Feitas as observações precedentes, salta aos olhos o conflito estabelecido entre a exigência de *efetividade*, a demandar em alguns casos o recurso às formas de *cognição sumária*, e a necessidade de *segurança*, apenas prestigiada por meio de uma *cognição exauriente*.

Na condição de expressões que designam princípios, os termos *segurança* e *efetividade* são bastante vagos e ambíguos.⁴⁷ Tanto assim é que alguns autores afirmam serem as medidas urgentes imperativo da *segurança jurídica* do direito ameaçado.⁴⁸ Do mesmo modo, sustenta-se que a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, com ampla dilação probatória, visa à *efetividade da tutela jurisdicional*, vez que a tutela corresponderá mais proximamente à verdade real.⁴⁹ Como já se notou, o sentido empregado a tais expressões no presente estudo, em correspondência ao tema proposto, é o contrário. A opção por uma ou outra nomenclatura advém de mera convenção.⁵⁰

46 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais*, in WAMBIER (org.), *Repertório de doutrina e jurisprudência sobre liminares*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 85.

47 “Os problemas em torno da ambigüidade diferenciam-se, em parte, das questões sobre a vagueza, pois a incerteza que pretendem indicar refere-se não ao desconhecimento dos objetos ou situações aos quais se pode aplicar o rótulo, mas sim por não possuírem uma clareza paracontextual sobre os diferentes critérios designativos articuláveis ao termo. Em suma, dizemos que um termo é ambíguo quando temos dúvidas sobre qual a classe a que rótulo se aplica. Especificada a classe, pode surgir a dúvida em torno de sua extensão. Estaremos, então, frente a um problema de vagueza” (WARAT, *O direito e sua linguagem*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, pp. 78-79).

48 Cf. CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade e processo cautelar* cit., p. 177; CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA, *Segurança jurídica e jurisprudência – um enfoque filosófico-jurídico*, São Paulo, Letras Trabalhistas, 1996, p. 18.

49 Cf. BARBOSA MOREIRA, *Notas sobre o problema da “efetividade”* cit., p. 203.

50 “Las dificultades prácticas pueden superarse si tomamos la precaución de precisar, en todos los casos de posible duda, el sentido con que hemos empleado tal o cual palabra o expresión” (CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, p. 28).

Ambos os valores são extremamente caros ao ordenamento, dada sua natureza constitucional, já apontada alhures. O devido processo legal, de um lado, impõe seja observado, durante todo o curso processual, o pleno contraditório, com as formalidades a ele ligadas, previstas em lei, para que só então o vencido seja privado de seus direitos. De outra parte, o devido processo legal, por meio de seu corolário do acesso à justiça, consubstancia a promessa, feita pelo Estado, de que ao titular de direitos será concedida a respectiva tutela.⁵¹⁻⁵² E esta, por vezes, deverá adequar-se às necessidades de urgência da relação material, sob pena de nem ser tutela.

Depara o aplicador do direito com duas situações merecedoras de atenção, ambas tendo por eixo comum o fator *tempo*. De um lado, este é essencial para que o processo seja realizado com todas as suas garantias, em prestígio ao valor da segurança jurídica; de outro, o tempo é o maior inimigo da tutela que precisa ser urgente, diante do risco de perecimento do direito, e portanto de total inefetividade da jurisdição.⁵³

Diante de tal antagonismo, tem o operador duas difíceis opções: ou penaliza o autor, impondo-lhe todo o custo do tempo necessário para que o processo chegue ao seu termo, até mesmo correndo o risco de que a tutela se torne ao final inútil; ou confere a determinadas situações medidas tendentes a garantir a efetividade da tutela, atribuindo ao réu o ônus de ter contra si uma decisão cuja correção e justiça são discutíveis.⁵⁴

O conflito entre esses valores exige harmonização, uma vez que ambos são indispensáveis dentro do sistema, e possuem igual peso diante da ordem constitucional. O que não pode ser feito, em hipótese alguma, é optar por um em total desprezo ao outro,⁵⁵ sob pena de dar-se à situação concreta solução inconstitucional.⁵⁶

51 Cf. CRUZ E TUCCI, *Garantia da prestação jurisdicional* cit., p. 76.

52 Como se vê, certo está DINAMARCO quando afirma que a garantia do devido processo legal “tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, numa fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma”. (*Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 243).

53 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação de tutela e colisão* cit., p. 87.

54 Cf. OVIDIO BAPTISTA, A “plenitude de defesa” no processo civil, in SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (org.), *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo, Saraíva, 1993, p. 155.

55 Cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada* cit., p. 87.

56 A final, “el Derecho no quedará justificado sino en la medida en que cumpla las exigencias de tales valores (jurídicos) hasta donde sea humanamente posible” (RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1973, p. 296).

A coordenação entre a efetividade e a segurança, como de resto entre quaisquer valores,⁵⁷ demanda, em cada caso, o abrandamento de algum deles em prol do outro.⁵⁸ Daí afirmar-se que nenhum valor é absoluto,⁵⁹ dado que sofrem comumente restrições impostas uns aos outros. Essas limitações podem vir escritas na Constituição,⁶⁰ ou advirem do próprio sistema, sempre que se ache diante da necessidade prática de harmonizar princípios colidentes.⁶¹

Na tentativa de empreender essa conciliação, um dos mecanismos encontrados pelo sistema é a adoção das tutelas provisórias, fundadas em cognição sumária. Protege-se imediatamente a relação ameaçada, diante do risco de ulterior inefetividade do resultado do processo, mas deixa-se a solução definitiva na dependência de uma cognição mais ponderada, baseada em gama maior de elementos.

No entender de CALAMANDREI,⁶² referindo-se às medidas cautelares, as exigências contrastantes de “celeridade” e “ponderação” estariam conciliadas: “entre o fazer depressa mas mal, e o fazer bem feito mas devagar, os procedimentos cautelares objetivam antes de tudo a celeridade, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do procedimento, seja resolvido sucessivamente com a necessária ponderação nas repousadas formas do processo ordinário”

De fato, as medidas urgentes parecem surgir como técnica de convivência entre os valores da segurança e da efetividade. Por meio delas, o contraditório fica

57 Sobre o tema, v. CANOTILHO, *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1992, pp. 195 e ss., LARENZ, *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 1991, trad. port. de J. Lamego, *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997, esp. p. 574 e ss., e BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993. p. 251.

58 Nas palavras de LARENZ, “em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si” (*Methodenlehre* cit., p. 575).

59 BARBOSA MOREIRA, manifestando-se sobre o assunto, assinala “que os princípios informativos do processo não são, como tais, absolutos. (...) O princípio do contraditório expressa valores dignos da maior reverência; mas não é pouco freqüente, no direito processual – e no direito *tout court* – que primeiro o legislador, e depois o intérprete e o aplicador da lei se defrontem com situações em que a um valor se contrapõe outro também merecedor de tutela, e se vejam na impossibilidade de conciliá-los de tal modo que nenhum deles sofra o mínimo detrimento. Impõe-se, nesses casos, uma opção, que há de ser guiada pela regra do ‘mal menor’”. (*A garantia do contraditório* cit., p. 238).

60 É o caso, por exemplo, do sigilo das comunicações telefônicas, cuja violação é permitida com autorização judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, inc. XII). Aqui, o interesse público na adequada apuração de um crime sobrepe-se à esfera de liberdade privada do indivíduo.

61 Exemplo de conflito prático entre princípios é o estabelecido, muitas vezes, entre o direito à privacidade e o interesse social na vida dos homens públicos.

62 *Introduzione allo studio* cit., pp. 39-40.

diferido, não abandonado,⁶³ para que se atenda a situação de emergência ameaçadora da efetividade. Também a inexistência de coisa julgada material impede a solidificação dos efeitos da decisão, até que se obtenha a necessária segurança sobre a relação controvertida.⁶⁴

Mais do que isso, as tutelas provisórias calcadas em cognição sumária operam a favor do mandamento de igualdade, visto que resgatam a idéia de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado exclusivamente pelo autor.⁶⁵ Não fosse assim, o devido processo legal seria um “privilégio processual” conferido somente ao réu, e negado ao autor, na medida em que este se veria impedido de obter a efetiva realização prática de seus direitos.⁶⁶

Essa foi a orientação que guiou o legislador, na previsão das diversas hipóteses de medidas urgentes típicas. Muitas estão contidas no Livro III do Código de Processo Civil,⁶⁷ assim como em inúmeros procedimentos diferenciados, dentro⁶⁸ e fora⁶⁹ do diploma processual, que expressamente prevêm a possibilidade de antecipação da tutela. Mesmo que assim não fosse, o “poder geral de cautela e antecipação” concedido ao juiz autoriza, diante de situação de absoluta urgência, em que o direito afirmado seja verossímil, a emissão de provimentos sumários não previstos em lei, quer tenham natureza cautelar (CPC, art. 798), quer sejam antecipatórios (CPC, art. 273).

O legislador processual, portanto, pretendeu criar um modelo de solução para o conflito entre segurança e efetividade, prevendo alguns limites dentro dos quais a concessão de medidas urgentes é possibilitada. Foram estabelecidos os mecanismos para a convivência entre esses valores, quando estiverem em rota de colisão.⁷⁰

63 Cf. MARCATO, *O processo monitorio brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 30-31.

64 “È una logica conseguenza di queste caratteristiche l’impossibilità di attribuire alla decisione del giudice l’autorità della cosa giudicata” (LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Problemi del processo civile*, Milano, Morano, 1962, p. 109).

65 Cf. MARINONI, *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 19, para quem a tutela antecipada é uma “técnica de distribuição do ônus do tempo do processo”.

66 Cf. OVÍDIO BAPTISTA, *A “plenitude de defesa”* cit., p. 154.

67 O arresto e o seqüestro, por exemplo.

68 Nas possessórias e na nunciação de obra nova, por exemplo (CRUZ E TUCCI, *Ação monitoria* cit., p. 16). Também no processo dos embargos de terceiro, e na demanda para cumprimento específico de obrigações de fazer e não fazer (WATANABE, *Da cognição* cit., p. 133).

69 É o caso da ação civil pública, ação popular, ação de desapropriação, mandado de segurança, dentre outros exemplos, também de WATANABE, ob. cit., p. 133.

70 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação da tutela e colisão* cit., pp. 87-88.

As técnicas previstas pelo legislador, entretanto, operam no plano abstrato, não dando conta, muitas vezes, da multiplicidade de situações postas diante do juiz, no caso concreto, que podem levar a um sem número de relações conflitivas. Outra não é a razão de se atribuir, ao juiz, o “poder geral de cautela ou antecipação” que intenta exatamente aplicar-se às situações não imaginadas pelo legislador, quando da elaboração das medidas típicas.⁷¹

Ao juiz cabe, portanto, enorme parcela da responsabilidade de encontrar, caso a caso, a solução prática para as exigências antagônicas de segurança e efetividade.⁷²

4.2 – Segurança versus efetividade: critérios de solução

Não há dúvidas de que os valores da segurança e da efetividade são igualmente caros ao ordenamento. Ambos são acolhidos em sede constitucional, sem qualquer desnível hierárquico,⁷³ merecendo igual atenção do operador do direito.⁷⁴

A garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV) contém a solene promessa de que àquele que tiver razão será concedida a tutela apta a proporcionar-lhe o pleno exercício do seu direito (*supra*, n. 2). É a consecução desse escopo só se torna possível na medida em que as formas de tutela sejam adaptadas às particulares necessidades das relações substanciais.⁷⁵

Por outro lado, o princípio da segurança jurídica, no que condiz com o problema da cognição,⁷⁶ está por trás das garantias do contraditório e da ampla defesa,

71 Cf. ZAVASCKI, ob. cit., pp. 87.

72 “(...) verificados os pressupostos descritos nas regras mencionadas, significa que o conflito entre segurança e efetividade está presente. Cabe ao juiz encontrar a solução mais adequada para solucioná-lo, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo legislador”. (BEDAQUE, *Tutela antecipada e tutela cautelar* cit., p. 87).

73 A hierarquia potencial, ou “possibilidade de ordenação ou graduação preferencial”. é uma das características típicas dos valores, considerados dentro de sociedade determinada, conforme ensina REALE, *Filosofia do direito*, v. I, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1962, p. 171.

74 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação da tutela e colisão* cit., p. 83.

75 “(...) 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” (WATANABE, *Da cognição* cit., p. 145).

76 Essa restrição é aqui feita em virtude da amplitude da segurança jurídica, enquanto princípio constitucional. É ela que está por trás das garantias da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, por exemplo. (Cf. CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA, *Segurança jurídica e jurisprudência* cit., p76)..

corolários do devido processo legal (CF, art. 5º, incs. LIV e LV) (*supra*, n. 3). A todos deve ser concedida a oportunidade de defender-se e demonstrar suas razões no processo, por mais inverossímeis que pareçam ser. Só assim se legitima a invasão na esfera de bens ou direitos do sujeito processual.

As modalidades de tutela fundadas em cognição sumária, como já apontado alhures, emergem como mecanismos tendentes a solucionar a tensão entre ambos esses direitos fundamentais.

Toda colisão de princípios, para ser resolvida no caso concreto, exige o abrandamento de um em benefício do outro.⁷⁷ Isso não significa que aquele postulado que sofreu prejuízo seja declarado nulo ou sua aplicação seja excepcionada.⁷⁸⁻⁷⁹

Ocorre que, tomado o caso concreto, um dos princípios deve ter maior prevalência, da mesma forma que em situação diversa resultado contrário pode ser obtido.⁸⁰ Com isto se quer dizer que em cada relação, concretamente considerada, os princípios têm um peso diferente, e que o de maior quilate deve preponderar.⁸¹

Na tentativa de harmonizar o “momento de tensão” entre princípios, portanto, o operador do direito deve destinar especial atenção às singulares circunstâncias da situação concreta, atribuindo a cada um seu peso particular *in casu*.⁸²

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, seu postulado está por trás das regras de todos os incisos entre o XXXVI e o LXXIII, do art. 5º da Constituição Federal (*Curso de direito constitucional positivo*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 126). Na relação com os graus de cognição, entretanto, a segurança relaciona-se mais de perto com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

77 “Os princípios processuais não são absolutos, até porque não são raras as situações em que a atuação de um deles de certo modo conflita ou parece conflitar com a atuação de outro, de tal maneira que é necessário compatibilizá-los com o mínimo de sacrifício para ambos, mas às vezes, inevitavelmente, com algum sacrifício (grifos nossos)” (Cf. BARBOSA MOREIRA, *Os princípios do direito processual civil na constituição de 1988*, in TUBENCHLAK e BUSTAMANTE (org.), *Livro de estudos jurídicos*, v. 4, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, p. 244).

78 Cf. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional cit.*, p. 251.

79 O princípio abrandado não é eliminado do sistema exatamente porque da incompatibilidade estabelecida entre princípios não resulta uma antinomia jurídica (GRAU, *A ordem econômica na constituição de 1988*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 100).

80 Esse é o quadro dos *jogos de princípios*, no dizer de GRAU (ob. cit., p. 200).

81 Essa atividade do intérprete é tornada possível porque “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1978, trad. port. de N. Boeira, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 42). Cf. também ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 79, *apud* BONAVIDES, *Curso de direito constitucional cit.*, p. 251.

82 Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional cit.*, p. 196.

Nesse contexto, a doutrina conferiu algumas ferramentas ao exegeta, chamadas princípios de solução, que visam a reduzir ao máximo o prejuízo eventualmente sentido a algum dos pólos colidentes, legitimando a opção pela prevalência do outro. Esquemáticamente, tem-se (a) o *princípio da necessidade*,⁸³ de acordo com o qual a limitação a direito fundamental só será viável quando não houver possibilidade, efetivamente, de convivência irrestrita com outros; (b) o *princípio da menor restrição possível*,⁸⁴ associado ao *princípio da proporcionalidade*,⁸⁵ segundo o qual a limitação a direito fundamental não poderá ir além do estritamente necessário para que se opere a harmonização pretendida; e (c) o *princípio da salvaguarda do núcleo essencial*,⁸⁶ cujo teor inviabiliza a solução que represente eliminação de um dos pólos conflitantes, ou supressão de seu postulado elementar. Este último princípio, aliás, vem positivado no art. 19, (2), da Lei Fundamental da Alemanha.⁸⁷

Impõe-se trazer a questão para o âmbito específico do conflito entre segurança e efetividade, verificado sempre que se ache diante da opção entre uma modalidade de tutela calcada em cognição exauriente e outra sumarizada (urgente).

O legislador, ao prever inúmeras hipóteses para a concessão de medidas urgentes, cuidou de traçar certos *limites*, dentro dos quais a restrição à segurança jurídica é a menor possível.⁸⁸ Criou, assim, um arcabouço teórico tendente a tornar efetivos os ditames dos princípios de solução acima expostos. São as aqui denominadas *balizas*, que tornam legítima a concessão de provimentos de urgência.

E são várias as contribuições legislativas para a conciliação das exigências contrapostas de segurança e efetividade.⁸⁹

83 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação da tutela*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 63.

84 Cf. LARENZ, *Methodenlehre* cit., p. 578, *apud* ZAVASCKI, ob. cit., p. 84.

85 Sobre o tema, cf. SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996. LARENZ recomenda o emprego desse princípio sempre que “o problema consista em determinar onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro (...) também digno de tutela” (ob. cit., *apud* ARAGÃO, *Medidas cautelares inominadas*, in *Revista brasileira de direito processual*, v. 57, p. 44).

86 Cf. CANOTILHO, ob. cit., p. 630, *apud* ZAVASCKI, ob. cit., p. 84.

87 Segundo consta da Lei, “em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado no seu conteúdo essencial” (trad. livre).

88 A definição desses limites passou a ser o problema central das tutelas antecipadas, de acordo com BOTELHO DE MESQUITA (*Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias*, in *Revista brasileira de Direito Processual*, v. 56, p. 43).

89 Além, é claro, da própria previsão legal da possibilidade de concessão das medidas urgentes, esta mesma o primeiro mecanismo legislativo de solução do conflito (*supra* 4.1).

Em primeiro lugar, tem-se que as medidas urgentes são *provisórias*⁹⁰ (CPC, arts. 273, §§ 3º e 4º e 807). A decisão que as concede tem “reduzido nível de imunidade”,⁹¹ podendo ser revista a qualquer tempo pelo órgão prolator. Seus efeitos têm duração limitada,⁹² cujo termo final é outro provimento, de caráter definitivo (sentença), que pode confirmar ou contrariar o quanto foi antes decidido liminarmente.⁹³

Assim, se no curso da instrução processual, operada posteriormente à concessão da tutela de urgência, o quadro fático-jurídico resultar contrário ao que antes parecia corresponder à verdade, nada obsta a que aquela decisão inicialmente concedida seja reformada.

Na esteira dessa primeira baliza, a execução da medida urgente (de natureza condenatória) seguirá os moldes da execução provisória, com todos os seus limites,⁹⁴ estabelecidos em respeito à inexistência de certeza sobre o direito exequendo, o que só se obterá por meio da ulterior cognição exauriente (segurança jurídica).

O segundo requisito é o da *excepcionalidade*.⁹⁵ De fato, as medidas urgentes são exceção ao sistema de cognição exauriente, vez que destinadas a tutelar aquelas situações que se encontrem diante de perigo concreto, atual e grave,⁹⁶ impositivo de um risco à própria efetividade ulterior da tutela (*periculum in mora*). Ao mesmo tempo, somente as relações que, por meio de simples cognição superficial ou sumária,

90 Há quem reserve a expressão *provisoriedade* para as antecipações de tutela, preferindo falar em *temporiedade* no trato das medidas cautelares (Ovídio BAPTISTA, *Do processo cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 86 e ss.). A distinção entre as denominações deve-se a CALAMANDREI, para quem “o conceito de provisoriedade é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de temporaneidade. Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no interim” (*Introduzione allo studio* cit., pp. 25-26).

91 Cf. DINAMARCO, *A reforma do código de processo civil*, 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 146.

92 Cf. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio* cit., esp. p. 25.

93 A doutrina costuma negar o caráter provisório de algumas medidas cautelares (produção antecipada de provas, p. ex.). De todo modo, essa constatação não infirma a provisoriedade como característica predominante em tais provimentos.

94 Exigência de caução, responsabilidade objetiva do exequente pelos danos derivados do processo executivo, vedação à realização de atos que importem alienação de domínio, etc..

95 “Somente em casos absolutamente excepcionais deve o sistema permitir a resolução da situação de direito substancial pela via do processo de cognição sumária. Toda vez que isso ocorre, tem-se a amputação de garantias constitucionais da parte contrária, privada do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, enfim”. (BEDAQUE, *Tutela antecipada e tutela cautelar*, cit., p. 77).

96 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação da tutela e colisão* cit., p. 91.

afiguem-se prováveis (no caso das cautelares, verossimilhantes),⁹⁷ autorizam a concessão da medida.

O “abuso do direito de defesa” ou o “manifesto intuito protelatório do réu”, ainda, integram o caráter excepcional das medidas urgentes, especificamente no tocante à modalidade prevista no art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil.⁹⁸

A terceira baliza legitimadora é a da *reversibilidade dos efeitos*⁹⁹ da tutela, requisito necessário para que se concedam medidas urgentes (CPC, art. 273, § 2º, *a contrario sensu*). Da própria inexistência de certeza sobre o direito postulado decorre a necessidade de que, ao menor sinal de contrariedade ao que antes se pensava provável, possa-se reconduzir as coisas ao seu estado anterior.¹⁰⁰ Fosse de outro modo, os efeitos da tutela “provisória” seriam perenes sobre a esfera de direitos do réu, e eventual equívoco na emissão do provimento não poderia ser retificado.

Como se nota, esse requisito tem estreita ligação com o da provisoriedade. Se a situação criada pela emissão da tutela pudesse ser irreversível, a decisão que a concedeu seria materialmente definitiva.

Também a *responsabilidade objetiva* (CPC, art. 811, aplicável analogicamente às antecipações) do requerente da tutela pelos danos causados à outra parte¹⁰¹ é elemento legitimador de sua concessão. Uma vez que baseadas em cognição sumária, as medidas urgentes trazem em seu bojo um potencial danoso. Realizada a

97 A distinção terminológica entre possibilidade, verossimilhança e probabilidade não é pacífica na doutrina. O sistema brasileiro parece ter adotado a classificação de CALAMANDREI, para quem o juízo de probabilidade (exigido para as antecipações) aproxima-se mais da certeza do que o juízo de verossimilhança (requisito das cautelares) (*Diritto processuale civile*, trad. port. de L. Abezia e S. D. F. Barbary, *Direito Processual Civil*, v. III, Campinas, Bookseller, 1999, p. 276).

98 Para uma análise específica dessa hipótese de medida antecipatória, v. MARINONI, *Observações sobre a tutela antecipatória*, in *Repro 79/104*, esp. p. 114 e ss..

99 É DINAMARCO quem lembra que “(...) não é da irreversibilidade do provimento que se cogita. A superveniência da sentença final, ou eventual reconsideração pelo juiz, ou o julgamento de algum agravo, podem reverter o provimento mas nem sempre eliminarão do mundo dos fatos e das relações entre as pessoas os efeitos já produzidos” (*A reforma do código de processo* cit., p. 148, nota 12). Nessa esteira, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA sugere a alteração do texto do art. 273, § 2º, para “perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento a ser antecipado” (*Comentários ao código de processo civil*, 3ª ed., v. VIII, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 1988, n. 3, p. 6).

100 Manifestando-se sobre o tema, ARRUDA ALVIM atesta que “a reversibilidade é necessária até mesmo pela regra do art. 5º, LIV, da CF, pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado ‘sem o devido processo legal’, e, ainda, teria sido esse alguém, privado de seus bens sem o contraditório e ampla defesa ‘com os meios e recursos a ela inerentes’ (CF, art. 5º, LV)” (*Tutela antecipatória* cit., p. 30).

101 Sobre o tema, v. ARMELIN, *Responsabilidade objetiva no código de processo civil*, in CRUZ E TUCCI (org.), *Processo civil – evolução – 20 anos de vigência*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 109-116.

instrução completa e constatado que o que antes parecia improvável corresponde à verdade, nada mais natural que o requerente e beneficiário da tutela provisória arque com os prejuízos daí decorrentes.¹⁰²

A exigência de *caução* (CPC, art. 804, também aplicável às antecipações¹⁰³), por fim, é também uma baliza legitimadora. Consiste em “garantia contra os danos que o requerido possa vir a sofrer em virtude da liminar”¹⁰⁴ Por outro lado, reforça a reversibilidade da medida urgente, que fica favorecida ou até mesmo assegurada se a caução for prestada e com isso se puder retornar ao estado anterior caso o autor não tenha razão afinal.¹⁰⁵

O rol acima exposto não tem a pretensão de ser exaustivo. O sistema processual dispõe de outros mecanismos que, apesar de desempenharem suas funções perante a generalidade da ordem jurídica, podem ser usados com bastante eficiência para a harmonização do conflito segurança-efetividade.

O melhor exemplo reside no ágil instrumento do mandado de segurança, que confere adaptabilidade ao sistema, na medida em que permite a revisão, pelo tribunal, do provimento liminar do juiz.¹⁰⁶ Desse modo, eventuais desacertos ou excessos na decisão de primeira instância podem ser desfeitos velozmente pelo órgão judiciário superior.¹⁰⁷ Resultado semelhante pode ser obtido pela via do agravo de instrumento, com pedido de suspensão dos efeitos da decisão recorrida.

Há situações, contudo, em que a aplicação das balizas não se presta a solucionar convenientemente o choque entre efetividade e segurança. Nesses casos, o conflito de interesses das partes é tão profundo que a opção por um deles implica o

102 Cf. DINAMARCO, *O regime jurídico* cit., p. 43.

103 É DINAMARCO quem defende a exigência de caução, nas tutelas antecipadas, fora das hipóteses em que a decisão tiver natureza condenatória (para esses casos há o art. 588, inc. I, do CPC) (ob. cit., p. 44).

104 GALENO LACERDA, *Comentários ao código de processo civil*, 4ª ed., v. VIII, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 194.

105 Cf. DINAMARCO, ob. cit., p. 44.

106 “(...)podendo, a sua vez, este provimento liminar (do mandado de segurança) ser revisto pelo órgão Colegiado na próxima sessão, sujeitando-se a decisão dele emanada ao controle dos Tribunais Superiores, por meio de recurso especial ou extraordinário, acoplado-se-lhe medida cautelar com pedido de liminar” (CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade e processo cautelar* cit., pp. 178-179).

107 “Faculta-se, destarte, um autêntico contraditório imediato, não apenas o diferido mencionado pela doutrina européia, como também e sobretudo pronto controle por pelo menos duas instâncias sucessivas superiores. Essa circunstância, além de se prestar à fiscalização externa (...) dos interesses contrapostos, reprime os eventuais abusos, adequando o instrumento à sua finalidade essencial”. (CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 179).

total sacrifício do segundo. São os chamados casos extremos, ou limite, em que a salvação de qualquer das pretensões conflitantes provoca, necessariamente, o abandono da outra.

Um bom exemplo é o do poder público que pretende dizimar rebanhos sobre os quais recai forte suspeita de transmitirem doença letal ao homem. Sua intenção encontra resistência nos interesses dos proprietários dos animais. Aqui, a concessão liminar da tutela pedida pelo primeiro compromete definitivamente o direito à segurança jurídica dos demandados. Afinal, uma vez sacrificadas as rezes, já não há razão para se discutir sua viabilidade. De outra parte, o indeferimento da medida pleiteada aniquila a pretensão à efetividade do processo, já que, transmitida a enfermidade, eventual provimento favorável ao poder público seria inútil.

Como se nota, nessas hipóteses os efeitos do provimento judicial tornam-se irreversíveis, qualquer que seja seu teor. E isso advém não da vontade do juiz, mas da própria natureza das coisas.¹⁰⁸ Nesses casos, “o perigo de irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento não pode servir de empecimento à concessão da tutela antecipatória urgente”¹⁰⁹

Apesar da estranheza que pode causar, à primeira vista, a idéia de um prejuízo irreparável provocado pela tutela urgente, essa é a única solução lógica para esses casos-limite.¹¹⁰ Não se contraria aqui a anteriormente apontada baliza da reversibilidade, mas essas situações excepcionais reclamam, para a salvaguarda de um direito, a destruição do outro, com ele colidente. A se exigir a reversibilidade, nesses casos, imporia-se sempre o prejuízo definitivo ao autor, sem perquirir sequer da probabilidade de sua pretensão.¹¹¹

108 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação da tutela e colisão* cit., p. 101.

109 MARINONI, *Novidades sobre a tutela* cit., p. 106. CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA cita, como exemplo de situação potencialmente irreversível, os alimentos provisionais do art. 852, do estatuto processual (*Comentários* cit., p. 6).

110 “Nos casos limites, (...) embora o possível efeito danoso ao interesse do demandado, não se configura um emprego abusivo da cautela, se efetivamente presentes os pressupostos indispensáveis à sua concessão” (CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade e processo cautelar* cit., p. 177).

111 Como bem lembra LUCON, “se a denegação da tutela antecipada puder provocar dano irreparável ou de difícil reparação ao autor, muito superior àquele suportado pelo réu no caso de eventual concessão, a antecipação (...) deve ocorrer. A irreversibilidade deve ser sempre analisada por mais de um ângulo, pois o processo não tem por finalidade tutelar os interesses de apenas um dos sujeitos processuais”. (*Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 268-269). A esse propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “a exigência da irreversibilidade (...) não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória (sic) não cumprir a excelsa missão a que se destina” (2ª Turma, Resp n. 144.656-ES, rel. Min. ADHEMAR MACIEL, j. 6.10.97, DJU 27.10.97).

A razão para a concessão de medidas urgentes, nessas hipóteses, é fornecida por TOMMASEO:¹¹² *“se non vi è altro modo per evitare un pregiudizio irreparabile a un diritto soggetivo che appaia probabile, si deve ammettere che il giudice possa provocare un pregiudizio anche irreparabile al diritto che gli paia improbabile”*.

A opção do julgador, portanto, tende a favorecer aquele direito que se assemelha provável, em detrimento completo daquele que parece inverossímil. E isso só se justifica ante a necessidade irretorquível de se optar por um deles apenas.

Novamente cabível a observação de TOMMASEO,¹¹³ que de tão expressiva não pode ser parafraseada: *“(...) il legislatore preferisce sia evitato un pregiudizio irreparabile a un diritto la cui esistenza appaia probabile anche al prezzo di provocare un danno irreversibile a un diritto che, in sede di concessione della misura cautelare, appaia invece improbabile: in altri termini, il diritto probabile prevale sul diritto improbabile”* (grifos nossos).

Essa difícil escolha, cabível ao juiz da causa, requer deste um exame bastante ponderado dos interesses periclitantes.¹¹⁴ São redobrados o fardo e a responsabilidade de dar a palavra final sobre o conflito efetividade-segurança, nesses casos em que o provimento judicial, baseado apenas em cognição sumária, produzirá efeitos irreversíveis sobre a esfera de direitos de um dos indivíduos.

Nessa tarefa, novamente dispõe o aplicador de mecanismos objetivos úteis. Deve o juiz valer-se de certas regras, que não compõem o ordenamento jurídico-positivo, mas integram o sistema (regras estruturais), ajustando-o conforme as necessidades do caso. Utilizando-nos da nomenclatura de FERRAZ JÚNIOR,¹¹⁵ são *regras de calibração* ou de *ajustamento* do sistema.

A primeira dessas regras é o *juízo do mal maior*, cuja formulação se

112 *Intervento no “Colloquio Internazionale”, in Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 307, *apud* MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 126.

113 *I provvedimenti d’urgenza* cit., p. 155 *apud* MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, ob. cit., p. 126.

114 “Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é mais que antecipação provisória; é concessão ou denegação da tutela em caráter definitivo” (ZAVASCKI, *Antecipação da tutela e colisão* cit., pp. 101-102).

115 *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Atlas, 1994, esp. p. 190.

deve a DINAMARCO.¹¹⁶⁻¹¹⁷ O juiz deve apreciar, em perspectiva, os males produzidos ao pleiteante da medida, caso a tutela seja denegada, assim como os males acarretados à outra parte, na hipótese de concessão. Esse raciocínio deve considerar, ainda, a probabilidade da ocorrência do dano para cada um dos lados, para aferir onde estão os maiores riscos (*juízo do mal mais provável*).¹¹⁸ Aliam-se o juízo do mal maior e do mais provável ao *juízo do direito mais forte*,¹¹⁹ por meio do qual é posto em contraste o peso jurídico representado pelas pretensões de uma e de outra parte.

Dessa forma, a solução a ser encontrada pelo julgador deve tender a evitar, a todo custo, prejuízo irremediável ao interesse que lhe pareça mais valoroso, levando-se em conta, sempre, o grau de probabilidade dos direitos em jogo.

Um exemplo torna fácil a demonstração da utilidade que possuem esses juízos, ante um conflito que exija o sacrifício de um dos interesses envolvidos. É o do beneficiário de um contrato de seguro-saúde que, diante da recusa da empresa-seguradora em custear um tratamento médico necessário à manutenção de sua vida, pretende seja ela compelida a tanto, por meio de uma liminar. A companhia, a seu turno, alega que os efeitos da tutela concedida em favor do segurado seriam irreversíveis, frente à pobreza crônica deste, impeditiva da devolução do valor pago. Entre o efeito irreversível que a antecipação da tutela provocaria sobre o patrimônio da empresa, e a consequência igualmente irreversível que a denegação da medida traria à vida do segurado, a opção deve tender, obviamente, a preservar este último interesse.

É claro que as *regras de calibração* permeiam a atividade jurisdicional em qualquer hipótese em que se ache diante do conflito segurança-efetividade, e não só nos casos-limite.¹²⁰ Isso porque tratando-se de cognição sumária, e portanto de juízo de probabilidade, sempre há um risco¹²¹ inerente à função do juiz. Ocorre, todavia,

116 *O regime jurídico* cit., p. 35.

117 No direito português, como anota LUCON, há uma regra consubstanciadora do juízo do mal maior, segundo a qual “a providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal, quando o prejuízo resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar” (Código de Processo Civil, art. 387, n. 2 *apud Eficácia das decisões* cit., p. 268).

118 Cf. LUCON, ob. cit., p. 269.

119 Cf. DINAMARCO, ob. cit., p. 35.

120 Afinal, “é evidente que, mesmo observando estes princípios (os princípios de solução elencados no início deste item), fica ainda uma margem muito ampla para uma valoração judicial pessoal” (LARENZ, *Methodenlehre* cit., p. 586). É sobre esse espaço interpretativo que atuam as *regras de calibração*.

121 “O risco assumido (...) reside na hipótese de, produzido o restante da prova, (...) vir o juiz a constatar que aquilo que entendera verossímil, na realidade, total ou parcialmente, não traduzia a real situação, que veio a revelar diferente, posteriormente” (ARRUDA ALVIM, *Tutela antecipatória* cit., p. 38). “(...) esses riscos não de ser calculadamente aceitos, desde que constituam o custo aceitável de outras vantagens certas” (DINAMARCO, *A instrumentalidade* cit., p. 251).

que seu uso assume vital importância para a resolução dos chamados casos extremos, acima apontados, dada sua especial gravidade sobre a órbita jurídica dos sujeitos processuais.¹²²

O sistema, portanto, dispõe de uma série de mecanismos, postos ao alcance do aplicador do direito, aptos a solucionarem o conflito entre os princípios da segurança e da efetividade, no âmbito das tutelas urgentes (cognição sumária). Ao legislador coube a construção de todo um modelo teórico, composto pelos requisitos ordinários das medidas urgentes e pelas balizas legitimadoras da concessão destas. Sem embargo disso, o sistema oferece também algumas *regras de calibração* ou *ajustamento*, por meio das quais é possível a resolução até mesmo dos casos considerados limítrofes.

5 – Conclusão

De acordo com CASTELLS, as últimas décadas do século XX presenciaram a consolidação de uma economia global, dotada da “capacidade de funcionar como uma unidade em tempo real, em escala planetária” A movimentação do capital é administrada em mercados integrados por todo o mundo, funcionando em tempo real pela primeira vez na história. O tempo ainda é acelerado dentro das empresas: “formas flexíveis de gerenciamento, utilização contínua de capital fixo, desempenho intensificado de trabalhadores, alianças estratégicas e conexões interorganizacionais, tudo isso promove a compressão do tempo de cada operação e a aceleração da movimentação de recursos”¹²³

Vivemos em uma sociedade urbana de massas, cujo anseio por bens materiais amplia-se constantemente.¹²⁴ As exigências são cada vez mais diferenciadas,¹²⁵

122 É decorrência lógica do “princípio da proporcionalidade: quanto mais grave for a interferência do provimento na esfera do peticionado, tanto mais rigoroso tem de ser o exame do direito e tanto mais severas hão de ser as exigências a impor a quem cabe tornar críveis as alegações” (BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, 1967, trad. port. de A. E. Laux, *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1985, p. 51).

123 *The rise of the network society*, 1996, trad. port. de R. V. Majer, *A sociedade em rede*, 3ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2000, pp. 111 e 464.

124 Cf. Ovídio BAPTISTA, *Democracia moderna e processo civil* in GRINOVER, DINAMARCO e WATANABE (org.), *Participação e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 102.

125 MARINONI exemplifica com o crescimento exacerbado do setor terciário nas economias modernas, o que levou à multiplicação dos litígios envolvendo obrigações de fazer e não-fazer (*Tutelas diferenciadas* cit., p. 139). Esses conflitos, no entender de BARBOSA MOREIRA, são alguns dos que põem à prova o sistema tradicional de proteção aos direitos, exigindo tutelas preventivas (*Tutela sancionatória* cit., p. 23).

e seu atendimento demanda, com frequência, uma velocidade nunca antes vista.¹²⁶ Com esse contexto não se coaduna a morosidade tradicional do procedimento ordinário.¹²⁷

Nessa esteira, o problema da concessão de tutelas calcadas em cognição sumária vem assumindo enorme relevo. Presenciamos uma notável expansão do seu campo de aplicabilidade, frente às novas e peculiares necessidades da sociedade contemporânea.¹²⁸

As implicações dessa evolução no campo do processo civil são imensas.¹²⁹ O tempo necessário a uma cognição exauriente e plena antes de qualquer provimento tornou-se um inconveniente, ante as novas necessidades das relações de direito material.¹³⁰ Daí a expansão do uso das tutelas urgentes, como técnica de sumarização apta a afastar o mal causado pela demora da prestação jurisdicional.¹³¹

A ampliação do recurso à cognição sumária atende à necessidade de adaptação dos procedimentos às vicissitudes dos direitos materiais, que é, de resto, a justificativa para a adoção das tutelas diferenciadas em geral.

Essa disseminação do uso das medidas de urgência torna essencial, ao jurista, o equacionamento do problema relativo ao binômio efetividade-segurança. Esse foi o propósito a que orientado o presente estudo. Sempre que se ache diante da possibilidade de concessão de uma medida dessa natureza, presente estará o conflito entre esses princípios, tão caros à ordem jurídica.¹³² A busca de mecanismos de solução

126 Sobre o tema da velocidade das relações econômicas e suas implicações no mundo do direito v. MACEDO JÚNIOR, *Sociologia jurídica e teoria do direito: a teoria relacional e a experiência contratual*, tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 1997, esp. pp. 105-121).

127 “A redescoberta das tutelas sumárias (...), portanto, decorre da não adaptação de um sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade”. (MARINONI, *Tutelas diferenciadas* cit., p. 136).

128 “Seu âmbito de aplicação amplia-se constantemente: vai desde a proteção à honra e à personalidade, da proteção à empresa industrial e aos direitos referentes a bens imateriais, contra a concorrência desleal, desde a imposição de compromissos concernentes aos preços na distribuição de produtos do mercado, à obstrução de mudança anticontratual de local de trabalho, à regulação de disputas políticas ou científicas, até a condenação a pagamentos provisionais no direito alimentar ou no da reparação do dano. Frente a este campo ‘moderno’ de aplicação da medida cautelar, as controvérsias, muitas vezes de fundo emocional, entre vizinhos e entre senhorios e inquilinos, passam para o segundo plano; a Economia e a Política descobriram a medida cautelar e a elegeram para um dos seus meios de combate” (BAUR, ob. cit., p. 13).

129 Cf. OVIDIO BAPTISTA, *Democracia moderna* cit., p. 103.

130 Cf. BEDAQUE, *Direito e processo* cit., p. 113.

131 Cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada* cit., p. 357.

132 Cf. BEDAQUE, ob. cit., p. 87.

deve pautar as preocupações do operador do direito, atento que esteja às necessidades do sistema processual.

Essa tarefa, contudo, exige dele exacerbada prudência.¹³³ Nunca é demais lembrar que do outro lado do conflito estão as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, indispensáveis para que o resultado do processo seja justo. A ânsia pela efetividade do acesso à justiça, tendente a constituir “procedimentos modernos e eficientes” traz sempre o perigo de que as demais garantias processuais sejam abandonadas.¹³⁴⁻¹³⁵

Jamais se deve perder de vista que as modalidades de procedimento tradicionais, fundadas em cognição plena e exauriente, constituíram-se, ao longo de séculos de esforços, para prevenir abusos e arbitrariedades. Muito embora as vias ordinárias estejam bem longe do funcionamento ideal, especialmente face às novas premências da sociedade contemporânea, elas não deixam de desempenhar alguns importantes objetivos, que não podem ser esquecidos.¹³⁶

Essas considerações devem informar a atividade do aplicador do direito. Em cada caso, a harmonização do conflito entre segurança e efetividade deve preservar, em grau máximo, todos os ditames do devido processo legal, em igualdade de condições a ambas as partes.

O que está em jogo não é só o interesse individual dos sujeitos processuais, apesar de ser ele o imediato e precípua responsável pelos cuidados que permeiam a atividade jurisdicional. Ao lado disso, está o risco assumido pelo próprio sistema processual, que pode ver seu resultado largamente prejudicado. Quer porque inútil, quer porque injusto, o provimento estaria deixando de cumprir sua função instrumental, na medida em que inepto à consecução dos escopos do processo, sociais, políticos, e jurídico.¹³⁷

133 ARRUDA ALVIM faz o apelo para que o juiz atenda a esse “velho e nunca desgastado valor”, que é “uma das mais relevantes virtudes que pode ter um juiz, a informar a sua atividade jurisdicional”. (*Tutela antecipatória* cit., p. 23).

134 Cf. CAPPELLETTI e GARTH, *Access to justice* cit., p. 163.

135 BEDAQUE sintetiza o dilema: “adequar o sistema processual às necessidades do direito material, que requer soluções cada dia mais rápidas, sem que isso implique, todavia, sacrifício indevido da posição de um dos sujeitos parciais da relação processual”. (*Garantia da amplitude de produção probatória*, in CRUZ E TUCCI (org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 165).

136 Cf. CAPPELLETTI e GARTH, ob. cit., p. 164.

137 Sobre o tema, sempre, DINAMARCO, *A instrumentalidade* cit., esp. pp. 149-223.

Nunca se disse ser fácil a tarefa do juiz. “Nessas situações em vias de transformação, ou já transformadas, altera-se inevitável e profundamente a missão do juiz e conseqüentemente, os componentes, as peculiaridades e as estruturas de seu raciocínio. Além disso, nesse mundo globalizado é inevitável que o juiz se veja ao centro de muitos problemas novos e no ponto de encontro de tendências diferentes e conflitantes (...). Em uma palavra: o juiz não tem mais à sua disposição uma imagem simples e ordenada do mundo, à qual possa reportar-se como *pano-de-fundo* de seus raciocínios”¹³⁸

Dá a importância, frise-se, do labor em torno do aprimoramento e sistematização das técnicas¹³⁹ tendentes a solucionar a tensão do binômio efetividade-segurança, estabelecida em face da opção entre um procedimento de cognição sumária e outro de cognição exauriente. É o equacionamento dessas exigências opostas,¹⁴⁰ facilitado em larga escala pela identificação dos limites dentro dos quais a tutela sumária deve ser concedida, que permitirá ser a tutela jurisdicional apta a cumprir fiel e integralmente todas as suas funções perante o direito, o Estado e a sociedade, especialmente seu primordial escopo perante esta última: eliminar conflitos segundo os ditames da justiça.

São Paulo, maio de 2003.

138 TARUFFO, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, Curitiba, IBEJ, 2001, pp. 39-40.

139 Técnica processual essa bem entendida em seu sentido teleológico. É preciso sempre manter acesa a “consciência de que ela está posta e há de ser empregada empiricamente a serviço dos diversos escopos predeterminados (do processo)” (DINAMARCO, ob. cit., p. 226).

140 “Essas exigências opostas ligam-se a dois diferentes escopos do processo e o equilíbrio que se pretende constitui reflexo do entrosamento harmonioso que a ordem positiva há de dar à necessidade de atuar a vontade da lei e ao interesse social em pacificar, eliminando o conflito” (DINAMARCO, ob. cit., p. 232).

6 – Bibliografia

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz, *Medidas cautelares inominadas*, in *Revista brasileira de direito processual*, 57/33.

ARMELIN, Donaldo, *Tutela jurisdicional diferenciada*, in *RePro* 65/45.

_____ *Responsabilidade objetiva no código de processo civil*, in J. R. Cruz e Tucci (org.), *Processo civil – evolução – 20 anos de vigência*, São Paulo, Saraiva, 1995.

ARRUDA ALVIM, José Manuel, *Tutela antecipatória – algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas*, in T. A. A. WAMBIER (org.), *Repertório de doutrina e jurisprudência sobre liminares*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

BARBOSA, Rui, *Oração aos moços*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Ediouro, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio de proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

BAUR, Fritz, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, 1967, trad. port. de A. E. Laux, *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo (influência do direito material sobre o processo)*, São Paulo, Malheiros, 1995.

_____ *Garantia da amplitude de produção probatória*, in J. R. Cruz e Tucci (org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

_____ *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo, Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio, *Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias*, in *Revista brasileira de direito processual*, 56/45.

CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 1936, trad. port. de C. R. A. Bassi, *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, Campinas, Servanda, 2000.

_____ *Diritto processuale civile*, trad. port. de L. Abezia e S. D. F. Barbery, *Direito Processual Civil*, v. III, Campinas, Bookseller, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, 1978, trad. port. de E. G. Northfleet, *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988.

- CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958.
- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973.
- CASTELLS, Manuel, *The rise of the network society*, 1996, trad. port. de R. V. Majer, *A sociedade em rede*, 3ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Ação monitoria*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*, in *Repro* 66/72.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
- _____. *A reforma da reforma*, São Paulo, Malheiros, 2002.
- _____. *A reforma do código de processo civil*, 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1996.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*, 3ª ed., t. I, São Paulo, Malheiros, 2000.
- _____. *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2001.
- _____. *O regime jurídico das medidas urgentes*, in *RF* 356/29.
- _____, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, e GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria geral do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, 1978, trad. port. de N. Boeira, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Atlas, 1994.
- GARTH, Bryant e CAPPELLETTI, Mauro, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, 1978, trad. port. de E. G. Northfleet, *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988.
- GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na constituição de 1988*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo*, in *O processo em sua unidade – II*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- _____, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.
- LACERDA, Galeno, *Comentários ao código de processo civil*, 4ª ed., v. VIII, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 1991, trad. port. de J. Lamego, *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Unità del procedimento cautelare*, in *Problemi del processo civile*, Milano, Morano, 1962.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, *Sociologia jurídica e teoria do direito: a teoria relacional e a experiência contratual*, tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 1997.

MARCATO, Antonio Carlos, *O processo monitorio brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme, *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 1995.

_____ *Novidades sobre a tutela antecipatória*, in *Repro* 69/105.

_____ *Observações sobre a tutela antecipatória*, in *Repro* 79/104.

_____ *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

_____ *Tutelas diferenciadas e realidade social*, in H. W. Rodrigues (org.), *Lições alternativas de direito processual*, São Paulo, Acadêmica, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A garantia do contraditório na atividade de instrução*, in *RePro* 35/231.

_____ *Notas sobre o problema da “efetividade” do processo*, in A. P. Grinover et al., *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*, São Paulo, Saraiva, 1982.

_____ *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, in *Temas de direito processual*, 2ª série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

_____ *Os princípios do direito processual civil na constituição de 1988*, in J. Tubenchlak e R. Bustamante (org.), *Livro de estudos jurídicos*, v. 4, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na constituição federal*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, *Efetividade e processo cautelar*, in *Ajuris* 61/175.

_____ *Comentários ao código de processo civil*, 3ª ed., v. VIII, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 1988.

_____ *Garantia do contraditório*, in J. R. Cruz e Tucci (org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

PORTANOVA, Rui, *Princípios do processo civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

PROTO PISANI, Andréa, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 4, 1979.

- REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, v. I, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1962.
- SICHES, Luis Recaséns, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1973.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.
- SILVA, Ovídio Araujo Baptista da, *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- _____ *Do processo cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- _____ *A “plenitude de defesa” no processo civil*, in S. de F. Teixeira (org.), *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993.
- _____ *Democracia moderna e processo civil*, in A. P. Grinover, C. R. Dinamarco e K. Watanabe (org.), *Participação e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, *Segurança jurídica e jurisprudência – um enfoque filosófico-jurídico*, São Paulo, Letras Trabalhistas, 1996.
- TARUFFO, Michele, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, Curitiba, IBEJ, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- TOMMASEO, Ferruccio, *I provvedimenti d’urgenza – struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, Cedam, 1983.
- WARAT, Luis Alberto, *O direito e sua linguagem*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.
- WATANABE, Kazuo, *Da cognição no processo civil*, 2ª ed., Campinas, Bookseller, 2000.
- _____ *Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer*, in *Revista especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, v. 1, 1997.
- ZAVASKI, Teori Albino, *Antecipação da tutela*, São Paulo, Saraiva, 2000.
- _____ *Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais*, in T. A. A. WAMBIER (org.), *Repertório de doutrina e jurisprudência sobre liminares*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.