

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A VEROSSIMILHANÇA NOS PROVIMENTOS DE COGNIÇÃO SUMÁRIA

Daisson Flach

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Porto Alegre, 2006

Ao Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, orientador deste trabalho, homem cuja inteligência, cultura e vitalidade têm sido decisivas em minha formação, toda a gratidão e amizade.

Às minhas amadas Eleonora e Dora, agradeço pela irrestrita solidariedade e carinho.

Dedico este trabalho à memória de meu avô,  
Daiison Gomes da Silva, eterno amigo.

## SUMÁRIO

### **INTRODUÇÃO - 6**

#### **Parte 1 – Verdade e Verossimilhança no Processo Civil – bases teóricas para a compreensão do problema - 11**

1-Contextualização do problema no âmbito da retomada da filosofia prática - 11

2-Prova e verdade no processo judicial: os modelos moderno e clássico de prova - 20

3- O processo judicial como espaço das pretensões de verdade em luta: sistema, formalismo-valorativo e colaboração - 29

4- As máximas de experiência e sua função nos juízos de verossimilhança - 41

4.1 – O conceito clássico de máximas de experiência - 41

4.2 – A crítica à natureza axiomática das máximas de experiência e a natureza indutiva dos juízos probatórios - 43

5- Verossimilhança e Probabilidade: a cisão moderna e a reaproximação da *práxis* - 54

#### **Parte 2 – Provimentos de cognição sumária: o uso pragmático da verossimilhança - 62**

1 – A tutela de cognição sumária no CPC - 66

1.1 – Cognição sumária e exercício do contraditório - 66

1.2 – Tutela cautelar e tutela satisfativa antecipada - 70

1.3 – Tutela de urgência e tutela da evidência - 77

2 - A Multifuncionalidade da Noção de Verossimilhança - 90

2.1. Verossimilhança e seleção dos meios de prova - 91

2.2. A verossimilhança como modelo de constatação dos fatos da causa -93

2.3. A verossimilhança como conceito integral de função decisória - 107

3. Os juízos de verossimilhança na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: uma abordagem crítica à aplicação rasa das súmulas 735 do STF e 7 do STJ - 119

### **CONCLUSÃO - 130**

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS - 137**

## INTRODUÇÃO

Em 1955, Calamandrei publicava seu *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*<sup>1</sup>. O texto do mestre de Florença foi a provocação originária do presente trabalho, não apenas pelo profundo impacto que causou sua primeira leitura, como pela presença de questões de viva importância e atualidade. O estudo a que nos propusemos foi por ele conduzido, como se tomássemos a mão do velho sábio e fôssemos, com atenção e timidez de infante curioso, ouvindo suas histórias pelo caminho, testemunhando seus encontros, decantando lições.

A aguda percepção dos fenômenos do processo e o vigor da obra de Calamandrei fizeram com que processualistas que depois dele vieram se dedicassem à fecunda discussão do tema da verdade no processo, da noção de verossimilhança e dos usos que dela faz a ciência processual. Esse diálogo ofereceu elementos para uma tentativa contemporânea de aproximação aos problemas suscitados, o que constitui o objetivo essencial deste trabalho, com vistas a uma possível compreensão das múltiplas implicações teóricas e práticas da idéia de verossimilhança.

Sentenciou Calamandrei, em célebre passagem, que *“aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el limite fatal de relatividad de la naturaleza humana: lo que vemos solo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad”*.<sup>2</sup>

De uma aproximação a essa reveladora constatação de Calamandrei se ocupa a primeira parte do trabalho, razão pela qual se tomou emprestado o

---

<sup>1</sup> *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*. Publicado na *Rivista di Dritto Processuale*. V. X, parte I. Padova: CEDAM, 1955. Antes, ainda, no mesmo ano, nos *Studi in Onore di Giuseppe Valeri*. v. I. Milano: Giuffrè, 1955. Optamos por utilizar a excelente tradução para o espanhol feita por Santiago Sentis Melendo, pela maior similaridade com a língua portuguesa, in *Studios Sobre el Proceso Civil*. v. III. Buenos Aires: EJEJA, 1973. As várias referências feitas ao longo do trabalho são realizadas a partir da edição argentina.

<sup>2</sup> *Verdad e Verosimilitud*. In *Studios Sobre el Proceso Civil*. V. III. Buenos Aires: EJEJA, 1973, p. 319.

próprio título do famoso ensaio. Assim, seguindo a tradicional fórmula, dedicamos a primeira parte à construção de pressupostos teóricos para a compreensão do tema.

O primeiro capítulo da primeira parte, intitulado “Contextualização do problema no âmbito da retomada da filosofia prática” tratará da crítica dirigida à apropriação pelo direito dos postulados científicos do racionalismo oitocentista, principalmente a partir da metade do século XX, identificando a progressiva transição da teoria geral do direito e da própria discussão do problema da verdade a partir de um viés comunicativo e processual.

“Prova e verdade no processo judicial: os modelos moderno e clássico de prova” é o título do segundo capítulo. Tomando por base principalmente as investigações de Alessandro Giuliani, em sua obra referencial *Il Concetto di Prova*<sup>3</sup>, tratar-se-á dos conceitos moderno e clássico da prova, pontuando as distinções entre as duas concepções, analisando os limites da verdade que se pode produzir no processo e apontando as conseqüências de uma e outra visão.

O capítulo seguinte, “O processo judicial como espaço das pretensões de verdade em luta: sistema, formalismo-valorativo e colaboração” dedica-se à análise do processo como lugar de construção de significado, entendendo-o como um específico ambiente comunicativo cuja estrutura interfere diretamente no resultado da atividade jurisdicional. O processo será enfocado como o tenso espaço em que se fundem realidade e normatividade, apontando as vinculações sistemáticas da atividade de distribuição de justiça e a necessidade de reconhecer as contingências histórico-culturais da realização do direito e da ordem constitucional. A exposição irá, também, assumindo o caráter problemático da jurisdição, abordar os papéis desempenhados pelos sujeitos do processo e a forma como interferem na gênese da decisão judicial, desenvolvendo a idéia de colaboração (construção dialética) das decisões.

---

<sup>3</sup> Alessandro Giuliani. *Il Concetto di Prova*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971. Referência necessária é também o trabalho de Marina Gascón Abelán que desenvolveu mais recentemente o tema em seu *Los Hechos en el Derecho: Bases Argumentales de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999. Sobre o tema, igualmente, Giulio Ubertis (curador). *La Conoscenza del Fatto nel Processo Penal*: Milano: Giuffrè Editore, 1992, especialmente *La ricerca della verità giudiziale* (Giulio Ubertis) e *La motivazione in fatto* (Paolo Comanducci).

Em seguida, voltar-se-á o estudo ao relevante tema das “Máximas de experiência e sua função nos juízos de verossimilhança”. Será discutido o conceito clássico de máxima de experiência, principalmente a partir da obra seminal de Stein<sup>4</sup> e a crítica, principalmente pela pena de Michele Taruffo, endereçada à categoria.

O último capítulo da primeira parte, “*Verossimilhança e probabilidade: a cisão moderna e a reaproximação da práxis*” tratará justamente da leitura realizada por Taruffo do ensaio de Calamandrei, com ênfase na crítica que faz ao uso da expressão verossimilhança com o significado de probabilidade. Serão analisadas, ainda, as razões que podem justificar a generalização da sinonímia, em que pese a relevante abordagem crítica.

A segunda parte do trabalho tem seu ponto de partida também em Calamandrei que, após enunciar os limites da verdade no processo, dirige sua exposição para problema diverso. Afirma nosso autor:

*“Queda entendido que todo juicio acerca de la verdad de los hechos puede ser psicológicamente más que un juicio de verosimilitud; pero cuando es la ley que contrapone la verosimilitud a la verdad, viene a ser entonces importante para el jurista captar bien el significado de esa contraposición.”*<sup>5</sup>

Dizia o ilustre processualista que a lei, em determinados casos, contrapõe verossimilhança e verdade (ou certeza) para produzir certos efeitos processuais como, por exemplo, a admissão ou inadmissão de uma determinada prova, a distribuição da carga da prova, ou, ainda, para concessão de provimento liminar com base em cognição sumária (provas *leviores* ou *prima facie*).

O que se propõe, nesse segundo momento, é justamente identificar os usos que a lei processual faz da expressão verossimilhança e, a partir daí, identificar o que referimos como *funções pragmáticas da verossimilhança*. Parte-se da legislação brasileira e analisa-se mais de perto o sistema de *tutela de cognição sumária*, onde mais freqüentemente (embora não exclusivamente)

---

<sup>4</sup> Friedrich Stein. *El Conocimiento Privado del Juez*. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1973.

<sup>5</sup> Calamandrei, Piero. *Verdad y Verosimilitud en el Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo, in *Estudios Sobre el Proceso Civil*. V. III. Buenos Aires: EJEA, 1973, p. 321-322.

se coloca o problema dos juízos de verossimilhança ou juízos fundados em cognição sumária.

Inaugura a segunda parte do trabalho uma aproximação ao sistema de tutela de cognição sumária existente na lei processual civil brasileira – “A tutela de cognição sumária no CPC”. Não há pretensão de proceder à descrição exaustiva das muitas hipóteses de provimentos com lastro em cognição sumária, mas sim a de traçar os caracteres essenciais desse sistema, com o objetivo de posicionar o leitor diante do campo próprio de utilização prática da noção de verossimilhança e outras que a lei utiliza com semelhante finalidade.

Em seguida, será abordada a “A multifuncionalidade da noção de verossimilhança”, identificando os vários usos que a lei processual faz da expressão. Será enfrentada a questão da verossimilhança como critério de seleção do material probatório e como critério de atribuição do ônus da prova.

Ainda no mesmo capítulo, serão abordadas duas funções de grande importância, que são a de “*Verossimilhança como modelo de constatação dos fatos da causa*” e a “*Verossimilhança como conceito integral de função decisória*”.

No que tange à primeira, a verossimilhança será discutida a partir da idéia de *modelos de constatação* ou *standards* a serem considerados como balizas para a formação dos juízos de cognição sumária. A verossimilhança como *conceito integral de função decisória* remete a toda a construção teórica sobre a qual se funda o trabalho, recolocando o tema da verossimilhança a partir de uma perspectiva integradora da relação fato/direito.

O capítulo derradeiro faz uma análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, discutindo fundamentalmente a forma como vem tratando os juízos de verossimilhança, principalmente no que respeita à aplicação indiscriminada das Súmulas 735 do STF e 7 do STJ.

Embora o necessário enfrentamento de árduas questões teóricas, que a exposição que se segue nem de perto pretende esgotar, ciente de sua inextricável complexidade, o trabalho tem a pretensão mais modesta, embora não menos importante, de oferecer alguma contribuição, no sentido de suscitar reflexão sobre o tema. Embora constitua uma paixão da processualística

brasileira contemporânea, e venha merecendo aportes doutrinários da mais alta qualidade, o uso (ou usos) da noção de verossimilhança está ainda a buscar orientação dogmática e jurisprudencial mais firme e consciente.

## Parte 1 – Verdade e Verossimilhança no Processo Civil – bases teóricas para a compreensão do problema

### 1- Contextualização do problema no âmbito da retomada da filosofia prática

“Enquanto reclamamos a ‘verdade real’, já devemos saber o que afinal significa verdade enquanto tal. Ou sabe-se isto apenas ‘confusamente’ e de ‘modo geral’? Não é por acaso este ‘saber’ impreciso e aproximativo e a indiferença em relação a ele, no fundo, mais miserável que a pura ignorância da verdade?”<sup>6</sup>

Os anos 50 do século XX, momento histórico em que veio a lume o trabalho de Calamandrei, foram caracterizados por um verdadeiro *turning point* da teoria do Direito, marcando a reação ao racionalismo jurídico e ao método de que se servia. Em 1953, pouco tempo antes da publicação do trabalho de Calamandrei, Viehweg publicara seu *Tópica e Jurisprudência*<sup>7</sup>, revalorizando o pensamento sobre problemas, fazendo percuciente análise da *jurisprudência* a partir da retomada de modelos clássicos de corte tópico-retórico, com base principalmente aristotélica. Recaséns Siches trazia à luz sua Nova Filosofia da Interpretação do Direito em 1956<sup>8</sup>, com a intenção de revelar a inadequação da utilização exclusiva da lógica formal dedutiva em direito, substituindo-a por uma “lógica do razoável”, com ênfase em seus estudos de sociologia jurídica. Também Chaïm Perelman<sup>9</sup>, em sua “nova retórica” (1958), escrito com Olbrecht Tyteca em 1958, propunha a discussão do paradigma da racionalidade moderna, tematizando a argumentação jurídica e a sua função na estrutura do raciocínio judicial. Gadamer, por sua vez, punha em relevo a questão da verdade nas ciências do espírito, fazendo contundente crítica ao

---

<sup>6</sup> Martin Heidegger. *Sobre a Essência da Verdade*. Trad. Ernildo Stein. In: *Heidegger*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 132.

<sup>7</sup> Theodor Viehweg. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, *passim*. A primeira edição data de 1953.

<sup>8</sup> Luis Recaséns Siches. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Porrúa, 1973.

<sup>9</sup> Texto inserido, entre outros, no volume em português *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

“metodologismo antirretórico da idade moderna”<sup>10</sup>, centrando a análise na teoria da linguagem como condição de uma teoria do conhecimento, fazendo-o a partir de seus estudos de Heidegger, na direção de uma “nova hermenêutica”.

Antes de todos, Nietzsche já afirmara que “o saber que, sem fome, é absorvido em desmedida, e mesmo contra a necessidade, já não atua mais como motivo transformador que impele para fora, mas permanece escondido em certo mundo interior caótico (...) e assim a formação moderna é essencialmente interior – um manual da formação interior para os exteriormente bárbaros, (...) pois de nós mesmos, nós, os modernos, não temos absolutamente nada”.<sup>11</sup> Filho desiludido do racionalismo, Nietzsche prepara o caminho que Heidegger traçaria rumo à “corrosão do racionalismo ocidental” com a crítica da metafísica, acentuando a contingência histórica das pretensões de verdade<sup>12</sup>, pondo a linguagem no centro das investigações filosóficas. Depois deles, também Foucault ofereceria a sua crítica da razão e apontaria o equívoco da apropriação pelas ciências humanas dos estatutos epistemológicos da modernidade.

Propondo uma retomada da dialética que opera na base de uma “virada lingüística”, segundo expressão cunhada para caracterizar a retomada do estudo dos processos argumentativos, com ênfase tópico-retórica, a renovada “filosofia prática”<sup>13</sup> foi-se afastando dos postulados racionalistas, buscando

---

<sup>10</sup> Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Metodo*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993, p.47-49. “Lo que convierte en ciencias a las del espíritu se comprende mejor desde la tradición del concepto de formación que de la ciencia moderna. En este punto nos vemos remitidos a la tradición humanista, que adquiere un nuevo significado en su calidad de resistencia ante las pretensiones de la ciencia moderna.”

<sup>11</sup> Nietzsche, *apud* Jürgen Habermas, *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 p. 123 e 125.

<sup>12</sup> “Somente a partir do ser-aí, no qual o homem pode penetrar, se prepara, para o homem historial, uma proximidade com a verdade do ser. Qualquer espécie da antropologia e toda a subjetividade do homem enquanto sujeito não é apenas, como já acontece em *Ser e Tempo*, abandonada e procurada a verdade do ser como fundamento de uma nova posição historial, mas o curso da exposição se prepara para pensar a partir deste novo fundamento (a partir do ser-aí). As fases da interrogação constituem em si o caminho de um pensamento que, em vez de oferecer representações e conceitos, se experimenta e confirma como revolução da relação com o ser.” *Sobre a Essência da Verdade*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril/Civita, 1983, p.145.

<sup>13</sup> “Expressão que remonta a Aristóteles, usada desde o fim do século XVIII para indicar o conjunto das reflexões filosóficas sobre a *práxis*”. Conf. Enrico Berti. *Aristóteles no Século XX*. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p.229.

novas formas de compreender as relações entre o pensar e o agir<sup>14</sup>, propondo revelar uma racionalidade dirigida à ética e à fundamentação das normas de conduta a partir da retomada do pensamento clássico, notadamente a filosofia prática de Aristóteles e Kant.

Tal transformação se estendeu à teoria do direito. Com efeito, a função do direito enquanto instrumento de mediação das tensões sociais conduziu a uma necessária reflexão sobre a adequação do modelo científico da modernidade, já sob inegável pressão.

O racionalismo, que angariara prestígio durante mais de dois séculos e influenciara decisivamente o pensamento jurídico revelou-se ilusório e insuficiente, principalmente a partir do século XVIII. Em sua doença infantil, a epistemologia jurídica moderna afirmara a completude do sistema jurídico e prendera a teoria do conhecimento ao rigor metodológico cartesiano. Resumindo a lógica jurídica à lógica formal, afeita aos raciocínios demonstrativos construídos a partir de premissas apodíticas, rompeu o direito moderno com sua tradição criadora e eticizante, fundada no saber prático<sup>15</sup>. Reivindicando autoridade de ciência construiu obstáculo para penetrar na estrutura íntima da controvérsia judicial, afastando-se de sua verdadeira natureza.

Mais ligada ao modo de ser das coisas do que ao fim das coisas, a ciência moderna deu as costas à forma de conhecimento do senso comum, refugiando-se em um universo conceitual que se expressa por formas generalizadoras e recorre aos modelos matemáticos de descrição da realidade. “Repetidamente afirmado como forma, o Direito poderia, afinal, apreender-se e desenvolver-se através dos quadros mentais disponíveis, num apriorismo teórico típico do idealismo”.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Sobre as diversas teorias da argumentação e suas peculiaridades, ver Manuel Atienza. *As Razões do Direito*. São Paulo: Landy, 2006.

<sup>15</sup> Conforme Boaventura de Souza Santos, *Um Discurso Sobre as Ciências*. Porto: Afrontamento, 1996, p.16.

<sup>16</sup> Antônio Menezes Cordeiro. Introdução à obra de Claus-Wilhelm Canaris *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. XII.

Embora com significativos avanços na estruturação de um pensamento sistemático sobre o direito, viu-se o projeto moderno envolvido em incessantes perplexidades, principalmente a partir do século XIX. Este processo até hoje perdura, ligado a diferentes aspectos e açoiado pela ampla revisão iniciada em meados do século XX. A adequação de um método único de aproximação à prática científica em vista das variáveis condições concretas de análise dos fenômenos sociais, as crescentes discussões acerca do papel da ciência na vida social e os aspectos pragmáticos da vida de relação, são algumas das questões que não receberam adequada resposta no arsenal teórico da modernidade.<sup>17</sup>

Uma mirada ao passado, entretanto, tal como propunha Viehweg, revelaria, em uma fase inicial do direito romano, um modelo de racionalidade prática, fundada na *prudência* - referida por Aristóteles como “o conhecimento ético e pragmático, ou seja, aquele referido ao valor e utilidade das coisas, destinado a apreender, na mutabilidade constante em que se acham envolvidas, um padrão para avaliar a correção e justeza do comportamento humano”<sup>18</sup> - vinculada à virtude da *phronesis*<sup>19</sup>. Esta forma dialética de racionalidade tem como principais instrumentos a *tópica* e a *retórica* e desenvolve-se no âmbito do opinável, do verossímil, sem pretensão de uma verdade absoluta, senão

---

<sup>17</sup> Conf. Boaventura de Souza Santos. *Introdução a Uma Ciência Pós Moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.22 e ss.

<sup>18</sup> *Apud* Willis Santiago Guerra Filho. *Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.104.

<sup>19</sup> Entendida como sensibilidade do homem sério ou sábio, faculdade do juízo, a razoabilidade que guia a *práxis*, e, ainda, como referiu Gadamer, “a virtude hermenêutica por excelência”. Aparece, também em Gadamer, como vínculo à tradição, expressão do *ethos* dominante, “o entrar num acontecer da tradição, no qual o passado e o presente estão em contínua mediação”. A principal crítica dirigida por Habermas a Gadamer está justamente na assimilação da hermenêutica à tradição de forma naturalística e acrítica, minimizando o papel da reflexão dialética e debatimental que busca aproximar-se da tradição com intenção científica que permita orientar-se na tradição para o enfrentamento de situações modificadas com vistas à aplicação prática do saber que desse processo derive. Para Habermas “mesmo na tradição ininterruptamente produtiva não está atuando apenas uma autoridade separada da inteligência (*Einsicht*), que se imporia cegamente; cada tradição tem de ser tecida com linha suficientemente grossa, para permitir aplicação, isto é, uma transformação inteligente tendo em vista situações modificadas”. Ambos estão de acordo, entretanto, quanto ao fato de que “uma compreensão, por mais controlada que seja, não consegue ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete”. (Jürgen Habermas. *Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L&PM, 1987, p.15).

contingente e aproximativa<sup>20</sup>. O jurista não aceita o direito como dado prévio e indiscutível, mas o “constrói de modo responsável”.<sup>21</sup>

A “nova retórica” de Perelman, surgida em meados do século XX, voltou-se à pesquisa de uma lógica dos juízos de valor que estava entregue às postulações de caráter intuicionista e amargava a pecha de irracional (“uma disputa entre anjos e demônios” como referiu Weber) que lhe era atribuída, com escárnio, pelo pensamento neopositivista. Debruçando-se com especial cuidado sobre a obra de Aristóteles, principalmente *Tópicos* e *Retórica*, contando com a colaboração de Lucie Olbrechts-Tyteca, Perelman identificou forma de racionalidade peculiar das ditas ciências morais, de tipo dialético e retórico, passando a produzir vários escritos dedicados à análise da lógica da argumentação aplicada ao direito, afirmando a natureza dialética da formação das premissas do raciocínio judicial, designando-as como objeto em construção.

Adverte Perelman que “ao querer reduzir a lógica à lógica formal, tal como ela se apresenta nos raciocínios demonstrativos dos matemáticos, elabora-se uma disciplina de uma beleza e de uma unidade inegáveis, mas se descarta inteiramente do modo como os homens raciocinam para chegar a uma decisão individual ou coletiva. É porque, de fato, a razão prática, aquela que deve guiar-nos na ação, é muito mais próxima daquela do juiz do que daquela do matemático, que o lógico que se veda examinar a estrutura dos raciocínios alheios às matemáticas, que se recusa a conhecer a especificidade do raciocínio jurídico e do raciocínio prático em geral, presta um mau serviço à filosofia e à humanidade. À filosofia, obrigada a renunciar, por causa da ausência de um fundamento teórico, ao seu tradicional papel de educadora do gênero humano. À humanidade, que à míngua de encontrar um guia nas

---

<sup>20</sup> Analisando a crítica de Vico à ciência moderna “la querelle des anciens et des modernes”, refere Gadamer que “la sabiduría de los antiguos, el cultivo de la *prudentia* y la *eloquentia*, debería seguir manteniéndose frente a esta nueva ciencia y su metodología matemática.” Mais adiante: “lo que opera aquí es la vieja oposición aristotélica entre saber técnico e prático, una oposición que no se puede reducir a la de verdad y verosimilitud. El saber prático, la *phronesis*, es una forma de saber distinta. En primero lugar está orientada hacia la situación concreta; en consecuencia tiene que acoger a las ‘circunstancias’ en toda su infinita variedad.” (Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Metodo*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993, p.50-51)

<sup>21</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1986, p. 18 - 21.

filosofias de inspiração racional, tem de abandonar-se à irracionalidade, às paixões, aos instintos e à violência.”<sup>22</sup>

A tendência, no sentido de uma “virada lingüística” ou “giro hermenêutico”, na expressão de Gadamer, produziu literatura notável, colhendo colaborações vindas de diferentes ambientes acadêmicos, de diferentes continentes, e passou a generalizar-se a ponto de estabelecer novo paradigma de pensamento. Especialmente nas chamadas ciências do espírito, a lógica monológica passou a ser desprestigiada em favor de uma lógica dialógica centrada na ação comunicativa e na atribuição de significado em um processo de construção de linguagem e de formação cultural.

A revalorização da tradição e da idéia de cultura<sup>23</sup> levou à compreensão de que a possibilidade de chegar ao conhecimento de algo pressupõe relação complexa que envolve a dinâmica da ação comunicativa, a posição dos partícipes, além de estar pré-determinada por elementos remanescentes de experiências socialmente vivenciadas e que constituem condição de todo possível entendimento. Apenas pelo fio da linguagem é possível às pessoas entenderem-se sobre algo no mundo.

O pensamento, dentre outros, de Gadamer, Habermas e mesmo de Heidegger, diferentes em muitos aspectos, podem ser correlacionados pela percepção de uma dimensão transsubjetiva e dinâmica (processual) da construção de sentido, recolocando a questão da verdade em bases distintas<sup>24</sup>.

Por muito tempo, a idéia de verdade era traduzida como adequação entre a representação do objeto pelo sujeito que conhece e o próprio objeto,

---

<sup>22</sup> Chaim Perelman, *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 437.

<sup>23</sup> Para Habermas *cultura* “é o acervo de saber de que se suprem com interpretações suscetíveis de consenso aqueles que agem comunicativamente ao se entenderem sobre algo no mundo”. Pode-se estabelecer, ainda, ligação com a idéia de *formação* a que se refere Gadamer. De certo modo, uma reabilitação do *sensus communis* da tradição aristotélico-escolástica.

<sup>24</sup>“A linguagem assume, assim, um papel constituinte mais profundo. A apreensão da realidade – para o caso, da realidade jurídica – só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela usada. Há, pois, todo um conjunto de pré-estruturas do saber, a que se poderá chamar o pré-entendimento das matérias”. Antônio Menezes Cordeiro, tratando do fenômeno no Direito e referindo-se ao pensamento ontológico de Heidegger e Gadamer. Introdução à obra de Claus-Wilhelm Canaris *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. LIII – LIV.

como realidade ontológica. Daí a expressão *adaequatio intellectus cum re*. Para Kant, esta concepção marcadamente dogmática incorria no equívoco de tomar a necessidade objetiva do entendimento por necessidade objetiva da determinação das coisas-em-si. Essa era, para ele, uma ilusão metafísica que nos leva a fazer uso transcendente dos conceitos *a priori* e aplicá-los fora de toda a intuição empírica e para além de toda a experiência possível.

O relativismo kanteano vê o conhecimento como produto do espírito. É o espírito a impor suas leis às coisas, já que só nos é dado conhecer as *aparências* ou *fenômenos*, não os *nômenos* ou *coisas-em-si*. Para Kant, toda a teoria do ser (ontologia) deveria necessariamente ser precedida de uma teoria do conhecimento (epistemologia). O conhecimento humano não é mera assimilação ao ente como objeto previamente dado, mas uma “produção” do objeto. O verdadeiro ser, o objeto em si, aparece como puro conteúdo mental. Entendeu Kant que não é apenas o sujeito, com todas as suas contingências e limitada experiência, que determina o objeto, mas sim um “sujeito transcendental”, elemento fundamental de sua teoria, cujas formas de intuição e pensamento são incondicionalmente válidas para todo o ser pensante. São conceitos *a priori* e conhecimentos cuja validade independe logicamente da experiência e são, portanto, indemonstráveis (Imperativos Categóricos).

Muitos dos críticos do pensamento de Kant afirmaram que a forma deste “ser transcendental” permaneceu obscura em sua obra e que, de qualquer forma, não chegou a demonstrar que a estas idéias corresponda um ser em si, que possa ser revelado e experimentado empiricamente. A importância da contribuição kanteana, entretanto, foi bem apanhada por Adorno quando afirmou que “uma vez radicalmente separado do objeto, o sujeito já reduz este a si; o sujeito devora o objeto ao esquecer o quanto ele mesmo é objeto. (...) a imagem de um estado originário, temporal ou extratemporal, de feliz identificação de sujeito e objeto, é romântica; por longo tempo projeção da nostalgia, hoje reduzida à mentira”.<sup>25</sup>

Nas palavras de Habermas, “o pragmatismo kanteano tem de explicar o vínculo interno entre a justificabilidade e a verdade – explicar por que, à luz das

---

<sup>25</sup> Theodor Adorno. *Palavras e Sinais*. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 183.

razões disponíveis, nós podemos mesmo assim fazer uma alegação de validade incondicional que vai além de nossas melhores justificativas. (...)“eu tentava explicar a verdade em função de uma justificabilidade ideal. (...) percebi que essa assimilação não pode dar certo. Reformulei o antigo conceito discursivo de verdade, que não é errado, mas é pelo menos incompleto. A redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade. Embora nossa mente falível não possa ir além disso, não devemos confundir as duas coisas. Resta-nos assim a tarefa de explicar por que os participantes de uma discussão sentem-se autorizados – e supostamente o são de fato – a aceitar como verdadeira uma proposição controversa, bastando para isso que tenham, em condições quase ideais, esgotado todas as razões disponíveis a favor e contra essa proposição e assim estabelecido a aceitabilidade racional dela. (...) Essa referência transcendente a algo situado no mundo objetivo lembra os participantes que o conhecimento em pauta surgiu em primeiro lugar do conhecimento das pessoas enquanto agentes; assim, eles não se esquecem do papel *transitório* desempenhado pela argumentação no contexto mais amplo do mundo vital. A relação intrínseca entre verdade e justificação é revelada pela função pragmática de conhecimento que oscila entre as práticas cotidianas e os discursos. Os discursos são como máquinas de lavar: filtram aquilo que é racionalmente aceitável para todos. Separam as crenças questionáveis e desqualificadas daquelas que, por certo tempo, recebem licença para voltar ao *status* de conhecimento não problemático”<sup>26</sup>.

Habermas, na esteira das chamadas filosofias pragmáticas, elaborou sua “teoria consensual da verdade”, pela qual a idéia de verdade expressa não um consenso meramente factual, mas tomado em sentido normativo, “consenso fundamentado” segundo regras de justificação, regras pragmáticas, constitutivas do diálogo ou da comunicação argumentativa.

Explicitando sua teoria, Habermas estabelece condições em que se pode discutir as pretensões de verdade representadas por asserções. Estas condições, que são verdadeiras regras de justificação, correspondem a uma

---

<sup>26</sup> Jürgen Habermas. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.62-63.

“situação de fala ideal”, necessariamente antecipada em toda a discussão. Para a teoria consensual, a qual pressupõe uma “ética da discussão”, a verdade de todos os enunciados depende da constatação de que estão satisfeitas as condições de uma discussão livre, com iguais oportunidades para os interlocutores. Nesse contexto, a aceitabilidade de enunciados baseados em generalizações indutivas depende de regras de justificação somente aplicáveis em um contexto plurissubjetivo de construção de significado.

O pensamento de Habermas anda no sentido de um “kantismo ampliado” que, dando continuidade ao projeto de estabelecer um fundamento objetivo das normas práticas, substitui o paradigma kantiano da subjetividade por um modelo dialógico e argumentativo “no contexto de uma filosofia da comunicação baseada no viés lingüístico”<sup>27</sup>. A abordagem contrapõe mentalismo e filosofia lingüística e propõe “a transição da reflexão monológica para o diálogo”. Para ele, “o discurso prático pode, assim, ser compreendido como uma nova forma específica de aplicação do Imperativo Categórico. Aqueles que participam de um tal discurso não podem chegar a um acordo que atenda aos interesses de todos, ao menos que façam o exercício de ‘adotar os pontos de vista uns dos outros’, exercício que leva ao que Piaget chama de uma progressiva ‘descentralização’ da compreensão egocêntrica e etnocêntrica que cada um tem de si mesmo e do mundo.”<sup>28</sup> (...) “Os participantes, no momento mesmo em que encetam uma tal prática argumentativa, têm que cooperar uns com os outros; e, mais ainda, têm de estar dispostos a deixar-se afetar e motivar, em suas decisões afirmativas e negativas, por essas razões e somente por elas.”<sup>29</sup>

A problematidade do fenômeno jurídico, tomada em sua real dimensão, demanda esforço de aproximação só alcançável por via de um procedimento

---

<sup>27</sup> Como Refere Alain Renaut, interlocutor de Habermas em debate promovido na Faculdade de Filosofia e Sociologia da Universidade de Paris IV (Sorbonne) em fevereiro de 2001. In Jürgen Habermas. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.3.

<sup>28</sup> Jürgen Habermas. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.10.

<sup>29</sup> Jürgen Habermas. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.15.

dialético, onde tópica e retórica reivindicam papel fundamental<sup>30</sup>. A partir de Aristóteles pôde-se compreender que a verdade prática é autônoma e mesmo independente da verdade teórica. Pela via argumentativa, os “fatos” não apresentam perfeita identidade com os fatos da busca empírica porque, na realidade, a lógica da controvérsia em direito é também uma ética da controvérsia, cujo conteúdo interfere definitivamente na própria gênese das premissas do raciocínio<sup>31</sup>. A comunicação e a linguagem assumem fundamental importância na discussão acerca da verdade em direito. O conhecimento é conduzido pela linguagem, jamais neutra, jamais livre de intenção. O fato narrado não é o fato em si. A percepção é falha, a narrativa não a traduz e, se o faz, trai ao traduzir.

## 2- Prova e verdade no processo judicial: os modelos moderno e clássico de prova<sup>32</sup>

*“Quem julga? Aprendeu já alguém, sobre o fluxo dos fenômenos e dar-se de valores instantâneos, a ortografia das tortas linhas altas?” (João Guimarães Rosa)<sup>33</sup>*

Se o direito pretende ser um instrumento de pacificação social, de mediação das tensões concretas, de aproximação ao ideal de justiça, é intuitivo

---

<sup>30</sup> Segundo Boaventura de Souza Santos, “a verdade é a retórica da verdade. Se a verdade é o resultado, provisório e momentâneo, da negociação de sentido que tem lugar na comunidade científica, a verdade é intersubjetiva e, uma vez que esta subjetividade é discursiva, o discurso retórico é o campo privilegiado da negociação de sentido. A verdade é, pois, o efeito do convencimento dos vários discursos de verdade em presença. A verdade de um discurso de verdade não é algo que lhe pertença inerentemente, acontece-lhe no curso do discurso em luta com outros discursos num auditório de participantes competentes e razoáveis”. *Introdução a uma Ciência Pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 96-97.

<sup>31</sup> Conforme José Souto Maior Borges. *O Contraditório no Processo Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>32</sup> Embora a ordem da exposição promova uma inversão da colocação histórica do problema, já que trata o conceito moderno como dado anterior para retomar, em segundo momento, o conceito clássico, a inversão se explica pela circunstância de que a exposição se desenvolve no sentido de uma reabilitação do conceito clássico como fonte da crítica à leitura moderna sobre a prova.

<sup>33</sup> *Discurso de posse*, in Em memória de João Guimarães Rosa, José Olímpio Editora, 1978, p.79.

pensar que a prova judicial tem algo a dizer sobre a verdade. A verdade como valor permeia toda a atividade judicial e foi já confundida com a finalidade mesma desta atividade.<sup>34</sup>

Observa Taruffo que “é habitual encontrar a afirmação de que o processo dirige-se à determinação da verdade de dos fatos ou, ao menos, de sua verdade provável. Entretanto, é também habitual que esta afirmação careça de justificação ou análise crítica e se reduza a uma mera petição de princípio (...)”.<sup>35</sup>

Objetiva este momento do estudo - ciente de que o tema viverá sempre a extraordinária dinâmica das grandes questões filosóficas - suscitar e debater aspectos da relação entre prova e verdade e, mais especificamente, tratá-la no âmbito do processo judicial. A partir da investigação da estrutura lógica da atividade probatória é possível melhor compreender a especificidade da verdade no processo e a sua função na gênese do ato sentencial.<sup>36</sup> Não se pretende, entretanto, fazer um apanhado das múltiplas teorias desenvolvidas, o que por certo em muito escaparia aos limites propostos neste trabalho.

O título indica dois modelos contrapostos e que correspondem, em largas linhas, a concepções sobre a prova judicial situadas histórica e culturalmente. Vale, entretanto, reproduzir a advertência de Danilo Knijnik no

---

<sup>34</sup> “Também entre os juristas a verdade é uma preocupação constante. Do processo, chegou-se a dizer que é uma ‘busca proustiana da verdade’ e, de um modo geral, conta com boa aceitação a idéia de que ele tenha mesmo a função de promover essa busca e descoberta; e da coisa julgada, tradicionalmente relacionada aos resultados do processo de conhecimento, por séculos perdurou a crença de *pro veritate habeatur*, ficção com que se procurava definir a autonomia do julgado em face da situação subjetiva com base na qual o juiz o emitiu, ou seja, situação de verdade real ou meramente formal”. Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996, p. 230.

<sup>35</sup> *La Prueba de los Hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.56.

<sup>36</sup> Ressalte-se a importância dos trabalhos de Alessandro Giuliani. *Il Concetto di Prova*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971; Marina Gascón Abelán em seu *Los Hechos en el derecho: Bases argumentales de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999; Giulio Ubertis (curador). *La Conoscenza del Fatto nel Processo Penal*: Milano: Giuffrè Editore, 1992, especialmente *La ricerca della verità giudiziale* (Giulio Ubertis) e *La motivazione in fatto* (Paolo Comanducci). No Brasil, consultar o consistente estudo de Hermes Zaneti Júnior. *O Problema da Verdade no Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório*. In Introdução ao Estudo do Processo Civil Brasileiro, em co-autoria com Daniel Francisco Mitidiero. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p.115-164. Também Danilo Knijnik aborda as concepções clássica e moderna da prova judiciária em seu *O Recurso Especial e a revisão da Questão de Fato Pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 71 a 77, assim também no recentíssimo *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 10-15.

sentido de que tais modelos não só inexistem em sua forma pura como tampouco podem ser postos de forma totalmente antinômica, “mas em relação de polaridade e de forma assimétrica”, em que “os institutos de direito probatório ora pendem para uma dimensão demonstrativa, ora para uma persuasiva, conforme as necessidades”.<sup>37</sup>

Se a prova judicial dirige-se à verdade, que verdade enuncia? A verdade que resulte provada encerra em si toda a finalidade do processo? É correta a afirmação de Bentham<sup>38</sup> de que o processo é essencialmente a arte de administrar as provas? O que é, enfim, provar?

Na perspectiva moderna, a *questão de fato* aparece como dado objetivo, pré-processual, totalmente separado da *questão de direito*, também esta constituindo dado prévio definido pelo conteúdo da norma. O raciocínio judicial é descrito como silogismo subsuntivo que promove adequação do fato à norma, gerando a decisão como consequência necessária. A busca pelos fatos dirige-se ao estabelecimento da premissa menor e deve dar-se de forma autônoma e neutral, a partir de uma aproximação que incorpora a metodologia científica empírica e descritiva. Partindo de premissas apodíticas, infensas ao debate, com pretensões de verdade geral, chegar-se-ia a única, unívoca e necessária conclusão.

O caráter demonstrativo da ciência moderna vincula-se, diretamente à questão da prova entendida como demonstração metódica. É condição de sustentabilidade de um discurso cientificamente consistente, com pretensão de verdade. A prova, neste contexto, é evidência de origem empírica e desempenha função estrutural na construção do raciocínio silogístico-subsuntivo. Segundo a concepção moderna<sup>39</sup>, a atividade probatória destina-se

---

<sup>37</sup> *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.11.

<sup>38</sup> “Así, pues, el arte del proceso no es esencialmente otra que el arte de administrar las pruebas.” Jeremias Bentham. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, v. I. Buenos Aires, EJE, 1959, p.10.

<sup>39</sup> Entendida como o pensamento marcado pelo racionalismo de corte iluminista, fortemente influenciado pelo cientificismo do século XVIII, que buscou, também em áreas que eram tradicionalmente influenciadas pelo pensamento clássico, impor os *standards* epistemológicos cartesianos, assimilando a lógica jurídica à lógica matemática, com vista à certeza e à segurança das decisões.

à fixação dos fatos da causa de forma objetiva e isenta de valorações<sup>40</sup>, subsumindo-os em seguida à norma que, por sua vez, constitui sua premissa maior. A sentença aparece como conclusão necessária da subsunção, tendo em vista o caráter “verdadeiro” das premissas. A epistemologia jurídica moderna procurou aparelhar-se para excluir o erro, reproduzindo o modelo das ciências naturais, evocando uma razão formal e calculante, à moda de Descartes, excluindo a dimensão ético-valorativa no que se refere à fixação dos fatos da causa, designando-os como objeto de conhecimento a merecer apenas abordagem empírica e probabilística. Este esforço purificador e cientificista - que considera o conhecimento do fato como valor em si próprio, neutro e objetivo - outorgou à atividade probatória caráter essencialmente demonstrativo, colocando-a a salvo da turbulência das opiniões.

Nesta perspectiva, a investigação dos fatos constitui aspecto puramente cognitivo do processo, direcionado à apreensão da *verdade real*, pré-processual, semelhante a qualquer investigação científica que busca descrever a realidade. Do ponto de vista metodológico, a apuração dos fatos do processo deveria apoiar-se sempre em leis gerais pressupostas ou sistema de considerações generalizantes, conducentes ao saber neutro e objetivo, livre de valorações<sup>41</sup>.

Tome-se a afirmação de Bentham:

*“Que es una prueba? En el mas amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero, que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia de otro hecho. Por lo tanto, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede chamar el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de*

---

<sup>40</sup> Segundo Giuliani, “si annuncia la concezione del fatto come um dato oggetivo, esterno al lavoro de interpretazione: dovendo essere copia di quello previsto dalla legge, deve essere considerato nella sua totalità. Esso insomma ha una existencia reale: e la ricostruzione non è piu valutazione, ma accertamento della sua esistenza. Era implitito que – anche nel domínio della ricerca del fatto – si potessero applicare i procedimenti di ricerca che si andavano sperimentando nell mondo della natura, e pertanto il concetto di prova Che veniva sviluppato dalla lógica induttiva in connessione com quela di scienza.” (Alessandro Giuliani na obra *Il Concetto di Prova*.Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971, p. 227)

<sup>41</sup> Mezger (*Der psychiatrische Sachverständige im Prozesse*), apud Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra editora, 1995, p. 487. V. 1.

*provar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o negativa del hecho principal.”*<sup>42</sup>

Ressalta a ênfase no aspecto lógico formal, identificando a prova judiciária com a prova indireta, onde o conhecimento é produzido por silogismo indutivo, com a passagem do fato conhecido para o fato desconhecido. Alessandro Giuliani atribui a Bentham a introdução no direito do conceito moderno de prova, em conexão com a filosofia indutiva e a ciência experimental<sup>43</sup>. Para Bentham não havia sequer razão para o exercício de contraditório, já que “l’allégation est déjà par elle-même une preuve”<sup>44</sup>. O *probandum* não é em Bentham uma *questão controversa* e sim um *fato*, algo externo e independente do processo, cuja fixação é, de certa forma, uma operação técnica.<sup>45</sup> Como refere Danilo Knijnik, “*seu ponto de partida é a autonomia do mundo fático*”.<sup>46</sup>

Sob o influxo deste monismo metodológico, que não vislumbrava qualquer diferença entre o fato jurídico e o fato visto pelas ciências, o conceito de fato em sentido jurídico não só se identificava com o conceito de fato dos domínios não jurídicos como, por decorrência, recebia idêntico tratamento em todos os ramos do direito e em todos os casos singulares.

Não se pode negar que, em determinadas circunstâncias, a prova recebe adesão quase imediata, seja por representar dado de contínua e partilhada experiência, apropriada pelos partícipes do debate como elemento cultural<sup>47</sup> indissociável, seja porque percebida de forma tão expressiva e homogênea que, de pronto, afasta argumentos opostos<sup>48</sup>. De outro lado, o

---

<sup>42</sup> Jeremias Bentham. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, v. I. Buenos Aires, EJE, 1959, p.21.

<sup>43</sup> *Il Concetto di Prova*. Milano, Giuffrè Editore, 1971, p. 237.

<sup>44</sup> Bentham *apud* Alessandro Giuliani. *Il Concetto di Prova*. Milano: Giuffrè Editore, 1971, p. 239.

<sup>45</sup> Alessandro Giuliani. *Il Concetto di Prova*. Milano, Giuffrè Editore, 1971, p. 240-241.

<sup>46</sup> *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.11. O grifo aparece no original.

<sup>47</sup> Habermas denomina cultura “o acervo de saber de que se suprem com interpretações suscetíveis de consenso aqueles que agem comunicativamente ao se entenderem sobre algo no mundo”. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.476.

<sup>48</sup> É o que se afirma, com freqüência sobre as máximas de experiência técnica e científica, quando recorre o juiz a auxiliares da justiça vinculados a um campo específico do saber e cuja aproximação ao objeto conta com o suporte teórico consistente e experimentação empírica

direito se põe com freqüência em contato com realidades complexas e multifacetárias, avessas a aproximações acentuadamente objetivantes.

A questão da verdade no processo, entretanto, seria recolocada em vista do extraordinário desenvolvimento ocorrido, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, da chamada “filosofia prática” que, embora abarque conjunto bastante numeroso e heterogêneo de propostas de análise, ressalta como traço comum o fato de colocarem em questão a forma “moderna” de racionalidade que por quase três séculos havia presidido as investigações científicas, inclusive em direito, e que ainda hoje se vê reproduzida, conscientemente ou não, tanto na estrutura formal do processo civil quanto na *práxis* judicial.<sup>49</sup>

O conceito clássico de prova é impregnado de conteúdo ético, no sentido de que as premissas do raciocínio judicial resultam de opções realizadas no próprio processo discursivo de sua formação. A idéia clássica toma a prova como *argumento* no seio de uma racionalidade que não separa radicalmente o fato do direito, entendendo-os como reciprocamente implicados na solução de um problema cuja compreensão se dá a partir de aproximação tópico-retórica. Remonta a uma lógica do *provável* e do *verossímil*, sem pretensão de verdade incondicional. Escrevendo sobre a teoria do processo, Giuliani contrapõe o modelo clássico da ordem isonômica no *ordo iudiciarius*, ao modelo moderno do *processus* para dizer que essa duas visões estabelecem distintas relações entre o “livello di razionalità” e “livello di moralità” na experiência jurídica. “A idéia de verdade não diz respeito tão-somente ao nosso conhecimento, mas também à nossa conduta: há implicações não apenas lógicas, mas também éticas que se refletem nos métodos de prova da verdade”.<sup>50</sup> O modelo persuasivo, de prova como argumento, “tem outro ponto

---

que ofereça, dentro dos limites inerentes a todo saber científico, a segurança necessária à tomada de decisão.

<sup>49</sup> “É curiosa a contradição existente no pensamento moderno. Sabemos – mais do que sabemos, vangloriamos-nos – de viver numa democracia pluralística, em que os valores devem ser relativizados, mas não temos capacidade de *historicizar* a modernidade. Nossa ahistoricidade convive com um mundo essencialmente hermenêutico, como anotou Agnes Heller, no qual nada pode aspirar o ‘selo da modernidade’”. Ovídio Baptista da Silva. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 91.

<sup>50</sup> *L’Ordo Iudiciarius Medioevale*. Rivista di Diritto Processuale. Anno XLIII, n.3. Padova: CEDAM, 1988, p.602.

de partida. Duvida-se da apregoada autonomia do mundo fenomênico e, conseqüentemente, da possibilidade de reconstruir os fatos como eles ocorreram, para depois resolver a questão jurídica”.<sup>51</sup>

O problema do conhecimento da verdade em direito não pode ser devidamente enfrentado sem que se compreenda a especificidade do raciocínio judicial. Muito embora as sentenças sejam comumente descritas como processo lógico-silogístico, é a gênese das premissas que define a lógica *more jurídico*.

Ao contrário do raciocínio apodítico, que parte de premissas tidas como verdadeiras, o raciocínio dialético parte de premissas prováveis, resultantes do diálogo, da diversidade de opiniões, de versões acerca da controvérsia. A distinção entre o raciocínio dialético e o demonstrativo, portanto, não decorre da sua estrutura lógica - já que em ambos está presente o silogismo, núcleo da lógica aristotélica, mas sim da qualidade de suas premissas. Alessandro Giuliani analisa com propriedade a idéia de *entimema*, desenvolvida por Aristóteles no final dos *Primeiros Analíticos* e retomada com profundidade na *Tópica*.<sup>52</sup> O *entimema*, no pensar do estagirita, é uma estrutura lógica que tem como premissa o *verossímil* ou o *signo*.

Ensina Giuliani:

*“Alla fine dei Promi Analitici vi è un intero capitolo dedicato all’entimema definito come un silogismo di una certa specie che differisce per la natura delle premesse: il segno o il verosimile.”...“l’introduzione del segno nella struttura del sillogismo ne altera la natura ed obbliga ad una precisazione del confine di un campo in cui la conoscenza causale non è possibile. Infatti, anche nel caso di un segno necessario, in cui abbiamo una inferenza necessaria,*

---

<sup>51</sup> Danilo Knijnik. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.12.

<sup>52</sup> Alessandro Giuliani. *Il Concetto di Prova: Contributo alla Logica Giuridica*. Milano, Giuffrè Editore, 1971, p.31 e 32. José Souto Maior Borges, no mesmo sentido refere: “desde as origens da lógica, portanto, o raciocínio apodítico (*demonstrativo*) difere do raciocínio dialético (*endoxa*) a partir da índole das premissas que cada um adota. No apodítico, as premissas, primeiros princípios, são havidas como verdadeiras, posto que indemonstradas; no dialético, as premissas são opinativas e apenas prováveis. Há, pois, um silogismo em ambas as hipóteses (Aristóteles, *Primeiros Analíticos*). A premissa dialética é adotada num debate apenas para fins de argumentação. A partir da demonstração, por via dedutiva, chega-se às conclusões verdadeiras; a partir da opinião - premissa dialética - não é possível evadir-se do verossímil, do possível.” *O Contraditório no Processo Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 25 .

*questo tipo di inferenza resta confinato alla retorica-dialettica. Dobbiamo tener presente che la retorica há relazione non com la verità ma com la congettura del probabile o del verosimile, ed i suoi metodi sono in un certo senso empirici.”*

A noção de *prova como argumento*, como proposição a reivindicar autoridade pela capacidade de convencimento, de geração de consenso, busca adesão por sua razoabilidade, por sua verossimilhança, e desafia resposta coerentemente posta discursiva e sistematicamente.<sup>53</sup>

Aprendemos com Carnelutti que se provam não os fatos, mas as afirmações das partes sobre determinados fatos. Dizia o mestre:

*“Sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que a sido afirmada y cuya exatitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el qual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el qual se demuestra o se halla una verdad afirmada”.*<sup>54</sup>

Não que Carnelutti fugisse ao dedutivismo moderno nas questões probatórias, mas a percepção da mediação que há entre realidade e significado é chave para compreender a natureza da prova judicial.

A mediação da linguagem é elemento inextricável do fenômeno jurídico. A atividade probatória está impregnada de conteúdo valorativo, ligado diretamente à finalidade da atividade jurisdicional e a uma série de opções

---

<sup>53</sup> Potremo forse avanzare timidamente l'ipotesi che la concezione moderna della prova incomincia ad apparire insoddisfacente: e ciò come conseguenza dalla diminuzione dell' interesse per l'aspetto sillogistico del ragionamento giudiziale, e per una piú profonda indagine delle concessioni della prova col giudizio. Si potrebbe dire che implicitamente si vano mettendo in luce gli aspetti argomentativi della prova, e dialettici del proceso. Nello stesso tempo si auspica che la scienza processualística sia sempre piú permeata dalla comparazione e dalla storia. Ecco perchè ci sembra di non aver fatto cosa inutile richiamando, nella presente ricerca, l'attenzione sull'esistenza di una concezione clássica della prova come *argumentum*, e sulla esistenza di una logica del probabile e del verosimile, legata alle tecniche di una *racio dialettica*, ed all'idea di una *verità probable*, costruita in relazione alle tecniche ed alla problematica del proceso” Alessandro Giuliani. *Il concetto di Prova: contributo alla logica giuridica*, Milano: Giuffrè Editore, 1971, p.253.

<sup>54</sup> Francesco Carnelutti. *La prueba civil*. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 38-40. Também para Sentis Melendo “los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos. La parte – siempre la parte; no el juez – formula afirmaciones; no viene a traerle al juez sus dudas sino su seguridad – real o ficticia – sobre lo que sabe; no viene a pedirle al juez que averigüe sino a decirle lo que ella ha averiguado; para que el juez constate, compruebe, verifique (esta es la expresión exacta) si estas afirmaciones coinciden com la realidad.” *La prueba*. Buenos Aires: EJE, 1979, p.12.

prévias que advêm de acordos semânticos anteriores e que são base do processo decisório.<sup>55</sup>

Não é apto o processo a produzir a chamada verdade material. A determinação dos fatos pode coincidir ou não com a realidade. Para Carnelutti, não é mais que verdade formal<sup>56</sup>, fixada pela utilização de meios e critérios previamente definidos, que ganha vida no processo independentemente de sua efetiva identificação com a verdade real ou material. Em contrário, Calamandrei entendia que os qualificativos formal ou real distinguem artificialmente uma mesma intenção de alcançar a verdade. Segundo ele, o formalismo processual constitui mero instrumento de eliminação do erro mediante utilização de métodos tradicionalmente reconhecidos. Vê no trabalho do jurista, em comparação com o do historiador, mera distinção de método.<sup>57</sup>

Colocar a verdade processual em termos de probabilidade ou verossimilhança implica já uma aproximação à sua natureza e alcance na experiência judiciária<sup>58</sup>. Trata-se de visualizar a relação entre prova e verdade não mais como uma relação ontológica, mas sim teleológica<sup>59</sup>. Compreender a importância da verdade na estrutura do processo e da decisão mesma, sem o

---

<sup>55</sup> “No âmbito do questionamento jurídico resulta, portanto, a necessidade da constatação de fatos, que já sempre são fatos num determinado sentido jurídico. Esta constatação pode derivar do emprego de instrumentos de prova legalmente prescritos de modo bem preciso. Neste contexto, é de importância o que ou as testemunhas ou o juiz experimentam. Seria, porém, um hipostasiar deste ponto de vista da percepção empírica pôr em razão disto um mundo de fatos fundado na percepção sensível ao lado de um mundo do direito e de valores que teria por fundamento a valoração jurídica. Mesmo a maneira de falar de que fatos são avaliados, parece-nos já uma simplificação inadmissível, porque causa a impressão de que existem também fatos sem valoração, portanto ‘fatos puros’. Quando constatado o fato já sempre está valorado, porque ele não pode existir sem esta valoração. É somente nesta base que se dá a possibilidade de casos. Casos não podem ser compreendidos como uma série de fatos da percepção sensível”. Jan Schapp. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1985, p. 40.

<sup>56</sup> *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 20-21.

<sup>57</sup> *El Juez y el Historiador*. Estudios Sobre el proceso Civil. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, pág.115. Também Michele Spinelli. *Las Pruebas Civiles*. Buenos Aires: EJEJA, 1973, p. 28-34.

<sup>58</sup> “El concepto de verdad procesal es, em suma, fundamental además de para la elaboración de una teoría del proceso, también por los usos que de él se hacen en la practica judicial. Y no se puede prescindir de él, salvo que se opte explícitamente por modelos penales puramente decisionistas, sino a costa de una profunda comprensión de la actividad jurisdiccional y de la renuncia a su forma principal de control racional.”Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 1995, p.46. Embora tratando do processo penal, encontra integral aplicação no âmbito do processo civil.

<sup>59</sup> Conforme Danilo Knijnik. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.14.

fetichismo que lhe é habitualmente associado, é condição para pensar um processo mais célere e justo, em que se harmonizem os vários valores que lhe são estruturais.

Quando hoje se refere à verdade judicial, é preciso ter em mente que isto nada tem a ver com critérios gerais de verdade e de nenhum modo expressam um significado unívoco do vocábulo. A verdade processual corresponde ao resultado da busca realizada com todos os limites lógicos e formais do processo, cuja aceitabilidade pode ser justificada<sup>60</sup>. A busca da verdade como valor permeia na estrutura do processo, muito embora deva ser compreendida em sua contingência. A convicção do juiz não encerra mais do que uma intenção estabilizadora, comprometida com a finalidade pacificadora da jurisdição, condicionada à observância de garantias fundamentais.

O mesmo processo, necessário para a estruturação de um sistema de liberdades e garantias é também, paradoxalmente, um dique que aprisiona parte do sentido original das coisas, que contém as furiosas torrentes da realidade e entrega ao juiz-garimpeiro um rio de leite dócil e delgado, cujas águas perderam a força. Na mesma bateia, veras pepitas e ouro de tolo.

3. O processo judicial como espaço das pretensões de verdade em luta: sistema, formalismo e colaboração.

A energia criadora que emana do convívio social impõe a toda tentativa de construção sistemática do direito o reconhecimento da precariedade do projeto e a vital abertura ao novo. Marcada a pós-modernidade, ou a modernidade líquida de que fala Bauman<sup>61</sup>, pela enorme diversidade, o direito

---

<sup>60</sup> Novamente Ferrajoli, “La coherencia y la aceptabilidad justificada son, en suma, los criterios subjetivos conforme a los que el juez evalúa y decide sobre la verdad o la fiabilidad de las premisas probatorias de la inducción del hecho y de las interpretativas de su calificación jurídica. Pero el único significado de la palabra ‘verdadero’ – como de la palabra ‘fiable’, ‘probable’, ‘verosímil’, ‘plausible’ o similares – es la correspondencia más o menos argumentada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica con la realidad objetiva, que en el proceso viene constituida por los hechos juzgados y por las normas aplicadas.” *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 66.

<sup>61</sup> Zygmund Bauman. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p.7-22.

não se realiza em ambiente estático, com uma constelação permanente de problemas e tensões.

A força normativa da Constituição e do sistema como um todo, é algo que se dá a conhecer de forma móvel e progressiva, agregando elementos a partir da experiência prática e adaptativa de operação desse sistema. Como manifestação da “consciência projetante do homem e da força conformadora do direito”<sup>62</sup>, cabe à Constituição a criação de um núcleo normativo, com função regulativa, que ofereça as condições estruturais e procedimentais para a tomada de decisões relativas aos espaços de conflito. Ao mesmo tempo em que se lhe impõe a tarefa de fixar, com caráter vinculante, as bases do ordenamento jurídico, há que permanecer aberta, conservando espaços para a evolução social. No contexto pós-moderno, a Constituição não mais pode ser vista meramente como vértice de derivação racional do sistema, e sim como “um estatuto reflexivo que, através de certos procedimentos, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas”.<sup>63</sup>

Ainda que reconhecida a transitoriedade dos arranjos sociais e políticos, ainda que admitida a impossibilidade de uma regulação onicompreensiva das relações que se dão na vigência de uma determinada ordem constitucional, a Constituição, com base em valores assentados - não necessariamente permanentes, mas histórica e culturalmente situados - estrutura “os procedimentos que devem fazer possível a resolução dos conflitos, através dos quais deve ter lugar um processo de formação de unidade política e por meio dos quais a decisão de questões abertas fique submetida a regras claras,

---

<sup>62</sup> J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

<sup>63</sup> Teubner e Ladeur, referidos por Canotilho, em *Tópicos de Um Curso de Mestrado Sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1990, p.14. Para Teubner, “mesmo as mais poderosas pressões só serão levadas em conta e elaboradas juridicamente a partir das formas como aparecem nas ‘telas’ internas, onde se projetam as construções jurídicas da realidade (*rechtlichen Wirklichkeitskonstruktionen*). Neste sentido, as grandes evoluções sociais ‘modulam’ a evolução do Direito, que, não obstante, segue uma lógica própria de desenvolvimento”. Gunther Teubner, *apud* Guerra Filho, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.64.

compreensíveis, garantidoras, tanto quanto possível, de um resultado adequado. A importância de tais prescrições é tanto maior quanto mais aberta se mantém a Constituição em suas determinações de conteúdo, porque, embora haja a necessária abertura material perante múltiplos objetivos e interesses, outorga uma forma estável de realização destes objetivos”.<sup>64</sup> O direito, como elemento ordenador e instrumento de controle social, postula um modelo estrutural com tendência generalizadora vinculado às questões centrais da evolução institucional e da decidibilidade dos conflitos.

Não se pode estabelecer, portanto, radical separação entre a Constituição jurídica e as condições concretas de sua realização, tampouco assimilar integralmente a Constituição aos circunstanciais arranjos do poder, desconsiderando sua força prospectiva. A eficácia normativa da constituição resulta de uma relação de coordenação entre “constituição real” e “constituição jurídica”, em que uma não pode ser assimilada inteiramente à outra, tendo existências autônomas e distintas, embora reciprocamente condicionadas.

Salienta Hesse<sup>65</sup> que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas”. Trabalha Hesse<sup>66</sup> a partir das noções de “*programa normativo*” e “*âmbito normativo*”, desenvolvidas por Friedrich Müller<sup>67</sup>. A primeira

---

<sup>64</sup>Conf. Konrad. Hesse. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.19-20.

<sup>65</sup> Konrad Hesse. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p.14.

<sup>66</sup> Konrad Hesse. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.44, reconhecendo e remetendo às importantes contribuições de Friedrich Müller.

<sup>67</sup> “O teor literal expressa o ‘programa da norma’, a ‘ordem jurídica’ tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierarquicamente igual, o ‘âmbito da norma’, isto é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares).” Friedrich Müller, *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.48.

ligada ao sentido da norma constitucional (prescrição jurídica originária – o sentido do texto da norma<sup>68</sup>), cujo conhecimento se dá pelo continuado trabalho exegético, no esforço de precisar as possíveis variantes de sentido do texto constitucional; a segunda determinada pelos dados de realidade oferecidos pelo problema concreto em análise. Afirma Hesse que “a través de una actuación ‘tópica’ orientada y limitada por la norma (lo que es tanto como decir vinculada por la norma) habrán de encontrar-se y probar-se puntos de vista que, procurados por via de la *inventio*, sean sometidos al juego de las opiniones en favor y en contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente possible (*topoi*)”. Seguindo o raciocínio, refere que o intérprete constitucional “se halla obligado a la inclusión en su ‘programa normativo’ y en su ‘ambito normativo’ de los elementos de concretización que le proporciona la norma constitucional misma así como de las directrices que la Constitución contiene em orden a la aplicación, coordinación y valoración de dichos elementos en el curso de la solución del problema”.<sup>69</sup>

A tarefa de concretização das normas constitucionais busca estabelecer, portanto, uma “coordenação objetiva”, entre o significado que a elas seja atribuído e as condições reais de sua aplicação. “As posibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*sein*) e dever-ser (*solen*)”.<sup>70</sup> O âmbito normativo relaciona-se com o programa normativo, oferecendo-lhe dados do setor da realidade social em que deve ser aplicado. A norma deriva deste mútuo reconhecimento, estando ambas as dimensões inseridas na norma<sup>71</sup>.

Ainda que se possa ser prudente quanto ao reconhecimento de que se encontra inserida no conteúdo da norma a realidade por ela regulada, há de se admitir que o conhecimento da realidade sobre a qual deva incidir a norma é indispensável à tomada de qualquer decisão que envolva a concretização de

---

<sup>68</sup> Friedrich Müller, *apud* Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.108.

<sup>69</sup> Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 43.

<sup>70</sup> *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p. 24.

<sup>71</sup> Conf. Friedrich Müller *apud* Juan Carlos Gavara de Cara. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.108.

norma constitucional, tanto mais de direito fundamental, cujo enunciado, por sua generalidade, carrega grande imprecisão semântica. A definição do âmbito normativo é indispensável à compreensão dos aspectos próprios da questão a decidir, constituindo dimensão iniludível da eficácia normativa da Constituição<sup>72</sup>.

A relação entre a Constituição, apreendendo o aspecto dinâmico e relacional de sua realização, e a idéia geral de *processo* (ou *processos formativos*, incluindo aqui também o processo de desenvolvimento normativo), coloca-se no centro do debate sobre a eficácia normativa da Constituição. Toda a negociação de sentido fundada em um modelo de racionalidade comunicativa pressupõe um regramento fundamental do diálogo. Tal missão de proporcionar a aproximação entre as normas constitucionais e a realidade que pretendem regular se apresenta em todos os níveis de construção e operação do sistema. Esta profunda relação existente entre a concretização da ordem constitucional e o aspecto processual, de sua realização, explica a grande relevância dada aos chamados *direitos fundamentais à organização e procedimento*, dentre os quais se inserem aqueles ligados diretamente ao processo judicial. Nesse sentido, construir necessárias rupturas e projetar a ordem jurídica para o futuro, com recurso a um modelo de racionalidade dialética e discursiva, demanda regramento do debate, de forma a estabelecer condições de suportar as transições sem pôr em risco demasiado a estrutura jurídica, equalizando as pressões sociais de forma responsável e democrática, com acatamento dos princípios que configuram a ordem constitucional.

É o processo judicial espaço privilegiado dessa alquimia, por realizar a sensível função de conexão entre a ordem jurídica e seu âmbito de realização material. Mesmo as questões cujo encaminhamento se dá pelas vias políticas acabam encontrando no Judiciário os limites e possibilidades das soluções propostas. É no Judiciário, e mais especificamente no processo judicial, por sua

---

<sup>72</sup> “Les éléments du champ normatif forment des *niveaux méthodologiques intermédiaires de caractère typologique*. Ils spécifient un champ structurel réellement possible pour les cas juridiques qui doivent être potentiellement subordonnés à la prescription normative. Une méthodologie qui intègre ces éléments médiatise le cas d’espèce par le texte de norme sur la base du niveau intermédiaire formé par la ‘typique de concrétisation’ dessinée selon le programme normatif et le champ normatif. Le texte de norme et le cas d’espèce ne son pas des points-limite isolés de la production de la norme; ils sont au contraire intégralement incorporés à ce processus de production. Non seulement le texte de la norme doit être médiatisé par le cas d’espèce, mais aussi, réciproquement, le cas par le texte.” Conf. Müller, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 294-295.

acessibilidade, que as pressões sociais encontram sua feição especificamente jurídica e são remetidas a critérios intra-sistemáticos de decisão<sup>73</sup>. Neste contexto é que se pode vislumbrar o processo como espaço e veículo do embate dialético e da definição dos critérios de solução das contendas. No dizer de Mauro Capelletti<sup>74</sup> o processo “*es como un espejo, en el qual se hallan fielmente reflejadas las importantes cuestiones de la libertad y de la justicia, los grandes temas de las relaciones entre los individuos, grupos y estados*”.

A magnitude da tarefa desempenhada exige um processo em grande medida formalizado, submisso a regras e limitações prévias destinadas a harmonizar os vários compromissos assumidos que, considerados em seu conjunto e recíprocas implicações, conduzem a uma unidade valorativa ligada à função teleológica do direito e da Constituição<sup>75</sup>. Em tal dimensão, o processo deve ser um espaço de liberdade sem perder de vista que a liberdade no e para o processo pressupõe a compreensão de sua finalidade e não pode dela ser desligada.<sup>76</sup>

Segundo Ferraz Jr.<sup>77</sup> analisando o processo judicial como sistema social, “todo sistema gera uma história e essa história particular, diferenciada da história global, nasce da participação dos sujeitos. Cada ação é sempre uma contribuição à geração de uma história própria. Essa é uma estrutura espacial que determina o que faz parte e o que se exclui do sistema, quais os

---

<sup>73</sup> Como lucidamente adverte Ada Pellegrini Grinover, “isto significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas, sobretudo, ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. Claro é que a história, a sociologia e a política não de parar às portas da experiência processual, entendida como fenômeno jurídico”. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 6

<sup>74</sup> Capelletti, Mauro. *Algunas Reflexiones Sobre el Rol de los Estudios Procesales en la actualidad*. Revista de Direito Processual – REPRO, n.64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 146.

<sup>75</sup> Conforme Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993 p.637 e ss. Também Robert Alexy. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.454 e ss.

<sup>76</sup> Como afirma Giuliani, “il processo potrebbe essere considerato come un capitolo della storia politico-costituzionale di una certa epoca. Esso permette di verificare rapporti di armonia o di dissonanza fra il principi logici ed etici da um lato, e gli aspetti istituzionali dell’altro lato, soprattutto per cio che riguarda i rapporti tra legislatore e giudice, e tra il giudice e le parti. *L’Ordo Judicarius medioevale*. Rivista di diritto Processuale. Anno XLIII, n.3. Padova: CEDAM, 1988, 603.

<sup>77</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Estudos de Filosofia do Direito, reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2003, p.65.

comportamentos admitidos e os excluídos, e uma estrutura temporal, pelo estabelecimento de prazos e ordens temporais, pois nem tudo ocorre ao mesmo tempo. A constituição histórica da estrutura é paralela ao estabelecimento de regras (formais) do procedimento. Assim, a estrutura nasce de um processo histórico e normativo”.

O processo judicial é, assim, não só o espaço privilegiado para a construção de significado e de atribuição de conteúdo das normas<sup>78</sup>, mas também o espaço onde se revelam as pressões sobre a atividade de distribuição de justiça, a existência de lacunas e também os obstáculos de ordem formal que derivam de estágios intermediários de evolução do sistema. Atuando em coordenação com os demais princípios constitucionais, os direitos fundamentais de natureza processual funcionam como mandados de otimização<sup>79</sup>, determinando uma “normação intrinsecamente densificadora”, além de “formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas”<sup>80</sup>. Os escopos do processo estão diretamente vinculados à missão de realização, na maior medida possível, dos valores constitucionais. O sistema processual revela suas virtudes na medida em que pode conservar a necessária elasticidade sem afastar-se de sua inegável função de garantia e instrumento de realização de direitos democraticamente reconhecidos, sendo, ele mesmo, diretamente informado pelos valores constitucionais. O papel jusfundamental do processo impõe-lhe estruturação material e normativa compatível, bem como operação comprometida com esses valores.

---

<sup>78</sup> Segundo Dinamarco, “a Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico. A bipolaridade dessas influências associa-se, naturalmente, ao reconhecimento do poder que exercem os juízes, como guardas da Constituição e responsáveis por sua interpretação e cumprimento. Assim inserido nas estruturas estatais do exercício do poder, o juiz põe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais.” Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 149.

<sup>79</sup> Os princípios são mandados de otimização que determinam cumprimento na maior medida possível, observadas as condições concretas. Sobre a distinção entre regras e princípios e sua forma de operação, ver, entre outros, Dworkin. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Planeta De Agostini, 1993; e Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>80</sup> Hesse, referido por Canotilho, em *Tópicos de Um Curso de Mestrado Sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, 1990.

Princípios processuais são elevados à categoria de garantias fundamentais por sua missão vital de conexão da ordem constitucional com a realidade, estabelecendo formas de mediação de relações sociais concretas, atuando histórica e culturalmente<sup>81</sup>. O atual estágio de desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais implica visualizá-los como “direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização”<sup>82</sup>, tratando-se de “garantias em sentido atuativo”<sup>83</sup>, de modo que participação em um processo estruturado segundo os princípios constitucionais é, em si, o exercício de um direito fundamental ao “devido processo”.

Não se contenta o direito processual, neste diapasão, apenas em oferecer condições de decidibilidade a casos particulares, fixando o procedimento a ser observado, mas avoca a tarefa de referencial sistemático, apontando uma trajetória que se desenhe a partir de fundamentos axiológicos e teleológicos que lhe confirmam legitimidade e permitam, tanto quanto possível, o controle racional dos resultados obtidos<sup>84</sup>. A valorização do contraditório em um

---

<sup>81</sup> Como refere Ingo Sarlet “O que é importante consignar é que essas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É nesse sentido que também se fala em direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas”. Mais adiante: “diversos destes direitos-garantia podem ser reportados ao *status activus processualis* de Peter Häberle, integrando a categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, o que se aplica principalmente às garantias de cunho processual”. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.180.

<sup>82</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2002, p.34. V.22.

<sup>83</sup> Conforme Luigi Paolo Comoglio, “garantia” é não só um direito reconhecido ou atribuído *in abstracto* pela norma, senão um direito efetivamente protegido em concreto, suscetível de plena atuação ou reintegração quando resulte violado. As garantias processuais não são, assim, apenas garantias no sentido formal ou estático e sim garantias em sentido atuativo e dinâmico que asseguram condições efetivas de fruição de qualquer direito atribuído ou reconhecido. *Garanzie Costituzionali e “Giusto Processo”*. REPRO n.90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.100.

<sup>84</sup> Conf. Comoglio “Dalla medesima fonte e matrice derivano, altresì, le idee piu avanzate di una moderna instrumentalità del processo, la quale sia caratterizzata da precise connotazioni deontologiche e tenda a preservare no soltanto gli scopi ed i profili tecnici, ma anche gli aspetti etici del procedimento giudiziario, pur necessariamente soggetto al principio di legalità ed alla sancita osservanza di determinate forme. Tale instrumentalità esige che le guarentigie formali del processo non siano mai finì a se stesse, ma debbano sempre concorrere, sul piano istituzionale, al conseguimento di risultati decisori coerenti com i valori di equità sostanziale e di giustizia procedurale, consacrati dal lê norme costituzionali o da quelle internazionali.”.

contexto de participação, com destaque para a construção de uma fundamentação da decisão que colha as contribuições dos partícipes é, sem dúvida, elemento essencial ao processo<sup>85</sup>. A idéia traz como corolário a expectativa de uma gênese plural das decisões de modo a legitimar-se democraticamente.

Com efeito, a adequação da decisão às normas jusfundamentais, ou seja, a correção material do julgado é elemento indissociável da idéia de justiça. A vinculação da atividade judiciária à Constituição projeta-se para além do mero procedimento e torna-se dimensão fundamental do fenómeno constitucional. Bem adverte Alexy que *“aun quando el procedimiento no garantiza la conformidad iusfundamental del resultado, aumenta la probabilidad de un resultado conforme al derecho fundamental. Pero, es claro que el simple aumento de la probabilidad de un resultado conforme al derecho fundamental no puede ser nunca una razón para renunciar al examen judicial de la conciliabilidad material de los resultados con las normas iusfundamentales.”*<sup>86</sup>

Prossegue referindo a formulação do Tribunal Constitucional Federal alemão para descrever a função do processo: “El derecho processal sirve para la producción de decisiones conformes a la lei y, desde este punto de vista, correctas pero, ademas, dentro do marco de esta corrección, justas”<sup>87</sup>.

O *direito ao devido processo legal*, ou ao *justo processo*, garantia que, de certa forma, sintetiza as demais, é, portanto, entendido em suas duas

---

Luigi Paolo Comoglio. *Garanzie Costituzionali e “Giusto Processo”*. REPRO, n.90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.106.

<sup>85</sup> Novamente em Giuliani, colhemos: “le regole della discussione dialittica riflettono l’interferenza tra dimensione ética: senza il rispetto della giusta regola di condotta nel dialogo, il contraddittorio non opera come strumento di ricerca della verità”. *L’Ordo Judicarius Medioevale*. Rivista di Diritto Processuale. Anno XLIII, n.3. Padova: CEDAM, 1988, p. 603. Também Picardi, com sentido análogo: “Uma volta spostato l’ángulo visuale sul giudice, il contradditto diviene il cardine della ricerca dialettica, condotta com la collaborazione delle parti. Siamo neel’ambito di una lógica, non del necessario e dell’inevitabile, ma del probabile e del ragionevole. *Il principio del contraddittorio*. Rivista di Diritto Processuale. Anno LIII, n.3. Padova: CEDAM, 1998, p. 680.

<sup>86</sup> Robert Alexy. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 473.

<sup>87</sup> Robert Alexy. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 472.

dimensões: formal e material. Deve o processo estruturar-se formalmente<sup>88</sup> de modo a dar cumprimento, tanto quanto possível, aos vários princípios implicados, estabelecendo, a cada passo, a sua devida ponderação. A noção atual de instrumentalidade<sup>89</sup> postula um processo tecnicamente estruturado que possa atender aos aspectos éticos da atividade judiciária, garantindo participação efetiva e paritária dos sujeitos. Destacando a necessidade do diálogo e colaboração das partes, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira “a necessidade de estabelecer-se o permanente concurso de atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles”. (...) “Ora, a idéia de cooperação, além de implicar, sim, um juiz mais ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores”.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Sobre a idéia de formalismo processual e suas relações constitucionais, amplamente, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

<sup>89</sup> Embora utilize o termo, por sua tradição e por expressar um grupo de conceitos mais ou menos conhecidos, não posso deixar de dar razão a Calmon de Passos quando afirma: “Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um. Parodiando Gadamer, ao afirmar que ‘ser’ que pode ser compreendido é linguagem, também observo que o processo (comunicação, palavra) nada mais é do que a linguagem que dá concreção (pensamento) ao direito”. J. J. Calmon de Passos. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. REPRO, n. 102. São Paulo: RT, 2000, p.64.

<sup>90</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*. In Revista Processo e Constituição, Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional. Número 1. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004, p.63 e 97.

A posição vai ao encontro do que nos diz Fazzalari, para quem “a pluralidade de sujeitos é indispensável na estrutura do processo, mas não constitui a sua característica, que reside na qualidade dos sujeitos e no modo de sua formação no *iter* formativo da decisão”. Segundo o autor, “tal estrutura consiste na participação dos destinatários do efeito do ato final na fase de preparação do mesmo; na simétrica paridade ser suas respectivas posições; na mútua implicação de sua atividade (voltada, respectivamente, a promover e a impedir a emanção do provimento); na relevância dessa participação para o autor do provimento de modo que qualquer contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações; de controles, e deva conhecer os controles e reações do outro e, ainda, que o autor do ato deva conhecer o resultado”.<sup>91</sup>

As garantias processuais não podem ser vistas como fim em si mesmas, devendo oferecer, dentro das possibilidades, resultado materialmente justo e passível de controle racional em parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. Para tanto, devem garantir a participação dos sujeitos processuais de tal forma a permitir a paridade de armas e o exercício efetivo do contraditório. Daniel Francisco Mitidiero assevera que “o processo só pode ser encarado, a partir da perspectiva do formalismo-valorativo, como um procedimento em contraditório, jungido aos valores constitucionais e devidamente demarcado pelas garantias processuais mínimas que configuram o devido processo legal processual (art. 5º, LIV)”.<sup>92</sup>

Sendo a Constituição referencial axiológico da atividade de distribuição do direito, em que se enunciam direitos mercedores de ampla proteção, bem como as garantias dos que litigam em processo judicial, não está ela infensa a tensões internas que se revelam no momento da aplicação das normas constitucionais e mesmo nas atividades de aplicação e produção de normas infraconstitucionais. Tais tensões devem ser enfrentadas levando em

---

<sup>91</sup> Elio Fazzalari. *Instituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, p.83. Em sentido análogo, enfatizando o princípio da “paridade de armas”, Giuseppe Tarzia, *Parità delle Armi tra le Parti e Poteri del Giudice nel Processo Civile*. In Problemi del Processo civile di Cognizione. Padova: Cedam. Ainda na doutrina italiana Nicola Picardi. *Il principio del Contraddittorio*. Rivista di Diritto Processuale. Anno LIII, n.3. Padova: Cedam, 1988.

<sup>92</sup> Daniel Mitidiero. *Elementos para uma teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.145.

consideração a realidade a regular, além da devida proporcionalidade e seus subprincípios. O que resulta desse esforço hermenêutico, transbordando do plano meramente conceitual para abarcar a realidade regulada, é justamente o que permite dar aplicação à Constituição e encontrar os limites de uma possível vivência constitucional. A construção de uma noção de *devido processo constitucional*, por tudo quanto foi dito, desafia o enfrentamento responsável e atento da mobilidade social, o permanente jogo de pressões internas que são reveladas na própria atividade de operação do sistema, bem como a permanente revisão de sua estrutura normativa.

A casuística forense é rica em oferecer situações em que se faz inevitável o devido balanço dos princípios jurídicos implicados, apontando para a necessidade se estabelecer relações de adequação à realidade, com vista à idéia de justiça material, considerando, ainda, limites estruturais e aspectos eminentemente pragmáticos de operação do sistema.

Enquanto o processo se estrutura para oferecer segurança, participação e igualdade dos sujeitos processuais e para excluir, na maior medida possível, a possibilidade do erro (e sua total exclusão é ilusória), também se lhe reclama efetividade, celeridade, economicidade e, atualmente, acentua-se a preocupação com a viabilidade administrativa da jurisdição.

Muito embora seja concebido o processo para estabelecer meios adequados ao conhecimento dos fatos que importam à solução da lide, bem como a adequada exegese do sistema normativo (o que não pode ser afastado de uma compreensão do real, sendo artificial qualquer tentativa de radical separação entre fato e norma), construindo a partir da contraposição dialética das afirmações das partes o suporte da decisão, não é apenas esta a sua finalidade. Isto porque, a par de sua função meramente cognitiva, o processo assume compromissos outros que, da mesma forma, interferem decisivamente em sua conformação. Giuliani, com a habitual clareza, lembra-nos que “no processo, de fato, lógica e epistemologia revelam-se disciplinas menos puras e abstratas do que comumente se acredita; em uma variedade de equilíbrios ele

se legitima, em termos de razoabilidade, valores éticos e político-constitucionais diversos e, ao limite, opostos”<sup>93</sup>.

#### 4. As máximas de experiência e sua função nos juízos de verossimilhança

As máximas permeiam todos os juízos de fato produzidos no processo. Por sua função essencial e íntima vinculação com a formação dos juízos de verossimilhança, impõe-se o enfrentamento do tema. Para Danilo Knijnik “ela é onipresente. Assim ocorre por não haver distinção, nem ontológica nem gnoseológica entre prova direta e indireta, como visto. Assim, as máximas de experiência sempre estão presentes em qualquer juízo de fato elaborado no processo”.<sup>94</sup>

##### 4.1. O conceito clássico de máximas de experiência.

Em sua obra clássica, Stein define máximas de experiência como “juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se apreciam no processo, procedentes da experiência, mas independentemente dos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros que venham ocorrer”<sup>95</sup>.

“São aquelas que o magistrado, como homem integrado ao seu universo cultural, terá induzido da observação – ou mesmo da vivência – de fatos

---

<sup>93</sup> *L’Ordo Judicarius Medioevale*. Rivista di Diritto Processuale. Anno XLIII, n.3. Padova: CEDAM, 1988, p. 601-602.

<sup>94</sup> *A Prova Nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.68.

<sup>95</sup> Friedrich Stein. *El Conocimiento Privado del Juez*. Tradução de Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1973, p. 22. Tudo quanto se produziu posteriormente a respeito da matéria tomou como referência o trabalho de Stein, escrito há mais de um século, em 1893. Acatando a tradicional definição, Alfredo Buzaid define as máximas de experiência como “juízos de valor, formulados no processo, com base no que ordinariamente acontece que, por sua generalidade, se aproximam da lei, permitindo que para litígios semelhantes se aplique a mesma solução”. *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 134 .

repetidos que costumam invariavelmente conduzir a determinados resultados”, refere Adroaldo Furtado Fabrício<sup>96</sup>.

Stein creditou ao triunfo do sistema da livre valoração da prova - e ao ocaso da prova legal - a retomada vigorosa das discussões acerca das máximas de experiência, pondo-as como categoria fundamental da teoria da prova. Em razão da vinculação das máximas de experiência à natureza essencialmente cultural do fenômeno jurídico, vislumbrou o autor amplas implicações que vão desde a formação do juízo de relevância dos meios probatórios até sua função central na estrutura da prova indiciária, atuando de forma decisiva no processo inferencial que liga o indício ao fato indiciado<sup>97</sup>. Apontou, ainda, as funções de distribuir adequadamente a carga probatória (inversão do ônus), de determinar a impossibilidade de um fato (impossibilidade absoluta, conceito que bem distinguiu daquele de notório negativo), bem como de possibilitar adequado manejo dos preceitos jurídicos quando contenham expressões de conteúdo aberto, semanticamente impreciso.

Justamente essa última função mereceu estudo de Barbosa Moreira<sup>98</sup>, em que salienta o importante papel desempenhado pelas máximas de experiência na interpretação de conceitos indeterminados contidos na lei (boa-fé, bons costumes, relevância das alegações, por exemplo) que, justamente em razão da grande abertura semântica, reclamam construção de significado que só é possível mediante adequada compreensão do contexto histórico-cultural em que é gestada a decisão, destacando a importância da prudência judicial em um sentido bastante próximo ao que lhe foi atribuído no direito romano. No mesmo escrito, o eminente processualista destaca, ainda, outra função das máximas ou regras de experiência, qual seja a de atuar como instrumento de subsunção, de qualificação jurídica do fato (determinação da consequência jurídica do fato). Veja-se que as máximas de experiência, tomadas essas duas

---

<sup>96</sup> Adroaldo Furtado Fabrício. *Fatos Notórios e Máximas de Experiência*. In Estudos em Homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover. Yarshel, Flávio Luiz e Zanoide de Moraes, Maurício (Orgs.). São Paulo: DPJ Editora, 2005, p.431-441.

<sup>97</sup> Tema que mais tarde mereceria retomada pela pena de Michele Taruffo em edificante revisão crítica acerca do conceito de relevância probatória. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970.

<sup>98</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados*. In Temas de Direito Processual Civil. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1988.

últimas funções, exercem função essencialmente jurídica, seja por permitirem adequada determinação do sentido da norma, seja por auxiliarem na determinação da consequência jurídica do fato ou conjunto de fatos tomados como fundamento da decisão.

Tal afirmação não é isenta de desdobramentos em vista da idéia, oportunamente desenvolvida no presente trabalho, de que o juízo de verossimilhança, longe de implicar mero exame dos fatos, constitui, na realidade, um juízo complexo que engloba a indissociável relação fato-direito.

#### 4.2. A crítica à natureza axiomática das máximas de experiência e a natureza indutiva dos juízos probatórios

Segundo a noção clássica, a formação das máximas de experiência trilha o caminho indutivo, extraindo a regra geral da observação de fatos similares conducentes a similares consequências. A propósito, a referência de Stein: “é uma previsão (*Erwartung*) a que podemos chegar simplesmente pelo caminho da indução, isto é, na medida em que partimos da experiência de que, em uma série de casos, condição e consequência, sujeito e predicado do juízo lógico se encontram ligados de uma maneira determinada. Há que partir, pois, do que ocorre na maioria dos fatos concretos, dos casos ‘comprovados’”.<sup>99</sup>

Mais adiante: “da mesma forma, mediante indução, surgem as definições. Quando uma palavra é utilizada mil vezes em um preciso sentido, concluímos que nesse mesmo sentido será utilizada em outros casos.”<sup>100</sup>

A máxima de experiência indutivamente obtida atua, na concepção clássica, como premissa maior de um raciocínio de estrutura silogístico-dedutiva, que conduz a um juízo de veracidade acerca de um fato por estabelecer relação necessária de causa e consequência entre um fato já provado (premissa menor) e aquele que se pretende provar. Trata-se de

---

<sup>99</sup> Friedrich Stein. *El Conocimiento Privado del Juez*. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1973, p. 20.

<sup>100</sup> Friedrich Stein. *El Conocimiento Privado del Juez*. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1973, p. 20.

raciocínio mediado por uma regra geral que determina relação de causalidade apta a conduzir a uma conclusão necessária relativamente à existência ou inexistência do fato que se busca provar.

Carnelutti também identificou na prova indireta “um procedimento lógico de dedução” em que “a premissa menor está constituída pela posição de um fato percebido diverso do fato a provar, e a conclusão pela afirmação de verdade ou não (existência ou inexistência) de um fato a provar, enquanto serve de premissa maior uma norma que o juiz considera aplicável ao fato percebido”. Acrescentando que “semelhantes normas pertencem a todos os campos: ao saber técnico ou ao dos conhecimentos comuns, ao das ciências naturais ou ao das morais, ao da psicologia ou da economia”<sup>101</sup>.

As regras de experiência operariam, dessa forma, como “instrumentos da dedução” <sup>102</sup>, constituindo, no vocabulário carnelutiano, “fontes de presunção” <sup>103</sup>. Por exercerem tal função, muitas máximas de experiência são convertidas em *presunções legais*, cristalizadas em normas, com ampla incidência na solução de questões jurídicas. Ausentes tais presunções legais, é dado ao juiz trabalhar com elementos derivados de sua própria formação cultural mediante generalizações que lhe permitam decidir a partir de *quod plerumque accidit*. <sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> Francesco Carnelutti. *La Prueba Civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Depalma, 1979, p.62.

<sup>102</sup> Francesco Carnelutti. *La Prueba Civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Depalma, 1979, p.77. Conforme informa Giacomo P. Augenti, no apêndice dessa edição, um Carnelutti posterior realizaria importante revisão em seu pensamento sobre o tema, fazendo distinção essencial entre juízo e silogismo, atribuindo ao primeiro caráter inventivo e ao segundo caráter demonstrativo, concluindo que só o silogismo, não o juízo, está no plano racional. A crítica ao estatuto epistemológico moderno, acirrada principalmente a partir de meados do século XX, ofereceria a chave para um controle racional do juízo, ao descolar a noção de racionalidade da estrutura silogístico-dedutiva, retomando a idéia clássica de prova como argumento, resgatando uma racionalidade de feição tópico-retórica, mais vinculada à probabilidade e à razoabilidade, o que Carnelutti jamais pôde fazer, imerso inescapavelmente na cultura de sua época.

<sup>103</sup> “Se chamam *fontes de prova* os fatos que servem para a dedução do fato a provar e que *estão constituídos pela representação deste*; se chamam *fontes de presunção* os fatos que servem para a dedução do fato a provar e que *não estão constituídos pela representação deste*.” A tradução feita livremente mantém os destaques dados pelo autor do texto original. Francesco Carnelutti. *La Prueba Civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Depalma, 1979, p.90. A definição mereceu nota longa e memorável (nota 158 da edição referida).

<sup>104</sup> Em nosso ordenamento processual, a autorização é dada expressamente pelo art. 335: “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum

Afirmava Carnelutti que “da maior ou menor segurança da regra de experiência empregada depende precisamente o maior ou menor fundamento da conclusão, ou seja, o grau maior ou menor de verossimilhança do fato aceito pelo juiz”, ao que acrescenta Adroaldo Furtado Fabrício: “o espírito do juiz quando trabalha com *praesumptiones hominis* ou com máximas de experiência, visando formar seu convencimento, precisa percorrer duas etapas: primeiro, identificar a regra geral em si mesma (que não está, para o caso, na lei, mas na experiência ordinária de seu círculo social); depois, inferir dessa máxima a conclusão de veracidade ou inveracidade de algum fato pertinente ao processo. E precisa estar consciente de que, em qualquer dessas passagens, pode ocorrer o erro (...)”.<sup>105</sup>

Vê-se, desde logo, que qualquer equívoco na analogia entre a situação examinada e aquelas tomadas em consideração na construção da máxima pode levar por diferentes caminhos o raciocínio judicial. Em um contexto de grande diversidade, já a categorização dos fatos da vida pode encerrar algo substancialmente arbitrário.

Taruffo dedica especial atenção à idéia de máxima de experiência e, mais diretamente, a uma das funções que tradicionalmente reserva-lhe a doutrina: a de conexão entre os “fatos secundários” que levam à formação da convicção acerca da existência de um fato juridicamente relevante para a decisão (“fato primário”, ou fato jurídico, suporte de incidência da norma jurídica)<sup>106</sup>. Adverte que formular regras gerais, fundadas na experiência, implica realizar um salto lógico que consiste em atribuir natureza de “regra” a um conjunto dos dados particulares fornecidos pela experiência acerca de certo número de eventos similares observados, partindo da noção de causalidade.

A concepção clássica vê a máxima de experiência como uma regra geral, de função “normativa”, que atua como premissa maior de um silogismo de corte dedutivo. Essa premissa, entretanto, nasce de operações indutivas,

---

subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

<sup>105</sup> Adroaldo Furtado Fabrício. *Fatos Notórios e Máximas de Experiência*. In Estudos em Homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover. Yarshel, Flávio Luiz e Zanoide de Moraes, Maurício (Orgs.). São Paulo: DPJ Editora, 2005, p.438.

<sup>106</sup> Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.208.

afirma a doutrina de modo convergente. Entende Taruffo que, se houver pretensão de exercer controle racional da decisão, não é possível, sem graves conseqüências, tomar a máxima de experiência simplesmente como premissa maior de um raciocínio causal-dedutivo. Salienta que “a máxima de experiência não é uma regra geral, mas o somatório de dados concretos que possam revelar-se úteis para o conhecimento de um fato cuja fixação é necessária”. Esses dados de experiência só podem ser usados como premissa de uma passagem inferencial, de natureza estritamente indutiva, e jamais podem ser de todo afastados dos fatos particulares observados que lhes deram origem. O conhecimento empírico não pode servir-se do modelo dedutivo, só utilizável quando os pressupostos de caráter geral não são condicionados à verificação, o que não ocorre quando o parâmetro é justamente a experiência (científica, cultural).

A crítica desnuda o equívoco de tratar-se o raciocínio judicial como operação essencialmente dedutiva, já que suas premissas estão eivadas de operações indutivas. Segundo Taruffo, “pode-se recorrer ao esquema ‘nomológico-dedutivo’ da explicação causal, com a condição de que resulte claro que esse esquema serve para indicar a estrutura da inferência entre fatos individuais fundamentada em alguma regra de inferência, mas não para estabelecer a natureza logicamente dedutiva dessa inferência. Sua natureza lógica se reconduz habitualmente aos esquemas da indução mais do que da dedução e, apesar disso, é óbvio que depende das características específicas dos critérios utilizados para formular e justificar a vinculação entre os fatos”<sup>107</sup>.

A noção tradicional vale-se do esquema lógico-formal característico do positivismo oitocentista<sup>108</sup> e toma a máxima de experiência como premissa maior apodíctica de um silogismo construído com a finalidade de passar, dedutivamente, de um fato conhecido (provado) a um fato desconhecido<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Michele Taruffo. *La Prueba de los Hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.269.

<sup>108</sup> Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.204.

<sup>109</sup> “A máxima de experiência, assim, é concebida como proposição factual de caráter geral, apta a fundar um procedimento silogístico formalmente rigoroso, do qual o fato posto como objeto da prova constitui premissa menor e a asserção relativa ao *factum probandum* a automática conclusão.” Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.204-205.

Nesse modelo, uma vez extraída a “regra”, ela ganha vida própria e independente, abrindo o caminho para a operação dedutiva que desconhece eventuais defeitos ínsitos à fase anterior, de produção indutiva da regra. Nessa passagem, perde-se de vista qualquer desvio de rota porventura existente na gênese da máxima.

A crítica de Taruffo evidencia que, desligada a máxima dos fatos que lhe deram origem, se reduz substancialmente a possibilidade do controle da racionalidade da decisão que dela se utilize. Isso porque a máxima de experiência permanece inexoravelmente ligada aos fatos que lhe deram origem, sendo de todo artificial atribuir-lhe caráter essencialmente axiomático. Trata-se, em realidade, sempre de uma passagem do particular ao particular, sem jamais perder-se o elo entre o fato a ser provado e aqueles que deram origem ao critério da inferência. Veja-se que, ao realizar o salto indutivo, despegando-a dos casos cuja observação deu origem à “regra”, – e essa é a proposta de Stein ao afirmar que “*são juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se apreciam no processo, procedentes da experiência, mas independentemente dos casos particulares de cuja observação foram induzidos (...)*” - a máxima de experiência passa a ser tomada como ponto inicial de um raciocínio dedutivo (premissa maior) dirigido a formar convicção relativamente à existência ou modo de ser do *factum probandum*. Todos os possíveis erros de percurso, como, por exemplo, a descontextualização histórica da analogia realizada, a inadequação metodológica da estatística que deu origem à generalização, a inidoneidade da construção científica do saber tomado como referência e mesmo a total insubsistência de uma simples crença generalizada, são arbitrariamente eliminados do raciocínio.

É verdade que, em determinados contextos, move-se o juízo inferencial em um espaço altamente especializado, em que os pontos de partida possuem alta confiabilidade porque resultantes de um conhecimento cientificamente organizado, portador de substrato teórico que lhe densifica<sup>110</sup>, ou, ainda, de

---

<sup>110</sup> “Elaboração em nível teórico, própria do contexto conceitual em que opera a ciência”. Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.210.

controles estatísticos metodologicamente adequados<sup>111</sup>. A idéia de probabilidade estatística, de probabilidade como freqüência relativa, não está, todavia, isenta de críticas. Refutando a utilidade da idéia de regra de experiência como probabilidade estatística, afirma Taruffo que “a experiência comum não organiza, senão de modo extremamente genérico, o complexo de dados concretamente conhecidos e, portanto, as chamadas noções de experiência, ainda que possam ser formuladas em termos de relação intercorrente entre fatos pertencentes a diversas categorias, não permitem fixar a dimensão quantitativa de tal relação”.<sup>112</sup>

Impõe-se referir que o autor está a examinar, na transcrita passagem, certa corrente de pensamento encontrável na doutrina da *common law*, mais especificamente na doutrina norte-americana, que recorre à idéia de probabilidade como freqüência relativa, na qual “o momento lógico fundamental da inferência probatória assume natureza indutiva” e aparece como lei estatística que toma por base o número de eventos de uma certa categoria e o número de elementos que compõem a tal categoria.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> É encontradiza na doutrina a distinção entre as máximas de experiência comum, ligadas ao senso-comum e as máximas de experiência científica ou, ainda, ainda as chamadas “regras da natureza”, sendo as duas últimas vistas como detentoras de maior confiabilidade em razão de serem provenientes de dados empíricos obtidos no âmbito de um conhecimento científico organizado conceitual e metodologicamente ou, ainda, no caso das “leis da natureza” conhecimentos há tanto tempo partilhados e testados que reste difícil sobre eles controverter. Nesse sentido, inclusive, a importante distinção feita por Gianpaolo Parodi entre ‘discricionariedade administrativa’, que tolera valorações de índole político-administrativa e, portanto, admite valoração segundo uma escala autônoma de valores, com espaço para juízos de conveniência e oportunidade, e a impropriamente denominada ‘discricionariedade técnica’, segundo a qual, tratando-se de atuação administrativa submetida à autoridade de uma valoração técnica, de caráter heterônomo e objetivo, não há lugar para discricionariedade, no sentido corrente do termo. Gianpaolo Parodi. *Giudice amministrativo e ‘discricionarietà tecnica’*. In *La Regola del Caso, materiali sul ragionamento giuridico*. Padova: CEDAM, 1995, p. 296.

<sup>112</sup> Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.226.

<sup>113</sup> Adroaldo Furtado Fabrício parece também trabalhar com a idéia de probabilidade estatística. *Fatos Notórios e Máximas de Experiência*. In Estudos em Homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover. Yarshel, Flávio Luiz e Zanoide de Moraes, Maurício (Orgs.). São Paulo: DPJ Editora, 2005, p.438. Francisco Rosito, reverberando as críticas doutrinárias à validade da categoria das máximas de experiência, parece aderir também a uma concepção das máximas de experiência como probabilidade estatística, afirmando que “a estrutura interna da regra de experiência decorre do método indutivo, com o qual o conceito de certeza é incompatível, podendo-se falar apenas de *probabilidade estatística*”. *A Aplicação das Máximas de experiência no Processo Civil de Conhecimento*. Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004, p. 96.

Os avanços da idéia de probabilidade estatística em relação ao modelo dedutivo da aplicação das máximas são evidentes. A questão passa a ser colocada não mais sob uma perspectiva axiomática, mas de uma racionalidade que assume sua contingência e se traduz em termos probabilísticos, conservando a necessária abertura para a construção-desconstrução crítica e argumentativa. Assume o modelo probabilístico o caráter indutivo, jamais abandonando a relação entre o fato cuja categorização se pretende e aqueles que foram tomados como pertencentes a uma mesma classe, em razão de determinadas características comuns e da ocorrência estatisticamente apreciável.

Em que pese a contribuição do modelo probabilístico, não escapa a noção de probabilidade como frequência relativa à crítica de Taruffo, para quem os números estatísticos nada podem dizer sobre a categorização em si, restando submetida a mera analogia, tomada em um sentido fraco e impreciso de semelhança<sup>114</sup>. Antes dele, Michele Spinelli, com arrimo em Popper, ponderou que “a probabilidade de um resultado deriva diretamente das condições do ordenamento experimental que o observador tenha predisposto”. A análise da hipótese, em termos de frequência relativa, pressupõe, desde logo, que a observação se tenha realizado dentro mesmo sistema de análise, como condição da aferição de resultado.<sup>115</sup> Tratando do tema, Marina Gascón Abellán refere que “as cifras, por si mesmas, são mudas; informam sobre a frequência estatística de uma classe de eventos, mas não dizem nada sobre um caso particular”,<sup>116</sup> ao que arremata Elvio Fassone dizendo que “a ‘probabilidade’ na concepção moderna, como é sabido, é a relação matemática entre causa efetiva de um evento e outras causas abstratamente possíveis. Esse conceito é filho do otimismo epistemológico introduzido por Bacon e Cartesio, segundo os quais qualquer homem porta em si mesmo a fonte do

---

<sup>114</sup> Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.227.

<sup>115</sup> Michele Spinelli. *Las Pruebas Civiles*. Buenos Aires: EJE, 1973, p. 16-17.

<sup>116</sup> Marina Gascón Abellán. *Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 1999, p.172.

conhecimento, ínsita à faculdade da percepção sensível e à intuição intelectual”.<sup>117</sup>

É também verdade que a utilização de máximas de experiência nada mais é, por vezes, do que o recurso a “noções da experiência comum que representam o contexto cultural e o repertório de conhecimentos que o sentido comum oferece ao juiz como instrumento para valoração das provas”. Tais noções carregam grande imprecisão e, em certas ocasiões, “expressam unicamente toscas e imprecisas generalizações de sentido comum”.<sup>118</sup>

Segundo Taruffo, “poder-se-ia, talvez, pensar em uma versão *probabilística*<sup>119</sup> das máximas de experiência, incluindo-se nesse conceito as generalizações incompletas e as regras de natureza quase-geral; essas regras, contudo, não dariam sustentação a deduções silogísticas, senão a meras ilações probabilísticas, o que implicaria uma transformação substancial do conceito originário de máxima de experiência”.<sup>120</sup>

Adroaldo Furtado Fabrício, recolhendo prestigiosa doutrina francesa, aponta, prudentemente, o demasiado otimismo de considerar que a máxima de experiência se justifica por si mesma. Lembra que, “como se trata de generalização formulada a partir de casos particulares, não é razoável excluir que a própria generalização seja em si mesma errônea, como ocorrerá se o

---

<sup>117</sup> Elvio Fassone. *La Valutazione della Prova nel Processo Penale; dogmatismi antichi e consapevolezze nuove*. In *La Regola del Caso*. Padova: CEDAM, 1995, p.325.

<sup>118</sup> Michele Taruffo. *La Prueba de los Hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 270 – 271.

<sup>119</sup> O grifo aparece no original e, como teremos oportunidade de frisar, a vinculação das máximas de experiência à idéia de probabilidade será chave importante para a análise crítica da contraposição que faz Taruffo entre as noções de *verossimilhança* e *probabilidade*.

<sup>120</sup> Michele Taruffo. *Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz*. In revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 3. São Paulo: Síntese, 2001, p. 89-90. A afirmação está inserida em um contexto de crítica à categoria das máximas de experiência, no sentido de que só seria possível considerá-las em um sentido mais fraco de probabilidade, afastando-se de uma concepção clássica que outorgava-lhes estatura de conhecimento certo, apto a constituir premissa maior de um silogismo apodítico. Nesse sentido, procede a crítica de Taruffo à categoria. Resta claro, de outro lado, que a noção de máxima de experiência está intimamente ligada à noção de probabilidade, não se vislumbrando o real sentido da radical distinção realizada pelo autor entre as noções de probabilidade e verossimilhança, o que adiante teremos a oportunidade de analisar, senão por qualquer traço de pensamento ontológico, distante do sentido transindividual e epistemológico que valorizou na mesma obra, com esteio nos escritos de Michel Foucault (p.78).

número de casos for insuficiente para justificá-la, ou se existir diferenças e particularidades sutis, imperceptíveis a olho leigo”.<sup>121</sup>

Em defesa da utilidade das máximas de experiência como categoria jurídica, Francisco Rosito, com base na doutrina de Nicola Mannarino, busca no conceito de *semelhança* o elemento a autorizar a generalização que elas encerram e constrói, a partir do pensamento analógico, o argumento justificador da validade da categoria.<sup>122</sup>

É, entretanto, justamente nesse difuso conceito de *semelhança*, quase nunca devidamente esclarecido, que está focada a crítica. Se o argumento - o recurso à *semelhança* - serve à defesa da utilidade das máximas, só é possível acolhê-lo com as ressalvas feitas por Taruffo, abandonando a idéia de que a máxima poderia, de alguma forma, constituir ponto de partida apodítico na construção do raciocínio. A crítica de Taruffo recomenda um uso modesto da noção de máxima de experiência, apontando suas evidentes limitações. É necessário, segundo pontua, exercer “um controle da validade intersubjetiva das noções a utilizar”.<sup>123</sup>

A máxima de experiência é, na realidade, uma concepção do *normal* que auxilia na construção de significado tendo como referência as coisas *sabidas* pelos participantes do debate, e cuja relativização determina ônus argumentativo. Atuam como elementos de vinculação cultural - ainda que às vezes invisível - inerentes a toda decisão. Nem por isso apresentam a natureza axiomática que lhe é classicamente atribuída.

Transposto o problema para a crucial questão do controle das máximas de experiência empregadas pelo julgador na decisão, deparamo-nos com dificuldades quase intransponíveis. Um controle desse tipo pressupõe, como é evidente, um discurso judicial que explicita o caminho percorrido pelo raciocínio do juiz, revelando, inclusive, as máximas utilizadas e, ainda, a adequação

---

<sup>121</sup> Adroaldo Furtado Fabrício. *Fatos Notórios e Máximas de Experiência*. In Estudos em Homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover. Yarshel, Flávio Luiz e Zanoide de Moraes, Maurício (Orgs.). São Paulo: DPJ Editora, 2005, p.437.

<sup>122</sup> Francisco Rosito. *A Aplicação das Máximas de experiência no Processo Civil de Conhecimento*. Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto alegre, 2004, p.94-95.

<sup>123</sup> Michele Taruffo. *Senso Comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Revista de Direito da Universidade de São Paulo. V. 3. São Paulo: Síntese, 2001, p. 91.

dessas máximas ao caso concreto, sob pena de fundar a decisão em regra geral obtida indutivamente a partir de situações dessemelhantes àquela posta em juízo. Barbosa Moreira observa, todavia, que o juiz não raro recorre a regras de experiência para firmar sua convicção sem dar por isso, aduzindo que “são instrumentos corriqueiros de sua comum atividade intelectual, tão habituais que o respectivo emprego já se tornou automático e nem chega a merecer atenção capaz de recortá-los com nitidez na zona clara da consciência.”<sup>124</sup> De fato, não poucas vezes, são as regras de experiência sonegadas inconscientemente na fundamentação da decisão.

Mesmo quando o dever de fundamentar é tomado a sério pelo magistrado, ciente de sua função legitimadora da decisão, não é dado às partes conhecer de forma precisa o percurso do raciocínio judicial, restando subentendidas apenas, na melhor das hipóteses, as máximas empregadas. O discurso judicial, de jaez prescritivo<sup>125</sup>, apresenta já o ponto de chegada do salto indutivo, sem desnudar a máxima invocada e sem que, por tal razão, se lhe aponte vício invalidante. Referindo o emprego das máximas de experiência, tanto pelo juiz singular quanto pelos tribunais, Francisco Rosito aponta com razão que “não se costuma analisar o *iter* lógico, a congruência narrativa, a consistência lógico-argumentativa do juízo de fato como uma questão autônoma e relevante”<sup>126</sup>.

É de fato bastante difícil realizar efetivo controle racional das decisões judiciais a partir da perfeita identificação das máximas de experiência empregadas, sua pertinência e correção. O discurso, ordinariamente, não oferece o material. Ainda que se imponha, idealmente, ao juiz, uma fundamentação de corte analítico<sup>127</sup>, um enorme conjunto de conexões

---

<sup>124</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados*. In Temas de Direito Processual Civil. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

<sup>125</sup> Traço que se manifesta com grande força em nosso estilo judicial, resultante de um pesado dogmatismo que exerceu e exerce grande influência na formação e, por consequência, na forma de expressão de nossos bacharéis.

<sup>126</sup> Francisco Rosito. *A Aplicação das Máximas de Experiência no Processo Civil de Conhecimento*. Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2004.

<sup>127</sup> É essa a reivindicação, por exemplo, de Danilo Knijnik. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 71.

permanecerá oculto no emaranhado do processo cognitivo individual. Não se afirma, com isso, que as máximas de experiência não estejam lá, permeando em cada passo a decisão, atuando em cada conexão, em cada salto indutivo de um homem culturalmente impregnado. Impõe-se, todavia, admitir que, na maioria das vezes, as máximas utilizadas não se dão a conhecer e que muitas delas sequer derivam de opções conscientes a ponto de virem expressas no esforço lingüístico de justificação. Mais do que isso, o pluralismo acentuado da sociedade urbana contemporânea torna difícil, não raro, a perfeita identificação de uma noção de “normalidade” e mesmo a pertinência dessa noção, já intrinsecamente difusa, ao sistema social em que se desenha o caso a julgar.

Se pensarmos, ainda, na técnica de cognição sumária, em que as generalizações realizadas rumo à individuação de uma regra de experiência aplicável á solução provisória do caso sequer submeteram-se à depuração dialética, é forçoso reconhecer a precariedade de um controle desse tipo. Bem observa Marinoni que “na prática forense, não se dá importância para a definição do fato indiciário e, conseqüentemente, para os raciocínios (presuntivos) que são feitos – na maioria das vezes de forma despercebida – ligando fatos indiciários ao fato probando. Mais especificamente, nota-se uma completa desatenção para com as regras de experiência que fundamentam os raciocínios destinados a fixar as presunções. Porém, as regras de experiência e os raciocínios presuntivos não só devem ser claramente explicitados, como devidamente fundamentados como aptos à formação das presunções. Se o juiz deve julgar com base em critérios racionais, não há como a motivação esquecer de demonstrar a racionalidade das regras de experiência, sejam comuns ou técnicas”.<sup>128</sup>

As máximas estão lá, é certo, em cada conexão. Será possível, todavia, conhecê-las e controlar sua correção tendo por base apenas o discurso judicial? Não é tarefa fácil, mesmo em condições ideais que pressuponham um magistrado autoconsciente, com aguçado senso literário e com um tempo que, sabemos, não há.

---

<sup>128</sup> Luiz Guilherme marinoni. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 2006, p. 223.

## 5. Verossimilhança e Probabilidade, distinções e convergências: a cisão moderna e a reaproximação da *práxis*

"O limite entre o possível e o impossível, entre o verossímil e o inverossímil, é uma linha esfumada em contínuo deslocamento; e assim também a distinção entre o impossível e o inverossímil, conceitos que na linguagem comum se superpõem e se confundem amiúde. Ainda mais difícil é estabelecer uma precisa diferença, que resulte praticamente utilizável em sede judicial, entre possibilidade, verossimilitude e probabilidade. Não é este o lugar para indagar, através das etimologias e as matizes de significado que distinguem propriamente estas três expressões, usadas na linguagem como sinônimas. Possível é o que pode ser verdadeiro; verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro. Provável seria, etimologicamente, o que se pode provar como verdadeiro; mas na linguagem filosófica e teológica, a palavra se encontra dotada no sentido de razoável, 'e não crê-lo é contrário à razão' (opinião provável, dizem os teólogos, é a que tem por fundamento razões de alguma importância que está mantida por algum autor acreditado, Manuzzi); e não falta nas enumerações dos léxicos o uso da palavra provável como sinônimo de verossímil. Mas essas diferenças não têm uma precisa correspondência no vocábulo dos juristas: no máximo, se tomamos como termos de referência a comprovação da verdade, se pode dizer que essas três qualificações (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação, uma progressiva acentuação, em direção ao reconhecimento do que é verdadeiro. Quem diz que um fato verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é verossímil, já que vai além da aparência, e começa a admitir que há argumentos para fazer crer que a aparência corresponde a realidade. Mas trata-se de matrizes psicológicas que cada julgador entende de seu modo."<sup>129</sup>

Uma vez mais, em Calamandrei tem partida a investigação. Mesmo admitindo certa imprecisão no uso da palavra verossimilhança como sinônimo

---

<sup>129</sup> *Verdad e Verosimilitud en el Proceso Civil*. In *Estudios Sobre el proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. México: EJE, 1962, p. 325-326.

de provável, Calamandrei identifica uma aproximação antiga e tradicional e ensaia nomenclatura em ordem crescente de probabilidade, que toma a verossimilhança como algo mais do que possibilidade e algo menos do que probabilidade. Não se verifica, entretanto, nenhuma intenção mais definida de Calamandrei de dar densidade ao encadeamento, talvez pouco convicto da utilidade da classificação. Para Calamandrei, a) é verossímil algo que se assemelha a uma realidade já conhecida, que tem “a aparência de ser verdadeiro”; b) equivale a verossimilhança à “probabilidade”, sendo utilizada como “substituto da verdade”, como aproximação à verdade, resultado do esforço probatório.

A verossimilhança aparece usualmente vinculada a juízos de cognição sumária, indicando certo grau de aproximação à verdade ou referida a certo estado subjetivo de certeza. Há, em diferentes autores, alusão à verossimilhança como ponto médio em uma escala de probabilidade, embora também referida com sentidos opostos, ora a mais tênue das aproximações à verdade, ora algo próximo da certeza<sup>130</sup>.

Denuncia Taruffo o uso generalizado de uma noção pouco precisa de verossimilhança, afirmando ser “impróprio falar de verossimilhança em todas as ocasiões em que a lei usa qualificações distintas para indicar valorações que afetam coisas muito diferentes”, que vão desde a natureza do contrato, as informações sumárias, até a aparente fundamentação da demanda ou da exceção, “mas que não se referem à verossimilhança do fato alegado.”<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> É o que refere Kazuo Watanabe: “Malatesta estabelece a seguinte graduação: relativamente a determinado objeto, é possível uma *mínima probabilidade*, que denomina de *verossímil*, uma *probabilidade média*, que chama de provável e a *probabilidade máxima*, que seria o *probabilíssimo*. Hernando Davis Echandia fala em graus de eficácia probatória e adota a mesma classificação de Malatesta, lembrando que esse autor adverte ‘que es mas correcto hablar de credibilidad que de posibilidad o de verosimilitud, y que verosímil no es lo que puede ser verdad real, sino que tiene apariencia de serlo, no lo que se presente simplemente como posible, sino lo que, por razones más o menos determinadas, nos inclinamos a creer que es real’; por lo qual hace coincidir con la verosimilitud com el primero grado de la probabilidad, que tiene três: lo verosímil, lo probable y lo probabilísimo.” Watanabe cita, ainda, as opiniões de Adolfo Schönke que opõe “verosimilitud” a “plena convicción” e também Schmidt para quem “la credibilità non raggiunge la verosimiglianza, ma um minore grado di verosimiglianza tale cioè che il giudice deve contare, come di fatto conta, sulla possibilità del contrario”. *Da Cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p.126-127.

<sup>131</sup> Taruffo, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 190.

Segundo ele, a confusão terminológica deriva, em parte, da tradução do vocábulo alemão *Wahrsschenlichkeit* realizada por Calamandrei. Ao transpô-lo para o italiano como “*verosimiglianza*”, deixou de atentar para o fato de que este é apenas um dos significados da expressão e, dentre eles, o menos relevante. Observa que a expressão tedesca significa principalmente *probabilidade*, sentido que mereceu enorme atenção da doutrina daquele país, em contraste com o parco interesse despertado pela *verossimilhança*. Critica Calamandrei por utilizar a palavra *verossimilhança* para significar coisas absolutamente díspares, partindo do pressuposto de que as distinções entre *verossimilhança* e *probabilidade* são apenas “matizes psicológicos que cada juiz entende a seu modo”.

Argumenta Taruffo que, embora expressos pelo mesmo vocábulo em língua germânica, são inconfundíveis os sentidos de *verossimilhança* e *probabilidade*, sendo impróprio persistir no sincretismo.<sup>132</sup> Para ele, são totalmente distintas as idéias que se pretendem expressar com os diferentes vocábulos.

A *verossimilhança* indica, assim, “o grau de capacidade representativa de uma descrição acerca da realidade”<sup>133</sup>. *Verossimilhança* não tem nenhuma relação com a veracidade da asserção, não surge como resultante do esforço probatório, mas sim como referência à “ordem normal das coisas”. A “representatividade” de uma asserção não implica sua “probabilidade” em um contexto específico. A representação pode ser “realista” sem ser “verídica”<sup>134</sup>. Ao invés, mesmo uma asserção inverossímil pode ser verdadeira mesmo quando, contrariando o que habitualmente ocorre, há elementos a suportar um juízo positivo acerca da existência de um fato afirmado<sup>135</sup>. Conclui que é

---

<sup>132</sup> Taruffo, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 184.

<sup>133</sup> Taruffo, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 185.

<sup>134</sup> “Se puede decir que la descripción de um hecho es verosimil si es correcto suponer que existe um hecho similar al descrito”. Taruffo, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. De Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.186.

<sup>135</sup> Tanto Taruffo quanto Calamandrei (utilizando o termo no sentido ora descrito) afastam a possibilidade de exclusão preventiva de uma prova relativa a um fato unicamente porque se afigura ele inverossímil, entendendo ambos que, mesmo inverossímil, pode um fato ser verdadeiro, razão pela qual não se pode excluir *prima facie* a atividade dirigida à sua comprovação.

indevida a utilização da expressão *verossimilhança* com o sentido de aproximação à verdade em um caso concreto, o que, segundo ele, dá-se em termos de *probabilidade*.

A *probabilidade* está relacionada à existência de elementos que justifiquem racionalmente a crença (certeza, como refere o autor, ciente de sua variável graduação) na veracidade da asserção. A definição do provável vincula-se “ao seu grau de fundamentação, de credibilidade e aceitabilidade, com base nos elementos de prova disponíveis em um contexto dado”<sup>136</sup>, resulta da consideração dos elementos postos à disposição do julgador para a formação de um juízo sobre a veracidade da asserção. Para Taruffo, isso “nada tem a ver com o conceito de verossimilhança”<sup>137</sup>.

Qual seria, então, a razão pela qual verossimilhança e probabilidade são utilizadas indistintamente de forma tão natural e corriqueira? A resposta passa, cremos, pelos pressupostos que nutrem a distinção proposta por Taruffo que, a nosso sentir, espelha uma fratura entre o sentido original da expressão verossimilhança, vinculado a uma concepção clássica de *prova como argumento*, e a noção moderna de *prova como demonstração* característica da passagem para a modernidade.

Afirma Taruffo que “a *verossimilhança* serve para designar aquele aspecto da asserção sobre um fato em função do qual se pode dizer que esta corresponde a uma hipótese plausível ‘segundo a ordem normal das coisas’, em uma situação em que a asserção não tenha sido submetida ainda a verificação probatória ou demonstrativa”<sup>138</sup>.

Curioso notar, entretanto, que, ao escrever sobre as máximas de experiência, Taruffo nelas colou o selo do *provável*. Em suas palavras, “poder-se-ia talvez pensar em uma versão *probabilística*”<sup>139</sup> das máximas de experiência, incluindo-se nesse conceito as generalizações incompletas e as

---

<sup>136</sup> Taruffo, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.187.

<sup>137</sup> Taruffo, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.188.

<sup>138</sup> Taruffo, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 188.

<sup>139</sup> O grifo aparece no original.

regras de natureza quase-geral; essas regras, contudo, não dariam sustentação a deduções silogísticas, senão a meras ilações probabilísticas, o que implicaria uma transformação substancial do conceito originário de máxima de experiência”.<sup>140</sup>

Ora, se a identificação das máximas de experiência – ainda que em um senso fraco, como tentativa de racionalização do senso comum - se dá, para ele, justamente em razão de *quod plerunque accidit*, indicando a “*ordem normal das coisas*”, segundo o senso comum, estaria, seguramente, vinculada a um juízo de verossimilhança, no preciso sentido que, segundo ele, nada tem a ver com o de probabilidade.

A máxima de experiência que permite a identificação de um fato como sendo análogo a outros já conhecidos, com conseqüências também já estabelecidas empiricamente, se definiria, assim, em termos de verossimilhança - como fato representativo do que normalmente ocorre. Parece evidente, entretanto, que, ao recorrer à “*ordem natural das coisas*” para designar o sentido da expressão verossimilhança, resta assumida a sua origem empírica, a exigir fundamentação que lhe preste densidade e que se submeta à “verificação do acatamento intersubjetivo das noções que o juiz pretende usar”<sup>141</sup>. Dizer que algo é verossímil pressupõe algum saber sobre a realidade. Deste modo, salvo acolhendo uma concepção ontológica da realidade, não é possível escapar a uma vinculação entre o verossímil e o provável, entendido este último como o resultado de uma depuração crítica dos conceitos a empregar, “indo em busca de noções mais solidamente *anchored* na cultura que representa o contexto em que a decisão deve ser proferida”<sup>142</sup>. Tal busca

---

<sup>140</sup> Taruffo, Michele. *Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz*. In Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Síntese, 2001, p. 89-90. V. 3. Resta claro, na passagem, que a noção de máxima de experiência está intimamente ligada à noção de probabilidade, não se vislumbrando a radical antinomia entre as noções de probabilidade e verossimilhança, senão por qualquer traço de pensamento ontológico, distante do sentido transindividual e epistemológico que valorizou na mesma obra, com esteio na obra de Michel Foucault (p.78).

<sup>141</sup> Michele Taruffo. *Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz*. In: *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: Síntese, 2001, p.91-92. V. 3.

<sup>142</sup> Michele Taruffo. *Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.. São Paulo: Síntese, 2001, p.91. V. 3.

implica realizar opções entre diversas possibilidades com base em um teste intersubjetivo de acatamento e razoabilidade das noções a empregar.

Aqui vale trazer a lição de Alessandro Giuliani, que dedicou atenção especial à idéia do *normal*, profundamente ligada à concepção argumentativa da prova. Segundo ele, qualquer teoria do signo deveria necessariamente apoiar-se em uma determinada concepção do *normal*, presente já em Aristóteles como fundamento objetivo, referido ao real. O autor identifica já no pensamento estóico a elaboração de uma teoria do *normal*, que, mais tarde, seria traduzida na língua latina como *praesumptiones*. “Comuns a todos os homens”, as *praesumptiones* desempenhavam função orientadora no contexto da *probabilis argumentatio*. “A idéia do provável e do normal era considerada em relação à opinião, à credibilidade, à persuasão, sendo a argumentação provável voltada *ad faciendam fidem*”.<sup>143</sup>

Denuncia Giuliani que a separação entre a *praesumptio* (fundada sobre uma idéia de normalidade) e a *probatio* é fruto de um desvio bastante complexo de perspectiva, que se percebe no alicerce da concepção moderna de prova. Essa separação não existia na tópica ermagorea. Lá, assim como na tradição estóica, a idéia do *normal*, posta à base das presunções, permanecia intimamente ligada à idéia de prova como argumento e desempenhava importante função orientadora e valorativa. A presunção, em uma lógica tópico-retórica, pode, quando submetida ao debate, ser objeto de acatamento, assim como pode ser argumentativamente afastada. “A idéia de uma escala de probabilidade, já elaborada no probabilismo medieval, está na base das presunções; nem todas as probabilidades têm valor igual porque desfrutam de preferência por razões éticas”.<sup>144</sup>

Danilo Knijnik, com base em Giuliani, demonstra que “o conceito moderno de probabilidade não guardaria mais nenhuma relação com esse conceito na Idade Média, em que estava ligado à ‘opinião’, ao ‘consenso’, ao ‘contingente’; agora, a probabilidade, o *id quod plerunque accidit*, restou

---

<sup>143</sup> Alessandro Giuliani. *Il Concetto di Prova*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 65-67.

<sup>144</sup> Alessandro Giuliani. *Il Concetto di Prova*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 166.

vinculado ao estatístico, ao necessário, ao matemático”.<sup>145</sup> Semelhante referência pode-se também colher em Gadamer, para quem “o conceito de evidência pertence à tradição retórica. O εἰχός, o ‘verosímil’, o vero-símil, o evidente, formam uma série que pode defender suas razões frente à verdade do demonstrado e do sabido. (...) Com ele, está sempre dada a idéia de que o evidente não está demonstrado nem é absolutamente certo, senão que faz valer a si mesmo como algo preferente no marco do possível e do provável”.<sup>146</sup> Segundo Michele Spinelli a probabilidade está sujeita a significado pelo menos duplo: singular, indutivo (grau de confirmação) ou grau de credibilidade, por um lado, e probabilidade estatística, matemática, coletiva, por outro”.<sup>147</sup>

Em outro texto, Giuliani chama atenção para o fato de que “a idéia de *ordem* é condicionada pela solução dada à questão preliminar: a autonomia da retórica em relação à lógica, da razão prática em relação à razão teórica, da prova argumentativa em relação à prova demonstrativa. Lógica e retórica não são opostas, mas complementares, na construção desse conceito central da lógica: sem *ordem* não é possível não só a demonstração, mas tampouco a argumentação: a retórica, assim, pode ser interpretada como lógica das relações em sentido fraco (*in senso debole*)”.<sup>148</sup>

Como deixou claro Antonio Carrata<sup>149</sup> a contraposição entre função demonstrativa e função argumentativa pressupõe a distinção entre juízo de fato e juízo de direito, e que só mediante essa distinção é possível controlar as escolhas feitas pelo juiz na formação de seu convencimento. A disjunção entre

---

<sup>145</sup> Danilo Knijnik. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.75.

<sup>146</sup> Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993, p. 581. A mesma passagem é citada por Ovídio Baptista em seu “*Verdade e Significado*” ([http://www.baptistadasilva.com.br/artigos\\_006.htm](http://www.baptistadasilva.com.br/artigos_006.htm)), ressaltando a importância da retórica clássica para o direito, no contexto de uma crítica ao racionalismo positivista. Também Giuliani afirma que “do ponto de vista lógico-científico, sem uma ordem assimétrica não é possível uma discussão racional: vem privilegiadas as operações solitárias da mente do juiz, com base em um cálculo garantido pelo recurso ao dogmatismo da evidência. Ao contrário, a discussão dialética pressupõe a divisão do conhecimento como remédio à falibilidade do juízo.

<sup>147</sup> Michele Spinelli. *Las Pruebas Civiles*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1973, p.15.

<sup>148</sup> Alessandro Giuliani. *L’Ordo Judicarius Medioevale*. Rivista di Diritto Processuale. Anno XLIII, n.3. Padova: CEDAM, 1998, p.599.

<sup>149</sup> Antonio Carrata *Funzione Dimostrativa della Prova*. Rivista di Diritto Processuale, Anno LVI, n.1. Padova: CEDAM, 2001, p.76.

as idéias de probabilidade e verossimilhança bem espelha essa mutação havida na passagem para a modernidade.

Em contextos probatórios de menor exigência, ou mesmo nas hipóteses em que se faz necessário um juízo interinal de probabilidade (precisamente no sentido que lhe presta Calamandrei, ao referir os juízos fundados em *provas leviores*), é generalizado o recurso às máximas de experiência para fundar juízos de probabilidade. Não parece haver tão drástica fratura a justificar o abandono da expressão verossimilhança para significar grau de probabilidade, de aproximação à verdade em um dado contexto. Faltando elementos probatórios conclusivos, e mesmo nas necessárias conexões entre os elementos probatórios adquiridos no processo (e aqui se põe a relevante questão da prova indiciária, extremamente comum, por exemplo, nos casos de tutela preventiva), o juízo de probabilidade resta amparado justamente na verossimilhança da alegação (sua proximidade ao que normalmente ocorre). Calamandrei aproxima-se a essa função da verossimilhança quando fala sobre a apreciação do material probatório quando dele resultem posições contrastantes. Nesse momento, a versão mais aderente ao que normalmente ocorre reivindica, por questão ética, preferência na formação do convencimento judicial.<sup>150</sup>

A função pragmática do Direito exige do julgador uma aproximação aderente ao “normal” enquanto elemento de vinculação à realidade. Isso importa um juízo de valor que se dê preferência, ao menos tendencialmente, à alegação verossímil (ainda que potencialmente falsa), em detrimento daquela que se afigure inverossímil (embora potencialmente verdadeira). Trata-se, segundo evidenciado por Giuliani, de atribuir à verossimilhança função ética orientadora da decisão no domínio do provável, limite da razão prática.

---

<sup>150</sup> Piero Calamandrei. *Verdad e Verosimilitud en el Proceso*. In *Estudios Sobre El Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, p. 347-349.

## **Parte 2 – Provimentos de cognição sumária: o uso pragmático da verossimilhança**

A Constituição, em seu art. 5º, XXXV, estabelece que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do poder judiciário, ditando seu inciso LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Como direitos fundamentais processuais que são, exercendo a função de verdadeiras garantias, determinam ao legislador processual, assim também ao juiz, o poder-dever de garantir ao jurisdicionado prestação jurisdicional adequada e tempestiva.

Tais garantias constitucionais repercutem sobre o direito de ação, não mais entendido como o direito a uma sentença de mérito, que julgue a lide<sup>151</sup>, mas que, além disso, realize concreta e efetivamente o direito, disponibilizando os meios necessários à sua proteção. Determinam também, como visto, que a proteção efetiva se realize em tempo razoável.

Como refere Marinoni, em sua recente *Teoria Geral do Processo*, “não há mais como aceitar as teorias clássicas sobre a ação, inclusive a teoria de Liebman. O direito de ação, além de exigir o julgamento de mérito, requer uma sentença que, ao reconhecer o direito material, deve permitir, ao lado de modalidades executivas adequadas, a efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, a realização concreta da proteção estatal por meio do juiz. Mas, além de tudo isso, a ação exige ainda a técnica antecipatória, a tutela cautelar e o procedimento adequado à tutela jurisdicional pretendida no plano do direito material, o que foi sempre ignorado pelas teorias da ação. (...) Isso quer dizer, em poucas palavras, que do direito de ação decorrem, como consequência

---

<sup>151</sup> Conforme a exposição de motivos do nosso CPC, pela pena do autor do projeto, Min. Buzaid: “A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”.

lógica, os direitos à antecipação e à segurança da tutela do direito material, eventualmente ameaçado de lesão no curso do processo”.<sup>152</sup>

É sabido que o “procedimento ordinário” está estribado principalmente sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa no sentido que lhes empresta o modelo liberal clássico de processo. Conforme esclarece Ovídio Baptista da Silva, o procedimento ordinário é o “que obedece à ‘ordem’ dos juízos privados do procedimento da *actio* do direito romano. É mais que um procedimento (apenas formalmente) ordinário: é o procedimento da ‘cognição ordinária’, como refere Chiovenda”<sup>153</sup>. Exerce a função de paradigma principal em matéria de estruturação dos procedimentos; é o “*standard* básico”, o “leito comum”, na expressão de Adroaldo Furtado Fabrício<sup>154</sup>.

Só é possível, nesse modelo, tomar e tornar efetiva qualquer decisão que altere a situação das partes após cognição *prévia, plena e exauriente* o que espelha a preocupação saliente com a certeza e a segurança, vinculadas à noção de coisa julgada.<sup>155</sup> Na concepção de Liebman, “a execução deve ser precedida de um acerto pleno e completo pelo juiz da existência do direito que se fará exigir e o ato que consagra este acerto é a sentença de condenação, a qual, assim, assume a função de título executivo.” Também afirma que “a história do título executivo é a história da relação entre cognição e execução, isto é, do grau de certeza judicialmente obtida que um direito deve adquirir para que se lhe admita atuação forçada”.<sup>156</sup>

---

<sup>152</sup> *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p.218. Marinoni, analisando a escola italiana clássica, identifica como resultado do descolamento da teoria da ação e o direito material a idéia de procedimento único e a resistência às tutelas jurisdicionais diferenciadas, tidas por Carnelutti como procedimentos ‘anormais’. (p. 219, nota 151).

<sup>153</sup> *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 151-152.

<sup>154</sup> Adroaldo Furtado Fabrício. *Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais*. In *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.37.

<sup>155</sup> Idênticas considerações faz Proto Pisani ao descrever a técnica dos processos de cognição plena, antes de compará-los aos processos sumários. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 2002, p. 545-546.

<sup>156</sup> Enrico Túlio Liebman. *La Sentenza Come Titolo Ejecutivo*. In *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962, p.333-334. A afirmação é de grande importância para o presente estudo justamente porque, como se verá, a sumarização da cognição, a autorização para prover com base em verossimilhança e a diluição da rígida fronteira entre cognição e execução caracterizam grande parte dos institutos pensados com olhos na efetividade.

É inevitável que tal concepção de processo, fundada na plenariedade da cognição, sofra com intensidade e frequência cada vez maiores o impacto de uma sociedade massificada e que se move em grande velocidade, gerando cenários cada vez mais diversificados e exigindo intervenções cada vez mais prontas do poder jurisdicional<sup>157</sup>. A segurança que pretende oferecer o modelo da ordinariedade envolve-se em permanente tensão com princípios como o da efetividade e da duração razoável do processo, exigindo que se configurem vias alternativas para a tutela dos direitos, tanto mais aqueles que, por sua natureza, não bem se amoldam à ordinariedade. É esse o caso, no mais das vezes, dos direitos transindividuais, dos direitos da personalidade e de todo o espaço das tutelas preventivas, cautelares ou não.<sup>158</sup>

Isso leva à necessidade de conceberem-se processos que melhor atendam a essas necessidades, sempre que a natureza do direito material não se amolde a um processo caracteristicamente formalizado e moroso. Igualmente dignas de atenção são as situações em que, por alguma circunstância extraordinária, o direito seja posto em risco durante o tempo de tramitação do processo, demandando pronta intervenção de caráter assecuratório. Há ainda, aquelas hipóteses em que o direito se faz tão evidente no curso do processo que não é razoável submeter o autor à demora característica do procedimento ordinário, sendo mister garantir adequada distribuição do ônus representado pela duração do processo.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em recentíssimo trabalho, observa que “a sua vez, a efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder

---

<sup>157</sup> “É aqui que surgem motivos para transigências. A busca da verdade, que é a busca da fidelidade ao direito objetivo a ser declarado e atuado, tem a ver com o escopo jurídico do exercício da jurisdição. Mas, acima deste se situa o escopo social de pacificar, e a pacificação, para ser eficiente, precisa chegar logo; além disso, a participação no processo, que é sagrada garantia dispensada constitucionalmente às partes, por outro lado, constitui também ônus que às vezes pode ser até bastante pesado”. Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 234.

<sup>158</sup> Anota Teori Zavascki que, “por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que hão de merecer, ambos, do legislador ordinário e do juiz, a mais estrita e fiel observância. Todavia, a exemplo do que se passa em relação a outros direitos fundamentais, também entre esses podem ocorrer, no plano da realidade, fenômenos de tensão. Há, com efeito, um elemento fático especialmente habilitado a desencadeá-los: é o fator tempo.” *Antecipação de Tutela*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005, p. 66-67.

Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus. Além disso, as dificuldades temporais atuais na administração da justiça e a mudança qualitativa dos litígios justificam a inaudito elastecimento da tutela cautelar em nossa época, assim como a concepção de remédios jurisdicionais de índole provisória, autônomos ou não, com caráter antecipatório e satisfativo do pretendido direito. Advirta-se, além disso, que a efetividade vigora, seja em relação ao direito já lesionado, seja quanto aquele simplesmente ameaçado (Constituição Federal, artigo 5º, XXXV), abrangendo assim a tutela preventiva substancial e definitiva, além da meramente provisória ou temporária”.<sup>159</sup>

Tem lugar, nesse contexto, o debate acerca da tutela jurisdicional diferenciada e das técnicas de sumarização que reduzam o impacto do tempo de duração do processo e conformem o procedimento de acordo com as exigências de tutela do direito material.

Nicola Picardi, analisando a tipologia dos processos de rito especial, divide-os em duas categorias: a) processos de *rito diferenciado*, os quais, embora o *rito abreviado*, são processos de *cognição plena*, com variantes procedimentais; b) *processos sumários*, nos quais se acelera tutela jurisdicional pela *redução do módulo cognitivo (cognição sumária)*.<sup>160</sup>

Fairèn Guillen classificou a primeira categoria como a dos “plenários rápidos”. Nesses processos há mera compactação do rito com utilização de formas simplificadas, com acentuada oralidade e concentração de atos. Não implicam qualquer sumarização material, sendo processos de cognição plena e exauriente, diferindo do paradigma tão-somente em seu aspecto formal. São exemplos desse gênero os processos de rito sumário, o processo dos juizados especiais, entre outros.

A segunda categoria, a que mais diretamente interessa ao presente estudo, é a dos processos diferenciados pela sumarização da cognição. Cabe

---

<sup>159</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo*. Repró n.137. São Paulo: RT, 2006, p. 15.

<sup>160</sup> Nicola Picardi. *Apunti di Diritto Processuale Civile: il processi speciali, esecutive e cautelari*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 3 - 8.

examinar, para adequada compreensão do ponto, os caracteres essenciais da cognição sumária e suas relações com o exercício do contraditório.

## 1- Cognição sumária e exercício do contraditório

Qualquer aproximação que se faça ao tema da cognição no processo civil passa necessariamente pela obra referencial de Kazuo Watanabe, na qual são traçados os planos da cognição. Segundo ele, “a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade)”<sup>161</sup>.

O plano horizontal indica a extensão da cognição considerando os elementos objetivos do processo, sejam as questões de mérito, sejam as questões processuais. Em relação a esses elementos, pode a cognição mostrar-se plena ou limitada (parcial), conforme haja ou não limites impostos previamente.

No plano vertical, a cognição pode ser exauriente (completa) ou sumária (incompleta), considerando a profundidade em que as questões serão analisadas pelo juiz como condição para prover. Haverá cognição sumária quando o juiz puder decidir antes de trilhado inteiro o caminho do contraditório. Nessa hipótese, pode o juiz decidir com base em verossimilhança, em caráter provisório, remetendo-se o exercício do contraditório para momento posterior ou mesmo em demanda diversa (contraditório eventual).

A sumarização do processo pela redução do módulo cognitivo pode, portanto, realizar-se de duas formas ou, eventualmente, combinando ambas as técnicas<sup>162</sup>: a) pela limitação da cognição no plano horizontal (extensão, amplitude). Esse é o caso, por exemplo, da vedação, em sede possessória, da

---

<sup>161</sup> Kazuo Watanabe. *Da Cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p.111.

<sup>162</sup> Ovídio Baptista, precisamente por essa razão, prefere traçar, com base em Calamandrei áreas de cognição, em consideração da cognição definida em ambos os planos, buscando definir, pelo encontro das linhas que marcam os cortes em ambos os planos, qual a área de abrangência da atividade cognitiva. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 20.

discussão sobre o domínio (art.923 do CPC) <sup>163</sup> ou, ainda, a restrição de matéria imposta aos embargos de devedor (art.741) <sup>164</sup>; b) pela sumarização da cognição no plano vertical (profundidade do exame judicial), hipótese em que o juiz resta autorizado a prover com base em verossimilhança, entendida como cognição incompleta ou parcial. É exemplo da utilização dessa técnica todo o arsenal de liminares disponíveis no sistema, sejam cautelares ou satisfativas.

Kazuo Watanabe, como de resto praticamente toda a doutrina, relaciona a cognição sumária (incompleta) aos juízos de verossimilhança, asseverando que “deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto”. <sup>165</sup> Para Picardi, “quanto aos pressupostos (para o provimento sumário) o juiz deve, antes de tudo, verificar a existência do *fumus boni iuris* por meio de um acerto sumário do fundamento da situação posta pelo demandante, à luz do ordenamento positivo”. <sup>166</sup> Trata-se, em outras palavras, de aferir a plausibilidade de êxito da ação para, sendo o caso, desde logo deferir a tutela (cautelar ou satisfativa).

É bastante comum, outrossim, encontrar na doutrina a afirmação de que, ao julgar com base em verossimilhança, o juiz realiza apenas um exame superficial do acervo probatório. A expressão “cognição superficial” aparece na prestigiada doutrina de Kazuo Watanabe<sup>167</sup> como sinônimo de cognição sumária, menos aprofundada no plano vertical. É necessário, entretanto, atentar para o fato de que, ao referir-se à cognição superficial, está o autor

---

<sup>163</sup> Observe-se que, no caso das possessórias, não só o legislador impede a discussão dominial, fazendo um corte no plano horizontal da cognição, com também, em se tratando de posse nova, autoriza o juiz a prover liminarmente, com base em cognição sumária (incompleta, que apresenta um corte no plano vertical da cognição), combinando ambas as técnicas na conformação do procedimento.

<sup>164</sup> Impõe-se alertar para a alteração introduzida pela recente Lei 11.232/05 que deu nova disciplina à execução dos títulos judiciais e que reservou os embargos do art. 741 apenas para a Fazenda Pública, vinculando a impugnação à execução de título judicial às disposições do art. 475-L do CPC. Esse último dispositivo, entretanto, guarda, de modo geral, identidade com as hipóteses previstas no art. 741, havendo também restrição de matéria, o corte no plano horizontal da cognição.

<sup>165</sup> Kazuo Watanabe. *Da Cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 128.

<sup>166</sup> Nicola Picardi. *Apunti di Diritto Processuale Civile: il processi speciali, esecutive e cautelari*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 163.

<sup>167</sup> Kazuo Watanabe. *Da Cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 121.

apenas posicionando a cognição sumária no plano vertical da cognição, sem que isso tenha qualquer referência a uma atitude ou forma de aproximação do juiz ao material probatório. Não se cuida, portanto, de exame superficial, e sim de exame atento e conseqüente acerca da necessidade de tutela em face de um material probatório ainda incompleto. Embora pareça tola, a advertência é relevante, visto que a praxe toma a expressão “cognição superficial” como uma autorização para a decisão irrefletida e carente de fundamentação. A afirmação de que estaria o juiz autorizado a prover com base em exame superficial sem apreender o sentido próprio da expressão atribui perigosa frivolidade ao manejo do instituto.

Traçados os planos da cognição, cabe-nos, ainda que brevemente, analisar as formas de exercício do contraditório.

O procedimento ordinário, como já se teve oportunidade de apontar, pressupõe o exercício *prévio* do contraditório. É o procedimento da *cognição ordinária*. Voltado à segurança, impõe cognição prévia, plena e exauriente como condição para decidir. Trata-se, em essência, de restrição ao poder de julgar na ausência da “*certeza*” produzida pela plenariedade da cognição.

O contraditório, entretanto, em determinadas hipóteses, embora não eliminado, pode ser exercido de forma *postecipada* ou *diferida*. Conforme Ovídio, “as ações que admitem a concessão de uma medida liminar antecipatória de algum efeito da sentença final de procedência, integram a classe de demandas em que o contraditório, ao contrário de ser prévio, é diferido. Nesses casos, o juiz é autorizado a julgar desde logo o mérito da causa, porém sob a forma de um ‘julgamento provisório’, cuja duração está temporalmente limitada pela futura sentença de mérito, seja de procedência, caso em que o ‘pedaço’, que se destacara do conteúdo para ser antecipado, será reabsorvido; seja quando a antecipação for eliminada, na hipótese de rejeição da demanda.”<sup>168</sup>

Embora o autor trate, no fragmento destacado, das tutelas antecipatórias de caráter satisfativo, idêntico fenômeno se observa na seara da tutela

---

<sup>168</sup> Ovídio Baptista da Silva. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 152.

cautelar, em que é facultado ao juiz emitir, liminarmente ou mediante justificação, provimento fundado em cognição sumária. Quando isso ocorre, o contraditório não é eliminado, nem poderia sê-lo; opera-se, todavia, seu deslocamento na estrutura do procedimento, quando, então, será oportunizado após o provimento que, justamente por isso, tem caráter provisório e pode ser modificado. Os provimentos fundados em juízo de verossimilhança atuam como espécie de gatilho para a postecipação do contraditório. Justamente porque exarados quando ainda não exercido o contraditório em toda a sua extensão é que esses provimentos, via de regra, não são aptos à produção de coisa julgada.

Uma terceira forma de exercício do contraditório é a que se denomina *contraditório eventual*. O que se verifica aqui é uma remessa do contraditório para outra demanda, a ser ajuizada pelo réu, caso queira contrapor-se às razões do autor. É o que ocorre, por exemplo, com os embargos de devedor e com a ação de desapropriação<sup>169</sup>. Transfere-se ao demandado o dever de litigar, dando ensejo a uma nova demanda com essa finalidade. A idéia subjacente ao contraditório eventual é a de que deve buscar a cognição plena e exauriente aquele que dela necessita, não aquele que, por já dispor de prova consistente dos fatos constitutivos do seu direito, apresenta-o com credibilidade. Essa técnica permite a rápida constituição do título executivo e melhor distribui o ônus de demandar que, na forma tradicional da *ordinariedade*, recai inteiramente sobre o autor.

Como ensina Ovídio Baptista, “o que torna significativa a distinção entre o contraditório eventual e as demais expressões do princípio é que nele haverá uma inversão do contraditório, em razão da autonomia que a lei empresta ao que seria apenas fase inicial de uma única demanda, se o contraditório fosse diferido. Se ao invés de diferido o contraditório for eventual, aquilo que fora ‘fase inicial’ irá transformar-se em ‘demanda inicial’ ou demanda sumária, tornando-se, porém, uma ação independente.”<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> São exemplos oferecidos por Ovídio Baptista. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 155. Kazuo Watanabe acrescenta o exemplo do processo monitorio em que o contraditório e o exercício de atividade cognitiva está a depender da iniciativa do réu de manejar embargos. *Da Cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p.120.

<sup>170</sup> Ovídio Baptista da Silva. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157.

## 2- Tutela cautelar e tutela satisfativa antecipada

Não há espaço aqui para analisar com profundidade a distinção entre os provimentos verdadeiramente cautelares e aqueles que antecipam tutela satisfativa. Entretanto, algumas referências são úteis para que se possa adequadamente configurar a evolução significativa da legislação processual brasileira no que respeita ao acolhimento, entre nós, dos provimentos antecipatórios satisfativos como algo distinto dos provimentos cautelares.

Nesse aspecto, aliás, nosso sistema aparta-se do processo civil italiano que, embora já elabore doutrinariamente a questão, não logrou, ainda, distinguir claramente, no plano normativo, as duas espécies de tutela, utilizando o art. 700 do CPC italiano (“tutela cautelar atípica”) como base para a oferta de tutela antecipatória satisfativa<sup>171</sup>.

Ovídio Baptista identifica em Chiovenda a categorização que levou à inserção da execução urgente, determinada pelo *pericolo nel ritardo*, no espaço da *cautelaridade*. Ao tomar a *urgência* como elemento definidor da cautelaridade, Chiovenda acabou por transportar para o sistema cautelar o que é em substância execução. A Calamandrei<sup>172</sup>, entretanto, Ovídio credits a universalização da indistinção entre cautelares e antecipações satisfativas, afirmando existir uma *relação de instrumentalidade* entre antecipação e provimento final, que lhe daria a nota da cautelaridade.<sup>173</sup> Para Calamandrei, a distinção não afastava as liminares antecipatórias do âmbito das cautelares, tratando-as como diferentes hipóteses a ensejar proteção cautelar. Proto Pisani, embora reconhecendo a distinção entre tutela cautelar típica e tutela cautelar atípica (antecipatória de tutela satisfativa), analisando o art. 700 do

---

<sup>171</sup> Conforme Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Tarufo, tratando dos *provvedimenti d'urgenza*, “la strumentalità del rimedio si attua con la possibilità di chiedere (e di ottenere) dal giudice, soprattutto ante causam, i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”. *Lezione sul Processo Civile*. Bologna: Il Mulino, 1998, p.404.

<sup>172</sup> Principalmente o clássico *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

<sup>173</sup> Ovídio Baptista da Silva. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 47.

CPC italiano, acaba por concluir que ambas têm a mesma função, qual seja a de atender à exigência de urgência (*pericolo di infruttuosità*) ou de efetividade da tutela (*pericolo di tardività*)<sup>174</sup>, com função meramente instrumental, destinadas a neutralizar o *periculum in mora*.

Conforme, ainda, Cristina Rapisarda, escorada em prestigiosa doutrina, o uso que a praxe vem fazendo do art. 700 do CPC italiano vem se afastando de uma função meramente cautelar para tornar-se um verdadeiro e próprio instrumento alternativo em relação ao processo ordinário, perdendo o caráter instrumental que sempre lhe foi atribuído.<sup>175</sup> Reconhecendo com precisão a distinção e o caráter não cautelar das antecipações satisfativas, na doutrina italiana, refere Edoardo Ricci que “a conveniência de atribuir ao provimento antecipatório (e, ao mesmo tempo, à sentença de primeiro grau) imediata aptidão para provocar efetiva e completa satisfação do direito tutelado tem, portanto, também um preciso significado teórico: a atuação é necessária para que, sob o prisma do conteúdo, a tutela antecipatória se destaque da tutela meramente instrumental (e portanto cautelar) ”.<sup>176</sup>

Barbosa Moreira, comentando essa mutação experimentada pelo art. 700, refere também o fato: “Que se concedesse, a título provisório, o mesmo *quid* suscetível de concessão definitiva na sentença, e não um *aliud*, isso não

---

<sup>174</sup> *Lezione di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 2002, p.601-602 e 608. Como fazia Calamandrei, a doutrina italiana identifica na “provisoriamente” e na relação de “instrumentalidade” em relação à sentença definitiva, o caráter cautelar das antecipatórias. Remonta a Calamandrei, como é evidente, a razão pela qual a doutrina italiana atribui idêntica função aos provimentos *stricto sensu* cautelares e aos antecipatórios (cautelar), ignorando o fato de que justamente a função de um e outro é que os distingue. Enquanto o primeiro apenas assegura, o segundo satisfaz antecipadamente. Para uma análise do sistema italiano, na doutrina brasileira, consultar Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2006, p. 204 a 211. Também José Carlos Barbosa Moreira. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. In *Temas de Direito Processual, oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.93-95.

<sup>175</sup> Cristina Rapisarda. *Profili Della Tutela Civile Inibitoria*. Padova: CEDAM, 1987, p.117. Apontando idêntico fenômeno de revisão dos conceitos tradicionais da doutrina italiana acerca da noção de instrumentalidade e, portanto, da própria natureza cautelar dos provimentos antecipatórios satisfativos, Ferruccio Tommaseo, afirma que “esistono, infatti, della ambiguità nella determinazione del concetto di strumentalità che posono effettivamente far sorgere dubbi gravi quando si voglia utilizzarlo al fine de riconoscere la natura cautelare di un provimento particolare intituto o anche solo di determinare l'efficacia nel tempo del provvedimento cautelare”. *Il Provvedimenti D'Urgenza*. Padova: CEDAM, 1983, p.40-43.

<sup>176</sup> *A tutela antecipada brasileira vista por um italiano*. Revista *Genesis* de Direito Processual Civil. N. 6, Curitiba: *Genesis*, p.708. Luiz Guilherme Marinoni destaca a mesma passagem ao abordar o tema em seu *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p.111.

causou estranheza; o que se relutou em aceitar foi que a concessão provisória acabasse por substituir a definitiva, em vez de cingir-se a servir-lhe de instrumento.”<sup>177</sup> Ainda na senda comparatística, traz o exemplo francês do *référé-provision* dos arts. 808 e 809 do código de processo daquele país, reconhecendo-lhe natureza não cautelar. Fundados em convicção formada *prima facie*, outorgam a possibilidade de prover em face da urgência (art.808) ou diante do descabimento de “contestação séria” (art. 809).<sup>178</sup>

A doutrina brasileira, de modo geral, reconheceu a distinção entre os provimentos verdadeiramente cautelares e aqueles antecipatórios de tutela satisfativa, submetendo-os a regimes processuais diversos.<sup>179</sup>

Nosso sistema contempla, principalmente após a reforma de 1994, a existência de provimentos antecipatórios de caráter satisfativo ao lado de provimentos cautelares. Ainda que lhes seja comum a sumariedade da cognição e a urgência em prover (o que sequer é elemento obrigatório em todas as hipóteses de antecipação encontráveis no sistema brasileiro), a tutela verdadeiramente cautelar e a tutela satisfativa antecipada exercem funções diferentes e, por tal razão, passaram a ter tratamento também diverso.

O legislador brasileiro, reconhecendo a distinção, colocou os provimentos antecipatórios no Livro I do “Processo de Conhecimento”, e não no Livro III, das “Cautelares”. No sistema adotado, a execução provisória, que d  a nota de satisfatividade dos provimentos, pode ser outorgada independentemente do manejo de demanda cautelar e, embora tenham em

---

<sup>177</sup> José Carlos Barbosa Moreira. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. In *Temas de Direito Processual Civil, oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.95.

<sup>178</sup> José Carlos Barbosa Moreira. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. In *Temas de Direito Processual Civil, oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.97.

<sup>179</sup> Escrevendo logo após a reforma, Cândido Rangel Dinamarco afirma: “Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exerc -lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-  o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentenç a que concede a definitiva e sua concessão equivale, *mutatis mutandis*,   procedência da demanda inicial – com a diferenç  fundamental representada pela provisoriiedade.” Mais adiante, afirma que “elas incidem sobre o próprio direito e não consistem meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares”. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.139 -146. Também Luis Guilherme Marinoni. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: RT, 1992, p.79; Teori Albino Zavascki. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.46-48, entre outros.

comum com as cautelares a sumarização da cognição, submetem-se a requisitos que lhe são próprios.

Na definição de Luiz Guilherme Marinoni, endossada por Humberto Theodoro Jr., a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão.<sup>180</sup> Para Marinoni, “a tutela antecipatória, ao contrário da tutela cautelar, embora seja caracterizada pela provisoriedade, não é caracterizada pela instrumentalidade, ou melhor, não é instrumento que se destina a assegurar a utilidade da tutela final. É por isso que a nota de provisoriedade<sup>181</sup>, presente tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipatória, nada diz de proveitoso para a distinção entre elas.”<sup>182</sup> Ainda que em comum tenham a sumariedade da cognição e a transitoriedade de sua existência, a distinção repousa na função que uma e outra exercem.

Para Ovídio Baptista, “a tutela cautelar, antes de mais nada, deverá ser *apenas cautelar*, sem implicar, jamais, *realização antecipada* – ainda que provisória – do direito acautelado.” Segundo ele, “para nós tudo que importe em *realização*, ainda que por tempo limitado, do direito a que se deveria conceder a proteção apenas cautelar ultrapassa o nível da mera cautelaridade para tornar-se *tutela satisfativa*”.<sup>183</sup>

Os provimentos exarados com base em cognição sumária eram previstos apenas nas hipóteses de manejo de ação cautelar (Livro III do CPC), fossem ou não verdadeiramente cautelares – dado que alguns dos provimentos

---

<sup>180</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: RT, 1992, p. 141. Em idêntico sentido, Humberto Theodoro Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.402.

<sup>181</sup> Vale lembrar que Ovídio Baptista, ao contrário de grande parte da doutrina, não vê os provimentos cautelares como “provisórios” e sim como “temporários”, pois não serão substituídos por outros que se possam ter como definitivos. Reconhece Ovídio, na demanda cautelar, forma de ver tutelada uma “pretensão à segurança”, categoria haurida em Pontes de Miranda – que, para ele, em nada se confunde com o “resultado útil do processo”, conforme assimilação feita pela doutrina brasileira dos ensinamentos de Calamandrei. Para Ovídio, diante de uma “situação de perigo a que esteja exposto o direito tutelado”, surge uma pretensão à segurança do direito posto em risco e que constitui fundamento para o exercício da pretensão cautelar. A lide cautelar, para ele, é totalmente diversa da lide que se trava na “ação principal”. Seriam provisórios, aí sim, os provimentos satisfativos antecipados, porque esses implicam satisfação, ainda que provisória, do direito posto em causa no processo principal. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 86-92.

<sup>182</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2006, p. 208.

<sup>183</sup> Ovídio Baptista da Silva. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 55.

do livro III são de fato satisfativos, como, por exemplo, o que defere o afastamento temporário do cônjuge ou defere alimentos provisionais<sup>184</sup> - e, ainda, naquelas pontuais hipóteses previstas no Livro IV, como é o caso das liminares possessórias (art. 928), do embargo de obra nova (art.937), além de outros em legislação esparsa, todos indiscutivelmente satisfativos.

A Lei 8952/94 generalizou em nosso sistema a antecipação de tutela.<sup>185</sup> Os art. 273 (da antecipação de tutela) e o art. 461 (das obrigações de fazer e não-fazer), parágrafo 3º, autorizaram a antecipação “havendo prova inequívoca da verossimilhança das alegações” ou quando “relevante o fundamento e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final”. Mais do que isso, o art. 461 passou a admitir que, em se tratando de sentença (ou provimento liminar antecipatório), fosse possível desde logo buscar a efetivação das decisões na mesma relação jurídica-processual sem a necessidade de manejar uma “ação de execução”. Assim, quando o provimento judicial reconhece a obrigação de fazer ou não fazer, liminarmente ou em decisão final, é possível desde logo buscar a sua efetivação com utilização de quaisquer meios idôneos (art.461 §§ 4º e 5º), inclusive com a utilização de multa coercitiva (astreintes)<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Ovídio Baptista da Silva, não sozinho, advertia sobre a generalização das chamadas “cautelares atípicas” que inçavam a praxe forense e que, em realidade, buscavam provimentos de caráter satisfativo, provimentos antecipatórios da tutela final, mesmo para além daquelas acanhadas hipóteses já previstas pelo legislador. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3-8.

<sup>185</sup> A história dos provimentos com lastro em cognição sumária é muitíssimo mais antiga no processo brasileiro e remonta às Ordenações. Impõe-se, entretanto, ressaltar a substancial alteração de paradigma que significou a inserção dos provimentos antecipados no âmbito do assim chamado processo de conhecimento. Sobre o tema ver Galeno Lacerda. Mandados e Sentenças Liminares. *In Revista Processo e Constituição*, n.1. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2004, p.11-28.

<sup>186</sup> Deve-se ressaltar aqui o pioneirismo do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplinou a tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer, formulando já o meio processual adequado à tutela inibitória, de caráter preventivo, em redação quase idêntica à do posterior art. 461, do CPC. O mesmo dispositivo do diploma consumerista já previu também, em seu parágrafo 3º, a possibilidade de antecipação de tutela. O CDC, aliás, serve como paradigma do avanço legislativo rumo a um processo orientado pelos valores constitucionais do acesso à jurisdição (pela disciplina da tutela coletiva) e da efetividade. Destaque-se, outrossim, a existência já bastante disseminada de provimentos com lastro em cognição sumária na legislação extravagante e que só tendem a aumentar. Vários dos exemplos ora oferecidos, além de vários outros, se vêem referidos por Teori Albino Zavascki em seu *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 26.

Em uma segunda etapa da reforma, a Lei 10.444/2002 acrescentou o art. 461-A, estendendo a disciplina também para as obrigações de entregar coisa, autorizando também a execução *latu sensu*, sem a necessidade de processo autônomo e outorgando também a possibilidade de provimento antecipatório (§ 3º, que estabelece elo sistemático com o art. 461 e seus parágrafos). Já aí, os provimentos condenatórios (pagar quantia, art.273) e os provimentos mandamentais (art.461) e executivos *latu sensu* (461-A) poderiam ser emitidos com base em cognição sumária, desde que satisfeitos os requisitos estabelecidos em lei.

Abriu-se a possibilidade de obter adiantamento da tutela jurisdicional em momento anterior ao trânsito em julgado da decisão final, caracterizando-se esses provimentos pela sumariedade da cognição e recurso à técnica do exercício postecipado do contraditório. Com isso, minoraram-se significativamente os prejuízos experimentados pelo autor em razão da demora do processo, possibilitando uma divisão mais justa do tempo no curso do litígio, além de implicarem um uso alternativo do procedimento ordinário com vistas à adequada tutela dos direitos.

Os provimentos antecipatórios permitem atuar de imediato o direito “mais provável”, quando assim se afigurasse ao exame judicial, ou quando a pronta efetivação seja uma exigência inerente à natureza do direito a tutelar. Com a inversão da lógica até então vigente, viu-se o réu obrigado a uma atitude mais ativa no processo, em contraste com a postura de retardamento do feito que habitualmente caracterizava o comportamento do litigante desprovido de razão.

A inviabilidade desses provimentos no âmbito do processo de conhecimento gerava, nos apuros da prática forense, a utilização do processo cautelar (pela disponibilidade de liminares) para obtenção de resultado que não lhe era próprio<sup>187</sup>. Tal uso, aliás, esbarrava muitas vezes em argumentos de ordem formal, no sentido da inadequação do meio processual. O inconveniente era de dupla ordem: primeiro, porque o processo cautelar não fora configurado propriamente pelo legislador brasileiro para contemplar tutela satisfativa,

---

<sup>187</sup> Conforme Ovídio Baptista, tratando das “cautelares inominadas”, na introdução de seu *Do Processo Cautelar* (Rio de Janeiro: Forense, 1999, *passim*), em que analisa a matéria longamente, como parte da “teoria da ação cautelar”.

conclusão que deriva da interpretação sistemática da disciplina cautelar do CPC; segundo, porque, mesmo admitida a possibilidade de obter provimento satisfativo via cautelar, era necessária a instauração de *ação cautelar*, distinta do processo de conhecimento<sup>188</sup> e procedimentalmente autônoma. Ao oferecer disciplina específica para a concessão de antecipação de efeitos executivos da tutela de mérito, a alteração permitiu que tal decisão fosse exarada no âmbito do próprio processo de conhecimento, além de fixar requisitos mais precisos e próximos de sua verdadeira natureza, oferecendo parâmetros de segurança, sem prejuízo do contraditório.

Igualmente relevante foi a introdução no código, pela redação dada ao art. 461, do CPC, de instrumentos de tutela específica, contemplando a tutela preventiva inibitória, entendida como tutela de prevenção do ilícito<sup>189</sup>, assim também a de remoção do ilícito, de adimplemento na forma específica e também de ressarcimento na forma específica<sup>190</sup>.

Assim fazendo, preencheu o legislador enorme lacuna. Embora assegurasse a Constituição (art. 5º, XXXV) que a lei não excluiria da apreciação judiciária “lesão ou ameaça a direito”, não havia instrumento processual idôneo (com definição dogmática suficiente para minorar os efeitos da ordinaryness) para a tutela preventiva, de caráter satisfativo, que disponibilizasse provimentos liminares e meios eficazes de concretização<sup>191</sup>. A reforma no ponto foi essencial para a proteção adequada dos direitos fundamentais na medida em que, com

---

<sup>188</sup> Sobre o tema, amplamente, Ovídio Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil*. V. III. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 14 e ss. Luiz Guilherme Marinoni. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 1997. Também Zavascki, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

<sup>189</sup> Conforme Marinoni, analisando profundamente a doutrina italiana, a idéia de ilícito, para fins de tutela inibitória, desprende-se da idéia de dano e liga-se à idéia de ato contrário ao direito, em que a existência ou não de dano não constitui aspecto essencial. A Constituição assegura a proteção jurídica em caso de ameaça a direito, sem qualquer vinculação com a idéia de dano. A tutela preventiva, nesse sentido, pressupõe somente a ameaça, a probabilidade de ato contrário ao direito. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.61. Do mesmo autor, com maior amplitude de análise: *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.30 e ss.

<sup>190</sup> Ver, ainda, também de Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p.417 e ss.

<sup>191</sup> Bem observa Ovídio Baptista que, nessa ótica (refere-se ao conceito de ação de Arruda Alvim) “a ação pressupõe a existência de um obstáculo. Daí seu sentido *repressivo*, nunca *preventivo*. O ‘futuro obstáculo’, apenas antevisto como provável, é uma categoria processual que mal se adapta a esse conceito”. Os juízes, assim, “têm por missão ‘consertar’ o passado”. *Ideologia e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.96-98.

inegáveis vantagens, privilegiou a tutela preventiva em relação à tutela reparatória, resguardando bens de incerta ou mesmo impossível reparação. A eficácia característica dos provimentos preventivos oferece resultados muito superiores aos da tutela condenatória, seja por sua imediata concretização (eficácias mandamental e executiva *latu sensu*), seja pela preservação específica do direito ameaçado. Tal proteção, entretanto, não é possível sem que estejam disponibilizadas liminares cuja concessão não pode estar vinculada ao exercício de cognição prévia e exauriente, características do modelo de ordinaryness.

### 3. Tutela de urgência e tutela da evidência

Estabelecidas as diferenças entre os provimentos cautelares e os antecipatórios de tutela satisfativa, tomando como referência a função que cada um deles exerce, cabe-nos, agora, fixar as hipóteses em que o sistema processual brasileiro autoriza provimentos de cognição sumária com base na *urgência em prover* (sejam cautelares ou satisfativos os provimentos) e as hipóteses em que o juiz pode prover independentemente da urgência, quando o direito se mostre evidente, a recomendar a sumarização da cognição.<sup>192</sup> A existência, ademais, de um sistema de *tutela da evidência*, ao lado das tutelas de urgência, é da maior importância prática, tendo em vista que diferem substancialmente no que diz respeito aos requisitos para a sua concessão.

A lição de Adroaldo Furtado Fabrício é preciosa no ponto:

“Se a demora na entrega da prestação jurisdicional cria o risco de sua inutilidade prática quando ao fim sobrevier, ou de sua reduzida efetividade prática, podem-se instituir mecanismos assecuratórios tendentes a preservar o bem da vida em disputa, colocando-o sob custódia judicial a fim de que ele se conserve com o mínimo de desgaste ou deterioração até que se decida a sua titularidade. Se, por outro lado, a alta probabilidade de ter razão o autor desde

---

<sup>192</sup> Sobre o tema, consultar Adroaldo Furtado Fabrício. *Breves Notas Sobre os Provimentos Antecipatórios, Cautelares e liminares*. Ensaios de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003 p.187-199. Também Luiz Guilherme Marinoni. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 2006, p.341-367.

logo se impõe ao espírito do juiz, razoável é, por igual razão, que àquele se outorgue, mesmo provisoriamente, a fruição desse bem durante o curso do processo ou, quando menos, a subtração desse desfrute ao réu. Tem-se, no primeiro caso, a *tutela da urgência* e, no segundo, a *tutela da evidência*” (grifo nosso).<sup>193</sup> Conforme Luiz Fux a antecipação de tutela reclama “pressupostos substanciais e pressupostos processuais. Identifica a “evidência e a periclitacão potencial do direito objeto da ação” como pressupostos substanciais e a “verossimilhança das alegações e o requerimento da parte” como pressupostos processuais”.<sup>194</sup> A distinção não escapou também à doutrina de Ovídio Baptista, para quem, “se as circunstâncias demonstrarem a evidência do direito de quem invoca a proteção do estado, então toda demora na resposta que o titular do direito evidente, não apenas aparente, deva merecer torna-se desnecessária e, portanto, ilegítima”.<sup>195</sup>

Refere-se Fabrício, como exemplo da tutela de urgência, à tutela cautelar (“mecanismos assecuratórios tendentes a preservar o bem da vida em disputa”), expressão primeira e mais evidente da modalidade no sistema do código. Nada obsta, entretanto, que a tutela de urgência dê azo a provimento antecipatório de tutela satisfativa, o que ocorre não só no sistema geral de antecipação de tutela do art. 273, I como também nas antecipações do art. 461 § 3º, “havendo justificado receio de ineficácia do provimento final”. Percebe-se, desde logo, além disso, que a distinção entre a tutela da evidência e a tutela de urgência não é elemento suficiente para estabelecer a distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela satisfativa, conforme pontua Adroaldo Furtado Fabrício, lição guardada também por José Roberto dos Santos Bedaque.<sup>196</sup>

Arremata Fabrício que “é perfeitamente correto afirmar-se, pois, que a tutela diferenciada pode se orientar ora pelo valor urgência, ora pelo valor

---

<sup>193</sup> *Breves Notas Sobre os Provimentos Antecipatórios, Cautelares e liminares*. Ensaio de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 189.

<sup>194</sup> Luiz Fux. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.60.

<sup>195</sup> Ovídio Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p.46. Vol III.

<sup>196</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.339.

evidência, assim como pode contemplar simultaneamente a ambos – como, aliás, é o mais freqüente”.<sup>197</sup>

Tratemos, então, de cada uma das espécies:

a) Tutela de urgência

Para a análise das *tutelas de urgência*, são necessárias algumas considerações acerca do *periculum in mora*, normalmente associado aos provimentos de cognição sumária.

Como aponta Andrea Proto Pisani, em Calamandrei, era possível distinguir duas espécies de *pericula in mora*, quais sejam, o *pericolo da infruttuosità* e o *pericolo da tardività*.<sup>198</sup>

O *pericolo da infruttuosità* diz respeito à sobreveniência, no curso do processo, de fato que ponha em risco a possibilidade de efetivação da sentença final, autorizando um provimento que resguarde a possibilidade da futura execução. Trata-se não da satisfação do direito, mas da asseguuração preventiva da efetividade do provimento final, em reação a uma situação extraordinária de risco.

O *pericolo da tardività* está relacionado à duração do processo, quando a natureza do direito a tutelar não admita a morosidade característica do procedimento ordinário. São casos como o dos alimentos provisionais, ou dos direitos da personalidade, da tutela inibitória, que não admitem retardo na prestação jurisdicional. O provimento aqui visa acelerar provisoriamente a satisfação, adiantando efeitos da decisão final. O *periculum in mora* não deriva de excepcional situação de risco, mas da necessidade de pronta tutela do direito, em razão de sua natureza.<sup>199</sup>

Convém anotar que, para Proto Pisani, a existência de um “*pericolo da infruttuosità de la misura cautelare deve prevenire il danno che può derivare dal verificarsi, durante le more del processo, di fatti che possano impedire la*

---

<sup>197</sup> *Breves Notas Sobre os Provimentos Antecipatórios, Cautelares e liminares*. Ensaio de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003 p. 190.

<sup>198</sup> Andrea Proto Pisani. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 2002, p. 601-602.

<sup>199</sup> Andrea Proto Pisani. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 2002, p.602.

*sodisfazione del diritto, a la presenza di un pericolo de tardività la misura cautelare deve impedire, tramite la técnica della anticipazione della sodisfazione, il pregiudizio che il perdurare di una situazione antigjuridica provoca al titolare del diritto (Tomaseo).*<sup>200</sup>

Fica evidente que, embora ambas as situações se possam traduzir como situações de *periculum in mora*, o *periculo da infrutuosità* está conectado propriamente à idéia de proteção cautelar e o *periculo de tardività* se vincula aos provimentos de caráter satisfativo, nos casos em que é incompatível a demora do processo com a natureza do direito posto em causa.<sup>201</sup>

Chama a atenção Ovídio Baptista para o fato de que os juristas do medievo estabeleciam distinção entre satisfação antecipada e tutela outorgada contra o estado perigoso com recurso aos conceitos de *damnum irreparabile* e de *periculum in mora*. Enquanto o primeiro estaria vinculado a um risco ocasional de que possa a parte sofrer um dano, independentemente da natureza da causa, o segundo nada tem a ver com eventual dano e sim com o encurtamento do tempo necessário à obtenção da tutela satisfativa. Aparece como exigência de tutela em causas que, por sua natureza, não toleram retardo na prestação jurisdicional, ou quando não se justifica submeter o autor à demora inerente ao procedimento ordinário. Não havia no direito germânico medieval a assimilação que se operou entre a idéia de *periculum in mora* e o dano irreparável, sendo utilizada a primeira expressão para significar tão-

---

<sup>200</sup> Andrea Proto Pisani. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 2002, p.602. Anote-se que, como já referimos, a doutrina italiana, de forma bastante expressiva, inclui as medidas antecipatórias satisfativas na esfera dos provimentos cautelares, distanciando-se da maior parte da doutrina brasileira no particular.

<sup>201</sup> Barbosa Moreira, utilizando critério bastante similar, identifica duas categorias de tutela de urgência: a) a urgência ligada “ao risco que desapareçam, antes do momento em que normalmente se viria a lançar mão deles, elementos necessários à efetividade do processo, instaurado ou por instaurar, no qual se pleiteie a tutela do direito”; b) “urgência relacionada com a própria natureza ou função essencial do direito invocado”. Quanto à segunda categoria, Barbosa Moreira subdivide-a em dois tipos, considerando tratar-se de direitos cuja realização se protraí no tempo, sendo passíveis de cessação, ou tratem-se de direitos “cuja satisfação só é concebível à feição de algo definitivo, que se perfaz de uma vez por todas”. José Carlos Barbosa Moreira. *Tutela de Urgência e Efetividade do Direito*. In *Temas de Direito Processual, oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90. Para a crítica à posição de calamandrei, que primeiramente estabeleceu a categorização, ver Giovanni Arieta. *I Provvedimenti D'Urgenza*. Padova: CEDAM, 1985, p. 48-49.

somente o risco no retardo da prestação jurisdicional, independentemente de um dano potencial.<sup>202</sup>

Quando, no ponto anterior, tivemos a oportunidade de referir a existência, no direito italiano, de provimentos cautelares fundados em cognição sumária, dentre eles aquele do art. 700 do CPC, que permite tutela antecipatória quando “fora dos casos regulados pelas seções precedentes, quem tenha motivo fundado de temer que, durante o tempo necessário para fazer valer pela via ordinária seu direito, este fique ameaçado de prejuízo iminente e irreparável, pode requerer ao juiz as providências urgentes que, de acordo com as circunstâncias, pareçam mais idôneas para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito”.<sup>203</sup> A urgência em prover vincula-se, nessa hipótese, à idéia de dano iminente e irreparável, autorizando, desde logo, o adiantamento de efeitos da sentença de mérito.

O risco de dano aparece também no Brasil como fundamento que autoriza prover com base em cognição sumária (verossimilhança), seja em demanda cautelar, como é o caso do art. 798 do CPC, que autoriza o juiz a conceder a cautela “quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação”, seja em antecipação satisfativa como é o caso do inciso I do art. 273, em que a antecipação tem lugar quando “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Se de um lado é indispensável a demonstração do *periculum in mora* para as tutelas urgentes, essa demonstração é, de outro, totalmente desnecessária quando a evidência autoriza o provimento, a critério do legislador. Bedaque aponta, todavia, “que a tutela sumária fundada na

---

<sup>202</sup> “Nas hipóteses em que se tutelava com base no *periculum in mora*, cumpria-se uma das condições que determinaram a sumarização procedimental no Direito medieval: o encurtamento do tempo necessário à obtenção da tutela satisfativa, extirpando-se do procedimento ordinário todas as formalidades tornadas inúteis; nos casos de proteção contra o *damnum irreparabile*, ao contrário, a tutela se orientava no sentido da outorga de uma garantia jurisdicional contra um estado emergencial, surgido em razão de *circunstâncias extraordinárias* e que permitiam que se protegesse o direito, sem que a provisão judicial o realizasse antecipadamente”. Ovídio Baptista da Silva. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 13 a 16.

<sup>203</sup> Conforme tradução de Barbosa Moreira para o art. 700 do CPC italiano. *Tutela de Urgência e Efetividade do Direito*. In *Temas de Direito Processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 93.

evidência somente é admitida se expressamente prevista no sistema. Em caráter genérico, esse elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessária a presença do perigo de dano.”<sup>204</sup> Entendemos, entretanto, que a hipótese do art. 273, II, oferece abertura substancial para o reconhecimento da tutela da evidência.

O que marca a tutela da evidência é a forma como se apresenta ao juízo o caso a decidir, autorizando a lei, em determinadas hipóteses, que o provimento seja emitido com base exclusivamente na alta probabilidade de que o autor tenha razão, justificando-se o pronto deferimento do bem da vida perseguido. Nesses casos, a verossimilhança aparece como critério determinante e autônomo, autorizador da sumarização. A questão central aqui diz respeito à forma como se apresenta o direito ao juiz. Trata-se não de tutela de urgência, mas de *tutela da evidência*, tendo em vista que, segundo Marinoni, “a percepção de que o tempo do processo é um ônus obriga o legislador e o juiz a pensarem em técnicas processuais destinadas a distribuí-lo entre o autor e o réu”.<sup>205</sup>

O art. 273 autorizou em seus dois incisos, desde que presente “prova inequívoca da verossimilhança das alegações”, duas hipóteses de antecipação:

a) quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I).

b) quando fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório (inciso II).

Na primeira hipótese, o perigo de dano iminente configura *urgência* na concessão do provimento, em razão dos potenciais prejuízos advindos da demora na prestação jurisdicional. Conforme se verifica do texto do inciso I, trata-se de hipótese de antecipação urgente, motivada pelo risco da *tardivité* do provimento, em atenção à sua natureza. Isso também ocorre em relação aos provimentos que antecipam a tutela nas obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa, “havendo justificado receio de ineficácia do provimento final”.

---

<sup>204</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.339.

<sup>205</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 2006, p.345.

A hipótese do inciso II do art.273, por sua vez, pressupõe prévia manifestação do demandado. É da análise da resposta que surgem as condições para a antecipação<sup>206</sup>, assemelhando-se nesse ponto ao *référé provision* do processo francês quando a obrigação não seja “seriamente contestável”.

O dispositivo brasileiro está alicerçado no “abuso do direito de defesa” ou “manifesto intuito protelatório do réu”. Comoglio, Ferri e Taruffo, comentando as diretrizes que pautaram a reforma do processo civil italiano, apontam, de um lado, uma perspectiva funcional, vinculada à necessidade de disponibilizar “provimentos condenatórios antecipados”<sup>207</sup> como exigência de celeridade e efetividade, como forma de oferecer proteção aderente às situações subjetivas tuteláveis. De outro lado, adotam uma perspectiva que denominam “sancionatória”, preocupada em prevenir um uso abusivo do processo<sup>208</sup>.

Para Teori Zavascki, a função do inciso II é essencialmente punitiva (sancionatória) e pressupõe que o réu pratique atos com o fim de retardar o andamento do processo. Seria fundamentalmente um instrumento para evitar a procrastinação e a malícia processual. O ato, mesmo abusivo, que não retarda nem impede os atos processuais subseqüentes não autoriza a antecipação que, segundo afirma, estará sempre estribada no *princípio da necessidade*. “Assim, a invocação, pelo réu, na contestação, de razões infundadas, por si só não justifica a antecipação de tutela”. (...) “enfocadas pelo princípio da

---

<sup>206</sup> “Ora, diante dos elementos de convencimento trazidos pela inicial e a absoluta carência de seriedade da defesa, normalmente haverá condições para o Julgamento antecipado (CPC, art. 330, I). O abuso do direito de defesa aqui previsto pode gerar, portanto, não apenas a antecipação dos efeitos da sentença, mas também o julgamento antecipado. Significa dizer que a antecipação de tutela servirá, na grande maioria dos casos, para tornar imediatamente eficaz a sentença, afastando o efeito suspensivo do recurso”. Bedaque, Roberto dos Santos. In. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coord. Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004, p. 795. Semelhante posicionamento adota Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *A Tutela de Urgência no Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.11.

<sup>207</sup> Convém lembrar que a doutrina italiana trabalha com uma classificação tripartite das eficácias sentençiais, razão pela qual há referência tão-somente à condenação. Cremos, entretanto, que, no ponto, o sistema brasileiro tomou outro rumo, acatando a classificação quinária, nos moldes propostos por Pontes de Miranda, o que ficou mais evidente a partir da primeira etapa da reforma do CPC brasileiro, em 1994.

<sup>208</sup> Analisando o sistema brasileiro, Teori Zavascki identifica três hipóteses de antecipação a partir do art. 273 do CPC: a antecipação assecuratória, a antecipação punitiva e a antecipação do pedido incontroverso. *Antecipação da Tutela*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005, p. 75-76.

necessidade, evidenciam-se escassas, na prática, as hipóteses de antecipação de tutela por abuso do direito de defesa”.<sup>209</sup>

É bem verdade, como já se teve a oportunidade de referir em outro lugar<sup>210</sup>, que “pouco comuns têm sido as antecipações fundadas no inciso II do art. 273 do CPC, que autoriza o provimento quando se caracterize exercício abusivo de defesa ou manifesto propósito protelatório. (...) Existe muita parcimônia na aplicação do instituto, reflexo da velha vocação cultural para a ordinariedade que estas duas últimas décadas ainda não conseguiram superar. Neste ponto, impõe-se admitir que todo um conjunto de normas voltadas à conduta processual ética e colaborativa carece de aplicação mais constante. (...) Talvez, também, tal parcimônia se deva a certo espírito ‘macunaímico’ de tolerância que flexibiliza sobremodo os deveres de conduta em geral”. No mesmo sentido vaticina Daniel Francisco Mitidiero: “quem conhece nossas raízes culturais que tornam extremamente tolerante nossa reação contra todas as formas de litigância temerária, não terá muito otimismo quanto à utilização da prerrogativa constante deste dispositivo”.<sup>211</sup>

O aspecto mais instigante do inciso II do art. 273 é que ele traz consigo o germe da superação da plenariedade como *standard* cognitivo principal. Enquanto o inciso I implica satisfação antecipada em razão da urgência em prover, vinculado ao risco de demora na prestação jurisdicional (*pericolo de tardività*), o segundo *tutela a evidência*, potencializada pela insubsistência da defesa.<sup>212</sup>

Como aponta Daniel Mitidiero, “não há dúvida que o art. 273, inciso II, CPC, dá ensanchas à prolação de uma decisão provisória sobre o objeto

---

<sup>209</sup> Teori Albino Zavascki. *Antecipação de Tutela*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005, p.78-79.

<sup>210</sup> Daisson Flach, *Processo e Realização Constitucional; a construção do “devido processo”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 29.

<sup>211</sup> Daniel Francisco Mitidiero. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p.58.

<sup>212</sup> O direito italiano, aliás, oferece também exemplos de tutela da evidência, como é o caso dos *provvedimenti anticipatori interinali di condanna*, art. 186-bis (*l’ordinanza per il pagamento di somme non contestate*) e *ter* (*l’ordinanza ingiuntiva*) e art. 186-quater (*l’ordinanza post-instrutória*)<sup>212</sup>, além do art. 423, 2º *comma*, do código italiano. Sobre esses provimentos ver Luigi Montesano e Giovanni Arieta. *Diritto Processuale Civile*, vol II. Torino: Giappichelli Editore, 1997, p. 157 e ss. Também Comoglio, Ferri e Taruffo. *Lezioni sul Processo Civile*. Bologna: Il Mulino, 1998, p.683-685.

litigioso, fundada em cognição sumária. Não existe perigo na demora da prestação jurisdicional a compor-se por essa via, já que se funda na maior consistência de que se revestem as alegações do demandante em juízo, quando comparadas com as alegações produzidas pelo demandado. Protege-se, aí, o direito evidente, sem qualquer consideração a respeito de eventual urgência em prover”.<sup>213</sup>

O juízo de verossimilhança se forma quando já oportunizado o exercício das razões contrárias. Quando a pretensão do autor se apóia em elementos de convicção pré-constituídos e, inversamente, a defesa for inconsistente, poderá o juízo prover de pronto, ainda que provisoriamente, determinando ou autorizando medidas que satisfaçam a pretensão do autor, no todo ou em parte. A precariedade da defesa atua como elemento de reforço à posição do autor. A hipótese trazida pelo requerente, como fundamento da pretensão, não é contrastada de forma efetiva de modo que, embora não se possa negar ao réu a possibilidade de dar densidade às suas afirmações, exercendo o contraditório, não se afigura razoável privar o autor do bem da vida durante o tempo necessário a um esforço probatório que se revela tendencialmente improdutivo.

Antecipada a tutela, a iniciativa instrutória pesa sobre o réu que poderá trilhar a via ordinária para a comprovação de causa extintiva, modificativa ou impeditiva do direito do autor (exceção substancial indireta). Segundo Marinoni, o art. 273 II do CPC combina a técnica da *reserva da cognição da exceção substancial indireta infundada*, pela qual “transfere-se a cognição exauriente da defesa indireta para momento posterior ao da concessão da tutela”<sup>214</sup>, com a *técnica monitória* caracterizada pela pré-formação da prova dos fatos constitutivos do direito do autor, resultando uma melhor distribuição do tempo do processo. A hipótese não tem nenhuma relação com risco na demora da prestação jurisdicional. Trata-se de ato decisório que dispensa a

---

<sup>213</sup> Daniel Mitidiero. *Direito Fundamental ao Julgamento Definitivo da Parcela Incontroversa: uma proposta de compreensão do art. 273, § 6º do CPC na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, XXVII CRFB)*. Texto inédito.

<sup>214</sup> *Antecipação da Tutela*. São Paulo: RT, 2006, p. 347-354. Marinoni refere que na base desta técnica está uma presunção de que, oferecida apenas exceção substancial indireta, ter-se-iam por incontroversos os fatos constitutivos do direito do autor.

plenariedade com base na evidência do direito, acentuada a convicção do juiz pela inconsistência da defesa.<sup>215</sup>

Sob esse último ângulo, torna-se o dispositivo muito mais funcional, liberto de uma perspectiva estritamente sancionatória, reconhecendo a abertura para a tutela da evidência.

No caso do § 6º do art. 273 passa algo diverso. Embora seja também hipótese de *tutela da evidência*, sumarização aqui encontra outra justificativa. O legislador lançou mão da técnica do julgamento antecipado do pedido incontroverso.<sup>216</sup> “Quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”, o juiz poderá antecipar tutela. Parte da idéia de que não é justo privar o autor da fruição de um direito que não se mostra controvertido, como apontou Marinoni em trabalho seminal para a inserção do dispositivo em nosso sistema.<sup>217</sup> Trata-se, embora com perfil mais amplo, de técnica semelhante àquela presente no direito italiano, art. 186-*bis* do C.p.c. (*l’ordinanza per il pagamento di somme non contestate*).

Não se cuida de incontrovérsia meramente fática. A incontrovérsia diz respeito ao pedido. Tal foi, aliás, a observação de Fredie Didier Jr.: “A incontrovérsia ora examinada não é aquela a que se refere o art. 334, III, do

---

<sup>215</sup> No mesmo sentido, reconhecendo aqui hipótese de antecipação em razão da verossimilhança e sua potencialização pela inconsistência da defesa José Roberto dos Santos Bedaque. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias de urgência*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006, p. 331. Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência*. Revista *Genesis* de Direito Processual Civil. Curitiba: *Genesis*, 1997, p.13.

<sup>216</sup> Teori Zavascki reconhece no § 6º do art. 273 hipótese de tutela da evidência com o objetivo de acelerar a entrega da prestação jurisdicional. Na realidade, é com base nesse dispositivo que Teori Zavascki vislumbra, em interpretação ampliativa da expressão “pedido incontroverso”, o caminho para a antecipação quando não haja contestação séria. Para ele, é incontroverso o pedido quando a controvérsia (*rectius*: a intenção de controverter) não se revista de um mínimo de seriedade e razoabilidade (p.109). De nossa parte, consideramos mais adequado buscar no abuso do direito de defesa e no propósito protelatório, constantes no inciso II, o caminho mais adequado para a antecipação diante de defesa inconsistente ou “não séria”. Isso porque, diante do exercício da defesa não é possível tomar os fundamentos do pedido como incontroversos, o que seria lícito apenas diante de atitude omissiva ou comissiva do réu (não manifestação ou expressa concordância com um ou mais pedidos ou parcela deles).

<sup>217</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e Execução imediata da Sentença*. São Paulo: RT, 1998, p.98-99. Escrevendo antes da reforma de 2001, defendia Marinoni a possibilidade de conceder o provimento com base no art. 273, II. Com a introdução do § 6º, fruto do empenho do autor nas comissões de reforma, tomou a matéria assento normativo mais seguro e próprio, voltando Marinoni a tratá-la em obras mais recentes já como técnica prevista no novo dispositivo, com expressa referência à “tutela antecipatória fundada em direito evidente”. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: RT, 2006, p. 355-357.

CPC, que diz respeito apenas aos fatos e tem por efeito jurídico a dispensa da prova. Trata-se, aqui, de incontrovérsia quanto ao objeto do processo – conseqüências jurídicas desejadas pelo demandante; concluem os litigantes que, ao menos em parte, aquilo que se pretende (pedido/mérito) tem fundamento e, por isso, deve ser acolhido”.<sup>218</sup>

Também Marinoni consigna que a incontrovérsia fática não é suficiente para ensejar aplicação do dispositivo, sendo necessária apreciação compreensiva que determine se dos fatos postos pelo autor deriva a conseqüência jurídica por ele pretendida. Segundo ele, “incontroverso é o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo, em razão disso, imediata tutela. É nesse sentido que se diz que o § 6º é a base para a tutela dos direitos evidentes”.<sup>219</sup>

Bem examinado o ponto, a questão não envolve um juízo de verossimilhança, no sentido de convicção resultante de cognição incompleta; a antecipação se justifica, no caso, justamente porque a cognição é completa. Se for incontroverso o pedido, não há necessidade alguma de instrução. O processo seguirá apenas em relação aos pontos controvertidos. Como refere Ovídio Baptista, “é verdade que a causa deverá prosseguir para apreciação das parcelas do pedido ou de outros pedidos, eventualmente cumulados, que não se apresentarem ‘incontroversos’, porém a lide terá sido reduzida às questões litigiosas remanescentes”. Essa peculiar circunstância levou Daniel Francisco Mitidiero a reconhecer, corretamente, no parágrafo 6º do art. 273 do CPC, não uma hipótese de antecipação de tutela, mas verdadeiro julgamento antecipado fracionado da causa. Afirma: “Tal como escrevemos alhures, temos que o art. 273, § 6º, CPC, encerra uma nova hipótese de julgamento antecipado da lide, dando azo à prolação de uma sentença parcial de mérito, tomada sob o regime da cognição plena e exauriente e apta a lograr a qualidade de coisa julgada”.<sup>220</sup>

---

<sup>218</sup> Fredie Didier Jr. *A Nova Reforma Processual*. Em co-autoria com Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003, p.76.

<sup>219</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: RT, 2006, p. 360.

<sup>220</sup> Daniel Francisco Mitidiero. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 76-77. A solução contou também com a simpatia de Humberto Theodoro Jr. em edição recente de seu *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro:

As técnicas empregadas nesses provimentos são as da não-contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido.<sup>221</sup> Ocorrendo qualquer das duas hipóteses, torna-se despicienda qualquer diligência ulterior, sendo viável, desde logo, proferir decisão sobre a matéria incontroversa.

Por derradeiro, se faz necessária a referência à técnica monitoria, acolhida no art. 1.102.a do CPC, que oferece acesso a uma via mais direta para a constituição do título ao credor de soma de dinheiro, coisa fungível ou bem móvel, munido de prova documental sem eficácia de título executivo. Trata-se do procedimento monitorio documental. O juiz, a partir de juízo de verossimilhança emitido com base em prova documental pré-constituída, expede mandado de pagamento. A ação monitoria se vale da técnica do contraditório eventual, impondo ao réu o ônus de embargar para provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Caso prefira pagar, não haverá custas ou honorários. Oferecidos embargos, o procedimento toma a via ordinária, cessando a eficácia do mandado de pagamento; não oferecidos os embargos, forma-se o título e cumpre-se na forma dos art. 475-I e seguintes do CPC.<sup>222</sup>

Importante, ainda, referir, em momento de candentes iniciativas de reforma, projeto oriundo do Instituto Brasileiro de Direito Processual cujo título é “Estabilização da tutela antecipada”. A redação competiu a Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque<sup>223</sup>. O

---

Forense, 2006, p. 408. Nesse sentido, ainda, Cássio Scarpinella Bueno. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.45. Contra, Marinoni, em edição recente de seu manual, revendo posição anterior: “O ato judicial que trata do mérito no curso da causa não pode ser admitido como sentença. O ato judicial que implica alguma das situações do art. 269 somente pode ser definido como sentença quando extingue o processo ou quando encerra a fase de conhecimento. (...) Ora, sempre houve acordo no sentido de que o ato judicial que concede tutela antecipatória, por exemplo, julga o mérito sem deixar de ser decisão interlocutória”. *Manual do Processo de Conhecimento*. Em co-autoria com Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: RT, 2006, p. 407. Também Bedaque reviu posição, em recente edição de seu *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias de urgência*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006, p. 337. “Reconheci, todavia, que a simples antecipação não gera resultado definitivo”.

<sup>221</sup> Conforme Luiz Guilherme Marinoni. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 2006, p 357-366.

<sup>222</sup> Sobre o cumprimento de sentença, ver Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Coord.). *A Nova Execução: comentários à Lei 11.232/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>223</sup> Para uma mais profunda análise do projeto ver Roberto dos Santos Bedaque. *Estabilização das Tutelas de Urgência*. In Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

projeto tem por escopo “tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende (...) é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito.”<sup>224</sup> Como informa Bedaque, “concedida a tutela antecipada, a cognição plena fica na dependência da provocação de qualquer das partes”.<sup>225</sup> A providência concedida em caráter sumário transitará em julgado caso o contraditório, em ação de cognição plena e exauriente, não seja instaurado a pedido do réu, em exercício de contraditório eventual.

A exposição de motivos do projeto ressalta o caráter assemelhado às ações monitórias, em que se transfere ao réu o ônus de demandar, caso entenda procedimento de cognição plenária. Informa também sobre o direito italiano, que já prevê estabilização dos provimentos de urgência em dispositivos como o art. 186 “*ter*” e “*quater*” CPC e o art. 423, 2º *comma*, C.p.c., entre outros.

A possibilidade de ações materialmente sumárias, com recurso à técnica de contraditório eventual, anima Ovídio Baptista, que defende a superação da ordinaryness como paradigma cognitivo principal. Também Proto Pisani manifestou-se recentemente no sentido de que “il ricorso al processo a cognizione piena cessa però di essere (como però nella realtà mai è stato) la via necessaria da percorrere per la tutela di qualsiasi diritto. E per tale motivo non a torto, a mio avviso, parlarsi di una tendenza verso la residualità del processo a cognizione piena”.<sup>226</sup>

---

<sup>224</sup> Projeto de Lei do Senado n. 186/2005. Rel. Senador Antero Paes de Barros. Exposição de motivos. Disponível em [www.direitoprocessual.org.br](http://www.direitoprocessual.org.br). Site oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

<sup>225</sup> Roberto dos Santos Bedaque. *Estabilização das Tutelas de Urgência*. In Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 674.

<sup>226</sup> Andréa Proto Pisani. *Residualità del Processo a Cognizione Piena?* In REPRO n.131. São Paulo: RT, janeiro de 2006, p.249.

## 2 - A Multifuncionalidade da Noção de Verossimilhança

Na primeira parte desse trabalho, desenvolveu-se a idéia de que, no processo, a verdade não pode ser mais do que verossimilhança, o que afirmava Calamandrei já na abertura de seu famoso escrito.<sup>227</sup> Havia, entretanto, a necessidade de enfrentar o caráter polissêmico do vocábulo, tanto mais em razão do uso que lhe faz a linguagem normativa, outorgando-lhe funções eminentemente pragmáticas. Lancemo-nos portanto, com o mestre, à nova tarefa, partindo do problema que nos coloca:

*“Queda entendido que todo juicio acerca de la verdad de los hechos puede ser psicológicamente más que un juicio de verosimilitud; pero cuando es la ley que contrapone la verosimilitud a la verdad, viene a ser entonces importante para el jurista captar bien el significado de esa contraposición.”*<sup>228</sup>

Com efeito, a expressão verossimilhança encontra no processo civil aplicações tão díspares que não só resulta extremamente difícil como também pouco útil querer conduzi-las a um significado unívoco. Qualquer tentativa purista seguramente esbarraria na necessidade de estabelecer tantas e tão complexas distinções conceituais que certamente nos retiraria do foco e, mais do que isso, implicaria rejeitar usos de larga tradição doutrinária e mesmo legislativa. Parece-nos mais adequado, assim, como forma de aproximação ao tema, referirmo-nos à *multifuncionalidade da noção de verossimilhança*, buscando identificar e contextualizar essas funções.

---

<sup>227</sup> Verossimilhança em sentido próprio ou ‘verdade processual’ – a verossimilhança do fato aparece como eficácia da prova que busca demonstrá-lo - conforme referiu Taruffo, lendo Calamandrei. Refere-se Taruffo, ainda, a outros dois sentidos da verossimilhança: o grau de convicção gerado por *provas leviores*, a “previsão de eficácia da prova no âmbito de uma avaliação que o juiz realiza em via preventiva”; finalmente, verossimilhança entendida como *id quod plerunque accidit*, resultante da aplicação de máximas de experiência. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.81.

<sup>228</sup> Calamandrei, Piero. *Verdad y Verosimilitud en el Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo, in *Estudios Sobre el Proceso Civil*. V. III. Buenos Aires: EJEA, 1973, p. 321-322.

## 2.1 – Verossimilhança e seleção dos meios de prova

Para Calamandrei, o que faz a parte quando alega a ocorrência de determinados fatos atribuindo-lhes conseqüência não é uma prova, senão a proposta de um tema de investigação. No que concerne ao juiz, não se trata, ainda, de valorar os elementos probatórios trazidos como suporte de sua pretensão, mas sim de definir que meios serão disponibilizados às partes para a prova de suas alegações, atribuindo à verossimilhança função seletiva dos meios de prova. Calamandrei, analisando essa função, refere-se aos juízos de *admissibilidade*, de *credibilidade* (verossimilhança) e de *relevância* da prova.

A *admissibilidade*, para Calamandrei, diz respeito à mera legalidade, à existência de regra obstaculizando a produção da prova, como, por exemplo, a vedação de prova exclusivamente testemunhal para a comprovação de contratos, acima de determinado valor, os impedimentos, as suspeições. Calamandrei dá à expressão *admissibilidade*, portanto, conotação estritamente formal vinculada à existência de regra impeditiva do manejo do meio de prova.<sup>229</sup>

A *relevância*, a seu turno, implica avaliação antecipada e hipotética das conseqüências jurídicas que seguiriam dos fatos afirmados, com a finalidade de verificar sua idoneidade para produzir os efeitos jurídicos pretendidos pela parte. É, portanto, um juízo de direito, emitido já com vistas ao mérito da causa. Define-a Calamandrei como um requisito afeito à “prudente apreciação do juiz, chamado a avaliar, antecipada e hipoteticamente, as conseqüências jurídicas que se derivariam dos fatos postos à prova, se fossem provados”.<sup>230</sup>

Taruffo<sup>231</sup>, após ampla análise do conceito de *relevância* proposto por Calamandrei, conclui que lá a valoração tem como objeto o fato como fundamento da demanda e não como objeto de prova. Trata-se, na verdade, de estabelecer relação entre fato alegado e *thema decidendum*.

---

<sup>229</sup> Piero Calamandrei. *Verdad y Verosimilitud en el Proceso*. In Estudios Sobre el Proceso Civil. Buenos Aires: EJE, 1973, p. 321- 324.

<sup>230</sup> Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.23-41.

<sup>231</sup> Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.23-41.

A relação entre prova e decisão, nos termos em que é proposta por Calamandrei, deve ser entendida como a configuração do *thema probandum*. Taruffo define o *thema probandum* como “o complexo dos fatos que se devem provar em juízo como fundamento da decisão (l'accertamento dei fatti principalli della causa)”; é determinante da *relevância jurídica* do fato (sua aptidão para gerar determinadas conseqüências jurídicas), sendo, por outro lado, de todo inconfundível com a noção de *relevância da prova do fato*, a ensejar ou não a sua produção.

Definido o *probandum* como o complexo de fatos que devem ser provados em juízo como fundamento da demanda, a seleção desses fatos é co-natural à construção da *quaestio juris*. Enquanto o *objeto da prova* - o fato particular que a prova individualmente tende a demonstrar - vem delineado mediante *um juízo de fato*, a determinação do *thema probandum* comporta um *juízo de direito*<sup>232</sup>. A relevância de que trata Calamandrei é, portanto, algo totalmente distinto do conceito de “relevância da prova”<sup>233</sup> e traduz, na realidade, a potencialidade do fato para a determinação de efeitos jurídicos.

O juízo de *credibilidade* (*verossimilhança*), que mais de perto nos interessa, está ligado, para Calamandrei, à aplicação de máximas de experiência no sentido que lhe ofereceu Stein<sup>234</sup>. Trata-se de avaliar, com base em *quod plerunque accidit*, a possibilidade de que ocorram fatos tais como aqueles afirmados, decidindo o juiz se autoriza ou não a produção da prova caso atribua ou não credibilidade à alegação.<sup>235</sup> O juízo de verossimilhança (que Calamandrei refere, ainda, como “atendibilidad”), nesse sentido (que é um dentre vários que lhe atribui Calamandrei), não implica juízo sobre a avaliação da prova. É um juízo típico que surge da confrontação entre uma representação que é dada pela parte e um juízo de ordem geral, já

---

<sup>232</sup> Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.35.

<sup>233</sup> *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.35.

<sup>234</sup> Stein liga as máximas de experiência à valoração dos indícios e meios probatórios e a forma como se conectam às alegações que se pretendam provar. Além dessas duas funções, Stein agrega aquela a que se refere Calamandrei, qual seja a determinação da impossibilidade de um fato. *El Conocimiento Privado del Juez*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1990, p. 31 – 37.

<sup>235</sup> Piero Calamandrei. *Verdad y Verosimilitud en el Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo, in *Studios Sobre el Proceso Civil*. V. III. Buenos Aires: EJEA, 1973, p. 330-332.

adquirido anteriormente, que tem por objeto a categoria típica à qual se pode assimilar em abstrato o fato representado.<sup>236</sup> Também Taruffo consigna esse como um dos sentidos habitualmente atribuídos à verossimilhança: “pode-se definir verossímil o fato afirmado pela parte quando, independentemente da eficácia, verificada ou presumida, da prova, sua existência se faz crer com base em leis naturais ou a regras de comportamento trazidas da experiência comum”.<sup>237</sup>

Nesse *primeiro sentido*, portanto, a verossimilhança aparece como *critério seletivo-eliminatório, vinculado à admissão dos meios de prova*. “Uma espécie de cortina metálica, que só se alça ante as alegações verossímeis, para deixar o caminho para a comprovação a fundo da verdade”.<sup>238</sup> Conclui Calamandrei, no particular, referindo a jurisprudência italiana, que a “inverossimilhança dos fatos postos à prova não constitui motivo legítimo para rechaçar a prova deduzida”.<sup>239</sup> Nesse aspecto, aliás, concorda com Taruffo.<sup>240</sup>

A lei processual brasileira não insere a verossimilhança do fato entre os motivos possíveis para sua inadmissão. O art. 334 do CPC não faz nenhuma alusão à verossimilhança ou à inverossimilhança da prova, tampouco à sua “credibilidade” como critério de exclusão *a priori*.

## 2.2 - A verossimilhança como modelo de constatação dos fatos da causa

Calamandrei utiliza a expressão verossimilhança também em sentido bastante diverso daquele antes referido. Para ele, quando o julgador emite juízo interinal sobre provas *prima facie* (provas *leviores*) para respaldar

---

<sup>236</sup> Piero Calamandrei,. *Verdad y Verosimilitud en el Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. In *Studios Sobre el Proceso Civil*. V. III. Buenos Aires: EJE, 1973, p. 328.

<sup>237</sup> Para taruffo, aliás, é esse o sentido mais próprio da expressão, tendo em vista que, para ele, verossimilhança nada tem a ver com probabilidade ou com o êxito do esforço probatório. Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.81.

<sup>238</sup> Piero Calamandrei. *Verdad y Verosimilitud en el Proceso*. In *Estudios Sobre el Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, p. 346.

<sup>239</sup> Piero Calamandrei. *Verdad y Verosimilitud en el Proceso*. In *Estudios Sobre el Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, p.333.

<sup>240</sup> Michele Taruffo. *Studi Sulla rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.83.

provimento liminar, não está exercendo um juízo de verossimilhança com função limitadora da prova e sim valorando a prova, ainda que provisoriamente<sup>241</sup>. Nesse caso, admite também tratar-se de um juízo de *probabilidade* “a verossímil alegação de um motivo justificado”, conforme remissão que faz a dispositivos da lei processual civil italiana. Justamente por tratar-se de providências interinais, “podem se fundar em um pedestal pouco resistente de uma verdade também interina, surgida de uma simples valoração de verossimilhança”.<sup>242</sup> Cita como exemplos, entre outros dispositivos da lei italiana, os *provvedimenti d’urgenza* (art. 700, C.p.c.).<sup>243</sup>

Para compreender o sentido da contraposição que a lei processual faz entre juízo de verossimilhança e juízo de verdade, diz o mestre: “há que considerar o momento em que, durante o curso do processo, a lei, em certos casos, considera útil dar separada relevância, antes de terem sido produzidos os meios probatórios necessários para um juízo definitivo de verdade, ao juízo de verossimilhança: este tem função *instrumental*, em contraposição ao juízo de verdade, que tem caráter *final*”.<sup>244</sup> Segundo ele a sumariedade da indagação, nesses casos, “se resolve em um juízo de verossimilhança fundado, sobretudo, na atendibilidade da alegação”.<sup>245</sup>

São exemplos desse uso no ordenamento brasileiro as expressões “prova inequívoca da verossimilhança” do art. 273 do CPC, o *fumus boni iuris*, associado à tutela cautelar (art. 800, CPC), “*sendo relevante o fundamento*” (art. 461, § 3º do CPC, art. 84, § 3º do CDC e sua variante presente já há muito tempo na Lei do Mandado de Segurança, art. 7º).

---

<sup>241</sup> Piero Calamandrei. *Verdad y Verosimilitud en el Proceso*. In Estudios Sobre el Proceso Civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, p.345-346.

<sup>242</sup> Piero Calamandrei. *Verdad y Verosimilitud en el Proceso*. In Estudios Sobre el Proceso Civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, p.346.

<sup>243</sup> Calha, no ponto, atender à recomendação de Danilo Knijnik para que não se embaralhem a *admissão da prova* com a *valoração da prova*, coisas muito distintas e que correspondem a momentos também diversos da apreciação judicial. O primeiro diz com a disponibilização dos meios de prova postulados pela parte, o segundo, refere-se ao resultado probatório, já manejados os meios. Tem vinculação, esse último, com o *convencimento do juiz*. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19-23.

<sup>244</sup> *Verdad y Verosimilitud en el Proceso*. In Studios Sobre el Proceso Civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, p. 326.

<sup>245</sup> *Verdad e Verosimilitud en el Proceso*. In Estudios Sobre el Proceso Civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, p.345.

Em livro recentemente publicado, Danilo Knijnik atribui a essas expressões a função de “*modelos de constatação na expedição de provimentos liminares*”.<sup>246</sup> O que propõe no trabalho é, dialogando principalmente com as fontes da *common law*, debater a aplicabilidade da teoria dos modelos de constatação como auxiliar do controle da racionalidade dos juízos de fato. Segundo Danilo Knijnik, “o mecanismo que melhor permite a submissão do juízo de fato ao contraditório objetivo consiste, precisamente, em definir-se como *questão de direito* antecedente, qual *modelo de constatação* será empregado no processo de formação do juízo de fato. Obviamente, a adoção de um ou outro critério tem fundamental importância prática no resultado concreto da decisão e, portanto, é matéria que interessa às partes e ao julgador”.<sup>247</sup> O que busca é a definição de critérios, *standards* móveis, aderentes às situações concretas<sup>248</sup>, que possam ser reconhecidos de forma razoavelmente homogênea e ofereçam condições de controlabilidade do processo de formação da convicção do juiz.

Tratando da função dos *standards* na estrutura da decisão judicial, afirma Taruffo que, “quando a norma jurídica contém uma referência a um *standard*, é ela particularmente aberta do ponto de vista de sua estrutura lógica e semântica. Este ponto de abertura tem como característica essencial não reenviar, para o fim de aplicação da norma mesma, à outra norma ou princípio encontrável no interior do próprio ordenamento jurídico (ainda que em ampla concepção), mas de remeter a critérios existentes fora do ordenamento, não

---

<sup>246</sup> Danilo Knijnik. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 47. Nesse trabalho, o autor retoma o tema anteriormente tratado no artigo *Os Standards do Convencimento Judicial*. Revista Forense, v. 353. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 14-52. “Modelos de controle do juízo de fato (ou *standards*, critérios, etc.) provisoriamente definimos enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão. Por seu intermédio, ao invés de os participantes de uma relação processual simplesmente pretenderem a prevalência de uma convicção sobre a outra (p. ex. a do Tribunal sobre a do juiz; a do autor sobre a do réu etc.), cria-se um complexo de regras lógicas de caráter auxiliar, capazes de estabelecer um arsenal crítico comum para o debate acerca da convicção”. (p.21)

<sup>247</sup> Danilo Knijnik. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

<sup>248</sup> “Todos os *standards*, *paradigmas* ou *modelos de constatação*, sob pena de destruir-se a si próprios, são abertos. (...) esses *standards* jamais poderão, nem deverão, precisar estritamente o controle da convicção. Isso não é possível. Antes, sua maior missão é fundar um código balizador do diálogo, ensejando, pois, a máxima submissão do convencimento judicial ao contraditório”. Danilo Knijnik *Os Standards do Convencimento Judicial*. Revista forense, v. 353. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 27.

fixados pelas normas jurídicas”. (...) “O exercício do poder de integração valorativa da norma por meio dos *standards* deve ser racional e justificado: isso significa que esse poder é exercido de modo aceitável apenas se o juiz justifica racionalmente o emprego do *standard* no contexto da decisão”.<sup>249</sup>

Concebida a decisão judicial como a conclusão de um silogismo prático, sua justificação deve ser capaz não apenas de apontar a correção da operação lógica que conduz das premissas à conclusão (justificação interna), mas também de expressar a correção das premissas utilizadas (justificação externa). A decisão estará externamente justificada quando suas premissas são qualificadas como boas segundo os *standards* utilizados por quem faz a qualificação.<sup>250</sup>

Com esteio em Strache, Knijnik refere-se aos modelos de constatação como “pautas móveis, que têm que ser inferidas da conduta reconhecida como típica e que têm que ser permanentemente concretizadas em sua aplicação no caso”, recomendando um uso moderado, distante de qualquer pretensão lógico-dedutiva desses modelos.<sup>251</sup>

Quando a lei processual utiliza a expressão verossimilhança e outras que lhe são análogas (senão em sentido, análogas em função) está, na realidade, estabelecendo um *standard*, um modelo de constatação que determina um determinado *módulo cognitivo*, um parâmetro auxiliar da atividade decisória que tem relação com as exigências probatórias para a emissão de provimentos liminares (ou, mesmo que não liminares, fundados em cognição incompleta) em um determinado contexto formado pelas peculiaridades do caso concreto e pela própria natureza do direito material posto em causa. Alude Knijnik à *função lógica*, “relativa às inferências e conclusões” e à “*preceptiva*, atinente, apenas, ao peso, medida e contagem da

---

<sup>249</sup> Michele Taruffo. *La Justificazione delle Decisioni Fondate su Standards*. In *La Regola del Caso*. Padova. CEDAM, 1995, p.268-269.

<sup>250</sup> Conforme Marina Gascón Abellán. *Los Hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 193.

<sup>251</sup> Danilo Knijnik. *A Prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 46.

prova.<sup>252</sup> “Daí porque os modelos de constatação igualmente podem ser utilizados para o controle de outros provimentos de natureza processual que não exclusivamente o mérito de juízos de fato definitivos”.<sup>253</sup>

A expressão “prova inequívoca da verossimilhança” do art. 273 do CPC já foi objeto de inúmeras críticas denunciando contraposição inconciliável entre o adjetivo *inequívoca* atribuído à prova e o termo *verossimilhança*. O que é inequívoco deve ser tido como verdadeiro, não verossímil. Aponta-se a existência de contradição interna que dificulta a compreensão do *standard*. Essa é, por exemplo, a posição externada por Dinamarco, para quem “a dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente, porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não de mera verossimilhança”.<sup>254</sup> Nesse diapasão, entende Dinamarco que a própria função da norma, que é a de autorizar provimentos com atenuada exigência em termos de convicção judicial (em contraposição com a exigência que cerca as tutelas finais) resta nublada pela infeliz formulação.

Barbosa Moreira, por seu turno, propõe interpretação que atribua um significado autônomo à expressão, afirmando que “será equívoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido se possa entender – independentemente, note-se, de sua maior força persuasiva”. Mais adiante, arremata: “Em duas etapas se desdobrará a perquirição do magistrado, diante da prova produzida. Primeira: é ela ‘inequívoca’, no sentido de que só comporta um entendimento? Segunda: com esse entendimento, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente? (...) cada uma delas concerne a um aspecto do problema, e ambas se conjugam em perfeita harmonia na armação do mecanismo legal.”<sup>255</sup> Embora distintas as posições, parecem concordar com

---

<sup>252</sup> Danilo Knijnik. *A Prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 46.

<sup>253</sup> Danilo Knijnik. *A Prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.48.

<sup>254</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *A reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1995, p. 143.

<sup>255</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Antecipação de tutela: algumas questões controvertidas*. In Temas de Direito Processual civil. Oitava série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p.80-81.

Calamandrei que a “verossimilhança das alegações” estaria vinculada essencialmente (e exclusivamente) ao material fático da causa. Dinamarco chega a dizer que convencer-se da verossimilhança “não pode significar mais do que imbuir-se do sentimento de que *a realidade fática pode ser como descreve o autor*”.<sup>256</sup>

Marinoni critica Barbosa Moreira por não vislumbrar nessa univocidade da prova um critério prévio para que possa fundar um juízo de verossimilhança (formar “convicção de verossimilhança”, como refere). Ainda que uma prova possa ser tomada em diversos sentidos poderá ser considerada para indicar convicção de verossimilhança. “Se o problema é de convicção, e essa varia conforme o processo penal e civil, o momento em que a tutela é exigida no curso do processo civil, e as particulares situações de direito material, é pouco mais que evidente que a força da prova que aponta em dois sentidos será maior em um caso do que no outro (...)”.<sup>257</sup> Marina Gascón Abellán salienta que a univocidade é noção que pressupõe um caráter estritamente demonstrativo da prova, o que encontra na estrutura da prova indiciária evidentes limitações, além de serem os indícios, em sua grande maioria, apenas contingentes ou prováveis”.<sup>258</sup>

Tomada a verossimilhança como um modelo de constatação dos fatos da causa, cumpre desvendar o que efetivamente expressa esse modelo e em que sentido pode orientar a função do juiz no que respeita à expedição de provimentos liminares. Lembrando a afirmativa inicial de Calamandrei no sentido de que a lei, em determinados casos, opõe verdade e verossimilhança para autorizar provimentos fundados em um pedestal menos resistente do que aquele exigido como suporte dos provimentos finais, já podemos nos aproximar da função pragmática da verossimilhança em termos de definição do módulo probatório exigível para a emissão de provimentos fundados em sumária cognição. Com isso quer Calamandrei significar que, em determinadas hipóteses, considerando a urgência em prover ou a circunstância de

---

<sup>256</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *A reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1995, p.143.

<sup>257</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 2006, p. 218-219.

<sup>258</sup> Marina Gascón Abellán. *Los Hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p.156.

apresentar-se evidente o direito, pode o juiz contentar-se com um material probatório incipiente, considerando que ainda não foi oportunizada às partes a apresentação e discussão de todos os elementos de convicção potencialmente utilizáveis.

O que diferencia o juízo de verossimilhança, no sentido que lhe empresta o legislador, do juízo de “verdade” ou de “certeza” não é tanto a posição subjetiva do juiz em relação às afirmações do autor e sim o dado objetivo de que tal juízo não tem como base convicção formada mediante exercício pleno do contraditório pelas partes. É evidente que o juiz só pode prover se está convencido, ao menos *prima facie*, da plausibilidade das afirmações do autor, devendo motivar sua decisão, informando as razões que conduzem a essa convicção. Nesse sentido, é possível de fato relacionar a verossimilhança à convicção quanto à plausibilidade do direito do autor, desde que oferecida fundamentação consistente. Isso não significa, entretanto, que um juízo final, fundado em cognição plena e exauriente, será necessariamente um juízo que rompeu em definitivo o dúbio, o estado de incerteza subjetiva, ou, ao contrário, que um juízo fundado em cognição sumária não possa pôr o espírito do juiz em paz quanto ao acerto da decisão. A verossimilhança como modelo de constatação tem a função de orientar a atividade decisória no sentido de que se possa justificar a concessão da tutela considerando reciprocamente os elementos probatórios disponíveis, antes de exaurido o contraditório, e as razões que autorizam a pronta intervenção jurisdicional. Trata-se, em última análise, de definir o módulo probatório em atenção à premente necessidade de tutela que emerge do plano material.

Marinoni, com base na doutrina de Gehrard Walter, discute se o “módulo da prova” poderia variar conforme a situação concreta, levando em consideração “a matéria subjacente ao direito processual”. Conclui com Walter que “o módulo da prova nos procedimentos diferenciados tem que responder a esses fatores e, assim, ser variável”. Analisando o modelo da verossimilhança preponderante, conclui Marinoni, que para que ocorra redução do módulo da prova, é necessário que existam razões externas à própria prova, apontando como exemplo dessas razões a dificuldade da prova e a natureza do direito material, asseverando que essa redução do módulo só pode ocorrer em casos

excepcionais, como ocorre nas hipóteses em que a lei autoriza os juízos sumários.<sup>259</sup> É isso, precisamente, o que ocorre quando a lei processual brasileira autoriza provimentos sumários com recurso a *standards* como a “verossimilhança” e a “relevância das alegações”, associando-os a circunstâncias especiais que justificam a redução do módulo (dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa, risco de ineficácia do provimento final, etc.).

Outra relevante questão envolvendo a verossimilhança como modelo de constatação dos fatos da causa está em defini-lo como um *standard* autônomo ou, ao revés, de defini-lo, em sua inerente mobilidade, como um *standard* aderente ao *standard probatório de referência para a concessão da tutela definitiva*.

Danilo Knijnik, identificando três modelos de constatação principais, aqueles que habitualmente aparecem descritos na doutrina, refere-se ao modelo da *preponderância de provas* (característico do processo civil em geral), *da prova clara e convincente* (nos processos civis especiais, que costuma designar como “ações civis fortes”), *acima da dúvida razoável* (no processo penal).<sup>260</sup> Identificados tais modelos, em ordem crescente de exigência, estaríamos autorizados a posicionar o modelo da verossimilhança no mesmo plano, como um modelo de constatação primário, vinculado aos juízos sumários, de menor exigência do que aquele da preponderância de provas, que constitui o modelo geral dos juízos cíveis definitivos?

A questão não é de singelo deslinde. Afirmamos anteriormente que a verossimilhança como modelo de constatação implica uma atenuação do módulo probatório em função da necessidade de tutela, seja em razão da urgência, seja como forma de adequada distribuição do tempo do processo (tutela de urgência/tutela da evidência). Nessas hipóteses, a lei processual autoriza o provimento cautelar ou antecipatório com base em cognição sumária.

---

<sup>259</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2006, p. 465-467.

<sup>260</sup> Danilo Knijnik. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 39. Mais adiante, o autor identifica, ainda, o modelo de constatação “razoável excludente de qualquer hipótese de inocência” para os processos penais indiciários (p.43).

Imagine-se a hipótese de uma ação de improbidade (Lei 8.429/92, ação civil forte, segundo expressão usada por Knijnik pela forma grave com que pode afetar a esfera jurídica do réu). Em tais casos, não é aceitável aplicar *standard* probatório demasiado tênue para a concessão das medidas restritivas, como bem indica o modelo da “prova clara e convincente” (“é altamente provável que algo tenha ocorrido”) aplicável à espécie.<sup>261</sup> A natureza da ação e suas graves implicações está a exigir a formação de uma convicção que se sustente sobre bases firmes e sejam explicitadas de forma clara e convincente, com base em elementos de prova que amparem consistentemente a conclusão para que sejam legitimamente adotadas as medidas restritivas. O modelo de constatação aqui está bem mais próximo daquele exigido no processo penal do que aquele que se conforma com mera preponderância de provas, habitualmente observado nas ações cíveis em geral.

Impõe-se observar, entretanto, que justamente nessas ações, por sua própria natureza, são bastante comuns as liminares antecipatórias de tutela, podendo implicar afastamento da atividade pública (art. 20, parágrafo único), seqüestro de bens e toda a plêiade de medidas destinadas a assegurar a devolução de valores ilicitamente obtidos e a indenização dos danos causados, como expressamente autorizam os art. 6º e 16º, podendo, inclusive, afetar os sucessores do demandado (art. 8º).

Temos que a aferição da verossimilhança necessária à antecipação de tutela em casos como esse deve necessariamente manter vinculação com o que poderíamos chamar de *modelo de referência*, qual seja, no caso, o da prova clara e convincente. Há que se observar, evidentemente, que o provimento cautelar ou antecipatório tem que considerar as necessidades prementes de tutela, o que implica realizar concessões em vista da necessidade de intervenção rápida. Isso não significa, entretanto, que se possa ignorar o modelo de referência para produzir desde logo efeitos (que não são meramente fáticos, como propugnam alguns) que derivariam do provimento final, fundado em cognição exauriente. O modelo da verossimilhança, aqui,

---

<sup>261</sup> Danilo Knijnik. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 43.

deve guardar relação com o modelo de referência que, dessa forma, serve como critério de aplicação da redução do módulo de prova.

Note-se que uma coisa é deferir uma medida cautelar de arresto para impedir a alienação de bens com o fito de esvaziar o patrimônio do devedor. Nesse caso, a medida implica tão-somente uma restrição à livre disposição patrimonial. Para tanto, é razoável que se forme uma convicção de verossimilhança preponderante, conforme expressão tomada por Marinoni. Coisa bem distinta, entretanto, é afastar de suas funções um prefeito eleito, indisponibilizar seu patrimônio, seqüestrar bens, inclusive de terceiros e sucessores, com base em prova indiciária (art.16 da Lei 8429/92). A observância de um *standard* mais exigente é, nesse caso, uma imposição de razoabilidade e proporcionalidade, mesmo se tratando de decisão liminar (e justamente por isso).

A verossimilhança, segundo entendemos, deve ser considerada em relação com o modelo de constatação referencial para a concessão da tutela final. Essa correlação atua como espécie de modulador do emprego do modelo da verossimilhança, mantendo-o atrelado à natureza do direito material e à extensão do impacto da medida na esfera jurídica do demandado.<sup>262</sup>

---

<sup>262</sup> Essa correlação, de forma consciente ou não, pode ser apanhada em manifestações jurisprudenciais como as que a seguir se reproduzem: PROCESSUAL - AÇÃO DE IMPROBIDADE - MANDATO ELETIVO - SUSPENSÃO - LEI 8.429/92, ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO - PRESSUPOSTO - INSTRUÇÃO PROCESSUAL.- A suspensão de mandato eletivo, com fundamento no Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92 só é lícito, quando existam, nos autos, prova de que o mandatário está, efetivamente, dificultando a instrução processual. A simples possibilidade de que tal dificuldade venha a ocorrer, não justifica o afastamento do agente público acusado de improbidade.- Suspende mandato eletivo, sem prova constituída de que o acusado opõe dificuldade à coleta de prova é adotar, ilegalmente, tutela punitiva.(MC 7.325/AL, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.12.2003, DJ 16.02.2004 p. 203)

VÂNIA HACK DE ALMEIDA DJU DATA:16/11/2005 PÁGINA: 804A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXÉRCITO. REINTEGRAÇÃO NA CONDIÇÃO DE AGREGADO. TRATAMENTO DE SAÚDE. ALIMENTAÇÃO. VENCIMENTOS. - "Quando o problema consista em determinar onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro (...) também digno de tutela", deve o juiz ponderar os interesses em jogo à luz do chamado princípio da proporcionalidade: quanto mais grave for a interferência do provimento na esfera do petitionado, 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"

Outro problema que se coloca, de certa forma relacionado ao anterior, é o de definir se, dentre as expressões que consubstanciam modelos de constatação aplicáveis às tutelas de cognição sumária, existem efetivas distinções. Nesse sentido, chama atenção o debate sempre recorrente acerca da identidade ou não da “prova inequívoca da verossimilhança das alegações” e da “relevância dos fundamentos”, características do sistema de antecipação de tutela satisfativa e o *fumus boni iuris* habitualmente associado à tutela cautelar.

Vários são os autores que afirmam ser de todo impróprio estabelecer distinções entre a cognição dirigida à emanção de um provimento cautelar ou de um provimento satisfativo sumário no que tange à indicação do *fumus boni iuris*. Trantando-se de cognição sumária em ambos os casos, não haveria traço que as distinguisse, menos ainda a intensidade da convicção judicial que, ademais, não seria aferível objetivamente. A questão, entretanto, não pode ser posta apenas nesses termos. Se de um lado é correto pensar que a *intensidade* do convencimento judicial não é elemento apto a distinguir a cognição em matéria de antecipação satisfativa ou cautelar, pois, em ambos os casos, estaríamos diante de um juízo sumário fundado em cognição incompleta, é, de outro, perigoso ignorar que a cognição em uma e outra hipótese tem objetos algo distintos, sendo distinta também a finalidade dos provimentos.

O provimento cautelar tem a função de proteger o direito aparente diante de uma situação de risco de dano. Dirige-se a atividade cognitiva, nessa hipótese, à identificação da existência de uma “situação cautelanda”, para utilizar a expressão de Ovídio Baptista. A proteção cautelar não impõe ao juiz, senão de forma muito tênue, uma tomada de posição quanto ao mérito da demanda de fundo (segundo Ovídio, aliás, as ações têm mérito absolutamente diverso), cingindo-se à aferição da necessidade de proteção do direito diante de uma extraordinária situação de risco, autorizando intervenção de caráter eminentemente conservativo.

No caso da antecipação satisfativa, a cognição tem como objeto o mérito da causa<sup>263</sup>. Seja na hipótese em que se tutela o direito evidente - como ocorre nos casos do art. 273, inciso II e parágrafo 6º, ou na tutela possessória, por exemplo - seja quando a tutela é deferida em razão da urgência - como ocorre no caso dos arts. 461, § 3º e 273, I - o juiz realiza verdadeira apreciação do mérito, ainda que em caráter provisório<sup>264</sup>. Marinoni é enfático ao afirmar que “é um grande equívoco filosófico supor que a probabilidade pode variar, conforme se esteja diante da tutela cautelar ou da tutela antecipatória. O que poderia variar, e isso evidentemente não poderia interferir no grau de probabilidade, seria a prova a ser utilizada em cada uma das hipóteses. Porém, como os referidos artigos não limitam a prova a uma determinada espécie, nem mesmo isso se pode pensar”.<sup>265</sup>

Como se vê, o problema da distinção não pode ser colocado em termos de intensidade do convencimento judicial. Não se pode, todavia, desconsiderar que os provimentos cautelar e antecipatório satisfativo exercem funções distintas e que, por tal razão, distintas são as exigências cognitivas que, a depender da hipótese, recaem sobre objetos também diferentes. O que está em jogo aqui é justamente determinar o que precisa ser avaliado para emitir provimentos de uma ou outra natureza. Ainda que se possa, em ambos os casos, confluir as exigências cognitivas à expressão geral *fumus boni iuris*,<sup>266</sup> o que não raro faz a doutrina e a jurisprudência, não é bom perder de vista a função do provimento e o objeto sobre o qual recai a atividade cognitiva. Os fundamentos para uma e outra decisão são diversos. O juiz pode deferir a

---

<sup>263</sup> Causa-nos absoluta estranheza verificar que, na praxe forense, indeferem-se antecipações sob a alegação de que não seria possível apreciar o mérito, liminarmente ou no curso da demanda, o que só poderia ocorrer na decisão final. Como é possível ao juiz determinar que se produzam efeitos sem analisar e declinar as causas que os justificam? O fato de não serem os provimentos antecipados aptos à produção de coisa julgada em nada afastam a circunstância de que implicam análise da plausibilidade da pretensão do autor e, portanto, uma análise provisória do mérito.

<sup>264</sup> Para a distinção, tomando como referência a finalidade dos provimentos, consultar Giovanni Arieta. *I Provvedimenti D'Urgenza*. Padova: CEDAM, 1985, p.50-51.

<sup>265</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2006, p. 461-462.

<sup>266</sup> Referia Alfredo Buzaid que “devem ocorrer duas condições para acolhimento da ação cautelar: a) o perigo que pode sofrer o direito pelo retardamento (*periculum in mora*); b) uma *verossimilhança*, pelo menos aproximativa, da existência do próprio direito (*fumus boni iuris*)”. *Linhas Fundamentais do Sistema do CPC Brasileiro*. In Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2002, p. 46.

cautela ao autor que *pode ter razão* quando necessite de *proteção frente a um dano iminente*. Não adentra o juiz diretamente na análise do mérito da pretensão veiculada na ação satisfativa. Na antecipação satisfativa, a análise é do mérito. Antecipa-se a tutela em favor do autor que *provavelmente tem razão no mérito*, seja em razão da urgência seja porque o direito se mostra desde logo evidente. A distinção não está na intensidade e sim no objeto e na função de cada um dos provimentos. Concordamos com Marinoni no que respeita à impossibilidade de estabelecer distinções entre a probabilidade ou a intensidade do convencimento necessário aos provimentos cautelares ou antecipatórios, entretanto, salvo melhor juízo, reconhecer absoluta indistinção quanto aos deveres probatórios em uma e outra espécie é eliminar, como critério de aferição da racionalidade da decisão, justamente o que para ele é o mais importante, ou seja, a necessidade que emana do direito material em atenção à necessidade de tutela requerida e sua natureza.

Quando, antes da reforma de 1994, se discutia a necessidade de disciplinar a antecipação de tutela, argumento sempre presente era o de que não oferecia o sistema cautelar condições de segurança necessárias à oferta de tutela satisfativa, tais como a necessidade de pré-constituição de prova.<sup>267</sup>

Ao dizer-se que tanto no espaço da cautelaridade quanto na antecipação satisfativa a cognição é sumária e que, portanto, o *fumus boni iuris* em nada se distingue em uma e outra hipótese; ao ironizar qualquer tentativa de distinguir as exigências cognitivas em relação a cada uma delas, se está assumindo o risco de tratar de forma idêntica necessidades probatórias não uniformes.

A questão da distinção entre os requisitos aparece com maior frequência na jurisprudência do STJ quando de trata de apreciar o tema da “fungibilidade” entre medidas cautelares e antecipatórias na forma do art. 273, § 7º do CPC. Setores da doutrina afirmam que a “fungibilidade” inaugurada pela reforma (Lei 10.444/2002) pôs definitivamente fim a qualquer dúvida

---

<sup>267</sup> Humberto Theodoro Jr., por exemplo, afirma que “o pedido de antecipação de tutela submete-se a requisitos mais rigorosos que os da medida cautelar, como o da prova inequívoca (equivalente a direito líquido e certo, assentado em prova pré-constituída”. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.405. V. I.

acerca da identidade dos requisitos, chegando a dizer que não há mais sequer razão para estabelecer efetiva distinção entre cautelar e antecipação.<sup>268</sup>

O ponto, entretanto, não é pacífico na jurisprudência do STJ. Veja-se:

“Em se tratando de atribuição de efeito suspensivo à execução de sentença rescindenda, o instrumento a ser utilizado é aquele previsto no artigo 273 do CPC, porquanto o eventual provimento da medida terá caráter nitidamente antecipatório, circunstância suficiente só por si para obstar, no contexto da nova legislação processual civil, o manuseio da via da ação cautelar. O artigo 273 do CPC é taxativo ao exigir, entre outras condições, que o convencimento do juiz, para fins de deferimento da antecipação de tutela, esteja fundado em prova inequívoca dos fatos alegados pela parte. Ao contrário do que ocorre em sede de medida cautelar, o juízo estabelecido em prova inequívoca há de estar calcado no firme convencimento do julgador quanto à concretude do direito vindicado pela parte, não bastando, portanto, mera aparência ou 'fumaça'. Agravo regimental não-provido”.<sup>269</sup>

Ressalte-se, aliás, que sequer em relação à antecipação do art. 273 e aquela do art. 461, § 3º se reconhece, em alguns julgados do STJ, identidade de requisitos:

“Em se tratando de tutela específica que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, prevista no artigo 461 do CPC, a lei processual não exige, para a concessão da tutela liminar, os requisitos expressamente previstos no artigo 273. Basta, segundo prescreve o parágrafo 3.º, do artigo

---

<sup>268</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. Tutela Cautelar e Tutela antecipada; tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 389. “Aliás, a noção de fungibilidade constitui demonstração inequívoca da identidade substancial entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória, posição aqui defendida e objeto de muitas críticas da doutrina processual”.

<sup>269</sup> AgRg na AR 2.711/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, julgado em 09.11.2005, DJ 06.03.2006 p. 133. Reconhecendo a fungibilidade: “Direciona-se esta Corte no sentido de reconhecer a possibilidade de concessão de medida cautelar em lugar de tutela antecipada, quando não estão presentes os requisitos para concessão desta medida. Aplicação do art. 273, § 7º do CPC. 2. Firmado, também, entendimento quanto à possibilidade de o devedor ajuizar ação cautelar para obter certidão positiva com efeito de negativa, mediante antecipação da garantia do juízo. 3. Recurso especial improvido.” REsp 628.388/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18.08.2005, DJ 03.10.2005 p. 181.

461, que o fundamento da demanda seja relevante e haja justificado receio de ineficácia do provimento final. Recurso especial não conhecido” .<sup>270</sup>

### 2.3. A verossimilhança como conceito integral de função decisória

Embora seja afirmação corrente a de que o direito é certo e apenas os fatos são incertos no processo e, ainda, que a atividade probatória se dirija apenas à apreciação dos fatos e não envolva o material jurídico, pois *iura novit curia*, não parece lícito descolar, repetindo o equívoco moderno, a *questão de direito* da *questão de fato* e conceber a verossimilhança como algo relacionado apenas aos fatos da causa.

Francisco Javier Ezquizaga Ganuzas, em trabalho monográfico sobre o *iura novit curia*, salienta que “las atribuciones del Juez en el proceso y en la decisión son más amplias de lo que la presentación tradicional de principio *iura novit curia* muestra, ya que la función propia del juez expresada por el aforismo no se limita a la elección y empleo de los materiales jurídicos, sino que, como consecuencia precisamente de esa autonomía em relación con éstos, se proyecta de modo mui importante sobre los elementos de hecho”<sup>271</sup>

A máxima *da mihi factum, dabo tibi ius* não projeta imagem adequada da atividade processual. Em realidade, a oferta dos fatos pela parte é já elemento de um projeto jurídico de formação da decisão e não algo que lhe é anterior e independente. A dialética característica do processo não tange exclusivamente a matéria de fato ou aquela atinente às normas jurídicas, sua interpretação e aplicação, mas é da multiplicidade de representações e sua construção argumentativa, submetida ao teste intersubjetivo de sua validade, que se origina uma visão aproximativa da verdade ou *verossimilhança*<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> REsp 737.047/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16.02.2006, DJ 13.03.2006 p. 321.

<sup>271</sup> Javier Ezquizaga Ganuzas. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Vallatolid: Lex Nova, 2000, p.87.

<sup>272</sup> Segundo Calamandrei “todo el sistema probatorio civil esta preordenado, no solo a consentir, sino directamente a imponer al juez que se contente, al juzgar respecto de los hechos, com el subrogado de la verdad que es la verosimilitud.” Mais adiante “Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el limite fatal de relatividad de la naturaleza humana: lo que

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira pontua que, “em face da tomada de consciência quanto ao inafastável caráter dialético do processo, modificou-se de forma significativa o alcance do antigo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*. Antes de nada, afigura-se algo arbitrário valorizar abstratamente a disquisição ou o juízo sobre o fato, como se totalmente divorciados do juízo de direito. Não somente se exhibe artificial a distinção entre fato e direito – porque no litígio fato e direito se interpenetram -, mas perde, sobretudo no tema ora em exame, em virtude da necessidade do fato na construção do direito e da correlativa indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato”.<sup>273</sup>

Lê-se, em Castanheira Neves, que a correlatividade, a relação predicativa (a validade em sentido jurídico é sempre a validade de algo), marca a relação fato-direito. Uma questão de fato é sempre questão de fato de certa questão jurídica, formando um “problema jurídico concreto (caso)”. “O direito concretamente substantivado transcende e assume, assim, simultaneamente a questão-de-fato e a questão-de-direito, ao ser ele o resultado e a síntese-solução de ambas”. A questão de direito não pode prescindir da “solidária influência” da questão de fato. Um problema “não se individualiza numa mera referência ao seu objeto, mas unicamente por relação metodológica-problemática que conecta um ‘objeto’ a um ‘objetivo’, um objeto a uma específica intenção problemática”.<sup>274</sup>

A recíproca referência entre a fixação do fato e sua valoração pelas partes e pelo juiz, e, ainda, as particularidades de cada situação, compreendida em seu aspecto dinâmico, são dados que derivam do próprio processo de discussão e que têm na participação qualificada das partes elemento constitutivo. Nessa perspectiva, a prova está intimamente vinculada ao juízo.

---

vemos, solo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad.” (*Verdad e Verosimilitud. In Derecho Procesal Civil*. Editorial Pedagógica Iberoamericana, p.270-271)

<sup>273</sup> *Do Formalismo no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 153-154.

<sup>274</sup> Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. V. 1. Coimbra: Coimbra editora, 1995.p.512.

Não se tratando de algo dele apartado e anterior, a prova está ligada não apenas ao saber (*episteme*), mas também ao decidir (*doxa*).<sup>275</sup>

Descolada a noção de verossimilhança, para os fins a que se destina no art. 273 do CPC, de uma valoração jurídica da pretensão deduzida ela se resume a uma parte da questão. É evidente que reconhecer que a exposição dos fatos feita pelo autor é plausível e que há razões para nela crer é um elemento essencial do juízo; não é, todavia, suficiente. Ao antecipar tutela por entender verossímil a alegação do autor, ou relevantes os fundamentos, o juiz analisa integralmente os fundamentos da pretensão, inclusive os aspectos eminentemente jurídicos, estabelecendo vinculações sistemáticas, ciente do campo de normatividade em que se insere a atividade.

Ainda que não se negue a possibilidade de, em determinados contextos, identificar alguma autonomia entre questões de direito e questões de fato, e mesmo vislumbrar certa utilidade na distinção, a coexistência desses dois aspectos na decisão implica visualizar o juízo de cognição sumária como momento de síntese. Não se trata apenas de saber o que há ou houve, mas pressupõe uma série de opções de cunho valorativo, em diálogo com o sistema normativo, com vistas à atribuição de conseqüências prático-jurídicas.

A *verossimilhança* aparece, assim, como *conceito integral com função decisória* que não vê em telas distintas direito e fato, naturalmente integrados na compreensão do problema. O sentido atribuído às expressões “verossimilhança das alegações”, estampado no art. 273, e “relevante fundamento da demanda” do art. 461, § 3º, como requisitos que autorizam a concessão de liminares com base em cognição incompleta, implicam tomar direito e fato como componentes de uma unidade lógica que define seu sentido e função. A idéia de verossimilhança surge com função de autorizar provimento fundado em cognição sumária, seja *prima facie* seja após o confronto dos fundamentos oferecidos pelo autor com a tese defensiva.

Nos juízos de verossimilhança fato e direito se fundem em um juízo acerca do *projeto jurídico de decisão*<sup>276</sup> proposto pela parte. Como juízo que

---

<sup>275</sup> Conforme Giuliani. *L'Ordo Juididiarius Medioevale*. Rivista de Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 1988, p.602.

antecipa efeitos da sentença de mérito, desde logo impõe definição do *thema decidendum*. Ao prover sumariamente, não realiza o juiz da causa apenas uma aferição relativa à verdade (provável) dos fatos postos à base do pedido, mas, além disso, realiza complexa análise das conseqüências práticas do provimento, do grau de afetação às esferas jurídicas das partes.

Salienta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “a satisfação provisória, alcançada por meio da antecipação dos efeitos da futura sentença de mérito constitui efeito jurídico da respectiva decisão judicial e não mero efeito fático. O fenômeno não diz respeito ao plano dos fatos, inserindo-se exclusivamente no plano jurídico, por força do valor atribuído ao fato pelo sistema jurídico. A tentativa de qualificá-lo como efeito fático, além de manifestamente imprópria, decorre assim de insuficiente exame dogmático”<sup>277</sup>.

Neste aspecto é bastante evocativo o tradicional *fumus boni iuris*, que autoriza o provimento cautelar. A “fumaça do bom direito” não pode ser identificada tão-somente por uma exposição dos fatos digna de crédito. Impõe-se considerar integralmente a questão posta, divisar o problema em toda a sua dimensão, inclusive e necessariamente em seus aspectos jurídicos, ainda que com elementos restritos, por vezes sequer submetidos ainda ao contraditório.

É significativa, no ponto, a afirmação de Athos Gusmão Carneiro no sentido de que “ao conceder ou denegar a antecipação de tutela, o magistrado necessariamente terá examinado não só os fatos da causa (pelo exame da ‘prova inequívoca’) como ainda, para chegar ao imprescindível ‘juízo de verossimilhança’, terá considerado a subsunção de tais fatos aos comandos legais invocados pelo autor. (...)”<sup>278</sup>

É curioso, entretanto, notar que, embora pareça evidente o que acaba de se dizer, não é essa a percepção de importantes setores da doutrina.

---

<sup>276</sup> “As razões das partes, contrastando uma com a outra - sustentando ambas um interesse a prevalecer e vencer a lide – oferecem ao juiz projetos de sentença, perfis opostos (diz Betti) do fato e do direito.” Natalino Irti. *Dubbio e Decisione*. In *Rivista de Diritto Processuale*. Anno LVI – N.1, 2001. CEDAM, p.69. Ovídio Baptista traduz a “verossimilhança das alegações” como plausibilidade de êxito da ação. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 152.

<sup>277</sup> Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *A Tutela de Urgência no Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.14.

<sup>278</sup> Athos Gusmão Carneiro. *Da Antecipação de Tutela*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 121-122.

Tratando da provisoriedade dos provimentos antecipatórios, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que a antecipação de tutela “não é apta a ditar solução definitiva para o litígio e está voltada a assegurar a efetividade do provimento final, mediante antecipação dos seus efeitos”. Tutela cautelar e tutela satisfativa, segundo o autor, são gêneros da mesma espécie “tutela de urgência”, destinadas a “assegurar” a efetividade do processo e “abrandar o dano causado pela demora do processo”.<sup>279</sup>

Escreve Bedaque que “o conteúdo jurídico do provimento definitivo, todavia, é completamente diverso do antecipatório, visto que produz a solução da controvérsia, restabelecendo o ordenamento violado e impondo a pacificação definitiva. Os escopos jurídico e social das tutelas provisória e definitiva são diversos”.<sup>280</sup> Com o foco na definitividade, tal doutrina não vê nos provimentos antecipatórios efetivo julgamento, rico em conteúdo decisório, já que “apenas o provimento definitivo produziria a solução da controvérsia, restabelecendo o ordenamento violado e impondo a pacificação definitiva”. O que é provisório ou temporário, decisão não é. A decisão liminar posta destina-se a operar tão-somente no plano dos fatos, como uma “*normativa senza giudizio*”, a que referia Satta<sup>281</sup>. Não é distinto o alvitre de Dinamarco, para quem tudo que o magistrado concede na prática, ele o concede não como tutela jurídica, e sim como disciplina provisória dos fatos da lide<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup> Conforme Bedaque, “também tem natureza cautelar a tutela antecipada, ao menos como regulada em nosso código. É provisória e instrumental, sem aptidão para se transformar em tutela definitiva (273)”. *Estabilização das Tutelas de Urgência*. In Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, DPJ Editora, 2005, p.663. Advertem Marinoni e Arenhart que “a falta de distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória é resultado de uma visão panprocessualista (ou preocupada apenas com o direito processual e não com o direito material), onde não importa o resultado que a tutela jurisdicional proporciona ao consumidor do serviço jurisdicional, mas apenas as características formais e de ordem processual que permitem sua identificação e conseqüentemente classificação (ou o mesmo que não se classificarem as tutelas finais)”. Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.227.

<sup>280</sup> Roberto dos Santos Bedaque. In. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coord. Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004, p. 790-792.

<sup>281</sup> Conforme referência de Ferruccio Tommaseo. *II Provvedimenti D’Urgenza*. Padova: CEDAM, 1983, p.37.

<sup>282</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.140. Também nessa linha Barbosa Moreira: “Não se trataria, em suma, de um adiantamento da *decisão*, mas apenas de um adiantamento da *execução*”. *Antecipação de tutela: algumas questões controvertidas*. In Temas de Direito Processual civil. Oitava série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p.79, nota 3.

Os juízos de verossimilhança, nessa perspectiva, constituiriam um *minus* em relação aos provimentos definitivos exatamente porque, embora dirigidos à solução pontual do problema, não estariam vocacionados à atuação da “vontade da lei”, à proteção da integridade do “ordenamento”. Seus atributos de segurança e estabilidade seriam demasiado modestos se contrapostos a um juízo de “verdade” ou “certeza” fundado em cognição plena e exauriente.<sup>283</sup> A idéia de tutela jurisdicional fica, assim, vinculada à declaração, à resposta estatal, ao *acertamento* definitivo da lide. Repete a doutrina, à exaustão, que o juiz, ao antecipar tutela, não julga, mas apenas altera a situação das partes no plano dos fatos.<sup>284</sup>

Mais uma vez recorrendo à separação entre fato e direito, a doutrina enjambra uma explicação para o fato de se permitirem no sistema provimentos antecipatórios que autorizam ou determinam pronta efetivação. Para Ovídio Baptista, “a doutrina não consegue, ou não deseja, renunciar, ou sequer questionar o Processo de Conhecimento, perseverando no entendimento de que os provimentos podem antecipar os efeitos da tutela e nunca a própria tutela pretendida no pedido inicial. Raciocina-se como se o juiz pudesse antecipar a consequência da tutela sem formar sobre ela qualquer julgamento, precisamente porque, para a doutrina tradicional, fiel à ordinariedade, julgamento fundado em verossimilhança, julgamento não é: julgar

---

<sup>283</sup> Veja-se, a propósito, o que escreveu Arruda Alvim: “se à *prova inequívoca* segue *verossimilhança*, é evidente, pela conjugação dos dois termos, que o grau de certeza, daquela emergente, será suficiente se gerar *verossimilhança*. Já a prova que serve de base à sentença gerará *verdade*”.<sup>283</sup> *Tutela Antecipada*. In *Reforma do Código de Processo Civil*. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p.111. Teori Albino Zavascki arremata: “Resumindo: a tutela jurisdicional prometida na Constituição é tutela de cognição exauriente, que persegue juízo o mais aproximado possível da certeza jurídica; é tutela definitiva, cuja imutabilidade confere adequado nível de estabilidade às relações sociais; é, em suma, tutela que privilegia o valor segurança. A essa tutela-padrão podemos denominar tutela definitiva, como fazem os clássicos quando a diferenciam da tutela cautelar.” *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.24.

<sup>284</sup> Ovídio Baptista já tivera a oportunidade de denunciar o atrelamento da doutrina nacional ao pensamento de Chiovenda, para quem a jurisdição verdadeira estaria vinculada necessariamente à declaratividade e, faltando o elemento declaratório, a decisão definitiva da controvérsia, posta ao abrigo de discussões futuras pela incidência da coisa julgada, não haveria efetivo julgamento. Referindo também a doutrina de Carnelutti, observa Ovídio Baptista que “quando este jurista italiano concebeu a finalidade do processo contencioso como ‘a justa composição da lide’, automaticamente suprimiu de sua doutrina todas as formas de tutela jurisdicional provisórias, fundadas na *plausibilidade do direito*, pois se a composição da lide fosse apenas composição provisória certamente não representaria composição verdadeira” Ovídio Baptista. *Do Processo Cautelar*. 3ª ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.37.

provisoriamente não é julgar. Isto permite que nossa doutrina conviva, em duvidosa harmonia, com o Processo de Conhecimento, concebido para ser ordinário - como foi o seu protótipo romano, sem admitir provimentos liminares de tipo interdital - e as medidas antecipatórias em geral, que contradizem estes pressupostos.”<sup>285</sup>

Bedaque, voltando ao tema, fazendo o balanço da crítica que lhe foi endereçada por Ovídio Baptista, buscou atenuar afirmações anteriores, sem, entretanto, alterá-las em substância. O que pretende afirmar, diz Bedaque, “é que os efeitos da tutela antecipada operam muito mais no plano fático, visto que sua concessão não implica solução do litígio, restauração da ordem jurídica violada com a não atuação espontânea do direito, pacificação social, escopos da atividade jurisdicional do Estado e também do processo, instrumento que é dessa função”. (...) Os escopos jurídico e social pretendidos com o desenvolvimento da relação processual e com a atuação da Jurisdição não são alcançados com a tutela antecipada”.<sup>286</sup>

Ora, fica claro que, para Bedaque, a antecipação de tutela não realiza sequer o escopo da jurisdição, claramente desvinculando a noção de tutela jurisdicional da idéia de tutela do direito material. Para ele, jurisdição é apenas a solução definitiva, a “restauração da ordem jurídica violada”. Vincula, claramente, a noção de jurisdição à declaratividade ínsita aos provimentos finais, deixando de reconhecer no mandamento e na execução escopos essencialmente jurídicos.

Em momento anterior de seu texto, o ilustre autor já afirmara, referindo a doutrina de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que “não se pode confundir a realização prática do direito sem cognição adequada, com a verdadeira satisfação do direito”. Ocorre que o próprio jurista citado já reconheceria, em publicação posterior, a insuficiência de tal perspectiva, procedendo a importante e salutar retificação em sua orientação doutrinária.<sup>287</sup>

---

<sup>285</sup> Ovídio Baptista da Silva. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. São Paulo: RT, 1996, p.196-197.

<sup>286</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.365.

<sup>287</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *A Tutela de Urgência no Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.14.

Na realidade, a decisão provisória que antecipa tutela está escorada em um juízo de plausibilidade que integra todos os pontos de partida ínsitos à decisão acerca dos fundamentos da demanda. Ao deliberar acerca da “verossimilhança das alegações” ou da “relevância dos fundamentos” está o julgador a entabular o necessário diálogo entre fato e direito na busca de razões que justifiquem a intervenção jurisdicional no caso concreto. Trabalha o juiz sob o impacto do real, que recusa o idílio atemporal e exige atuação pontual e adequada às circunstâncias do caso concreto, tendo à base fundamentação consistente e sistematicamente situada. Isso fica ainda mais claro se pensarmos a partir da noção de tutela preventiva, onde sequer terá havido “violação da ordem” e, menos ainda, a necessidade de restabelecimento, o que desde logo evidencia tratar-se de visão limitada da função jurisdicional.

A autorização para juízos sumários - e aí é que se faz notar certa resistência - subverte a natural vocação do processo para a ordinariedade, para a restrição do poder de julgar, o que faz com que, conscientemente ou não, se construa artificialmente uma idéia de que eles não constituem efetivos juízos sobre o mérito. Na realidade, sua inerente provisoriedade em nada lhes retira a natureza de verdadeiros julgamentos.

Anota Ovídio, com ironia, que aqueles mesmos provimentos que, embora não sejam julgamento, antecipam efeitos da sentença de mérito, tornam-se “por encanto, um capítulo da sentença final de procedência da ação”.<sup>288</sup>

Ao intervir concretamente e alterar a posição fático-jurídica das partes, o juiz, ainda que em caráter interinal, busca restabelecer uma situação de justiça material a partir de critérios informados pelo sistema e pelos princípios que o regem. Contentando-se com a verossimilhança das alegações ou, ainda a relevância dos fundamentos, remete-se o juiz a um sistema de valores que lhe permite, mediante adequada justificação, pôr-se em movimento, ainda que não dissolvida a dúvida,<sup>289</sup> porque o problema exige pronta resposta.

---

<sup>288</sup> *Ideologia e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 154.

<sup>289</sup> Refere com talento Natalino Irti que, “il diritto è il mondo della decisione”, (...) la decisione è sempre accompagnata da um doloroso ardimento. La rottura dell'indifferenza provoca una pena dell'animo”. (...) la decisione è sempre una scelta, um ato selletivo.” (...) Se appena riflettiamo

É novamente Ovídio Baptista quem fala:

“Para nossa doutrina, o ato jurisdicional tem seu conteúdo formado pela declaração; ou pela declaração mais o efeito constitutivo nas ações que sejam constitutivas ou naquelas que, mesmo não tendo esse efeito como sua força preponderante, contenham-no como uma de suas eficácias relevantes. Os demais efeitos da sentença de procedência não fazem, segundo entende a doutrina, parte do conteúdo do ato jurisdicional. São apenas suas ‘conseqüências’. A execução, quaisquer que sejam suas espécies (obrigacionais ou reais) seriam jurisdicionais apenas como ‘conseqüência’ da verdadeira jurisdição”.<sup>290</sup>

A provisoriedade dos provimentos de cognição sumária não pode, assim, fundar-se racionalmente sobre a idéia de que os juízos de verossimilhança não contêm verdadeiro julgamento e são epistemologicamente inadequados à apreensão da realidade, pressupondo que apenas a ordinariade, com cognição prévia, plena e exauriente, garante a “verdade jurídica objetiva”<sup>291</sup>. Tais juízos de verossimilhança são provisórios não porque deixem de verdadeiramente julgar, ou porque não “restabeleçam o ordenamento violado”, operando apenas no plano fático.

Na verdade, os juízos de verossimilhança são provisórios em respeito à garantia jusfundamental do contraditório, quando, então, a questão se põe em termos de participação em uma estrutura que se concebe como essencialmente dialética e que se legitima como instituição democrática justamente pela possibilidade de exposição das razões opostas de maneira paritária e efetiva. A verossimilhança não só é o gatilho para a atuação satisfativa do juiz diante da necessidade de tutela como determina de pronto a postecipação do contraditório.

A principal dificuldade é justamente a de encontrar medida adequada entre a exigência de um processo marcadamente garantista, apegado à idéia

---

sull coppia concettuale dubbio-decisione, il primo ci appare statico e immobile; la seconda, dinamica, aperta dal presente verso il futuro”. *Dubbio e Decisione*. Rivista di Diritto Processuale. Anno LVI, n.1. Padova: CEDAM, 2001.p.65-66.

<sup>290</sup> Ovídio Baptista. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.124. Vol 1

<sup>291</sup> Para utilizar a expressão destacada por Pedro J. Bertolino. *La Verdad Jurídica Objetiva*. Prólogo de Lino. E. Palácio. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 32.

de ordinariedade ou, ao revés, buscar um processo que, pondo em relevo aspectos mais pragmáticos vinculados às exigências do direito material, possa estruturar o contraditório de forma mais aderente ao campo conflitual e a suas específicas necessidades. Tomado o segundo caminho, não é de grande auxílio apegar-se à idéia de que os provimentos fundados em cognição sumária não implicam verdadeiro julgamento e não determinam deveres de correção material e fundamentação idênticos aqueles ínsitos aos provimentos finais.

Autorizados e generalizados os provimentos fundados em cognição sumária, mesmo em demandas com aptidão para tanger substancialmente a esfera jurídica dos sujeitos envolvidos, se faz necessária construção dogmática que permita, dentro do possível, o controle da atividade. O reconhecimento de que os provimentos fundados em cognição sumária constituem verdadeiro ato de julgar e que devem ser exarados considerando o direito material posto em causa e as exigências que emanam do sistema é a chave para que se possa estruturar um adequado sistema de controle dessas decisões que, embora provisórias, interpretam e aplicam o direito, disponibilizando instrumentos para sua efetivação.

É relevante nesse aspecto a contribuição da doutrina de Marinoni que busca vincular o uso pragmático da noção de verossimilhança ao direito a ser tutelado pelo provimento. Para ele, “a falta de identificação das tutelas que dão composição ao gênero tutela de urgência elimina a possibilidade de se explicar a convicção de verossimilhança e a justificação da decisão antecipatória, pois essas não são uniformes, ao contrário do conceito de urgência”.<sup>292</sup>

Lançando importantes luzes sobre o ponto, o autor identifica as várias espécies de tutela antecipatória e as peculiaridades que delas derivam na operação do sistema de tutela sumária. Lembra, por exemplo, que para a tutela inibitória, enquanto tutela voltada para o futuro, dirigida a evitar um ato contrário ao direito, não se pode exigir mais do que verossimilhança relativamente à ameaça (hipótese em que se buscará caracterizar atos de preparação e a própria ilicitude do ato temido). Nenhuma prova se pode exigir

---

<sup>292</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 2006, p. 227.

em relação à prática efetiva do ilícito. O raciocínio do juiz será sempre, nesse caso, presuntivo. Isso ocorre, assevera, não só no momento do provimento liminar, mas também no próprio provimento final. A tutela para o futuro, de caráter inibitório, será sempre, em essência, fundada em um juízo de verossimilhança. Já a tutela de remoção do ilícito pressupõe que se possa conduzir o magistrado à convicção de verossimilhança relativamente ao ilícito cuja prática se pretende fazer cessar, o que já determina que o autor produza, ao menos em caráter indiciário, prova acerca de um agir ilícito do demandado que, na hipótese, não constitui uma possibilidade futura, mas um fato passado que possa presumivelmente repetir-se.<sup>293</sup>

Outro é o quadro quando se considera a hipótese de concessão de uma liminar de caráter reparatório do dano. Nessa hipótese, “importa a convicção de verossimilhança do dano e da responsabilidade e o fundado (portanto também convicção de verossimilhança) receio de que, se o ressarcimento demorar, outro dano poderá ocorrer”.<sup>294</sup>

Verifica-se que, a partir da espécie de tutela pretendida, vale dizer, a partir do necessário diálogo com o direito material, é que se pode definir mais propriamente os deveres probatórios e os elementos sobre os quais deve a parte fazer surgir no julgador a convicção da verossimilhança.

Para a obtenção de uma liminar possessória deve o autor produzir prova da turbção ou esbulho, da data da turbção ou esbulho, da continuação da posse turbada ou a perda da posse no caso de reintegração (art.927). Percebe-se, desde logo, que os deveres probatórios já vêm pré-figurados pelo legislador em atenção ao direito material posto em causa. O mesmo se pode dizer em relação ao art. 847, que trata da produção antecipada de provas, aos arts. 813 e 814 que estabelecem os requisitos para a concessão do arresto, entre outros exemplos de provimentos, antecipatórios ou cautelares, disseminados no sistema.

---

<sup>293</sup> Luiz Guilherme Marinoni. Antecipação de Tutela. São Paulo: RT, 2006, p. 228.

<sup>294</sup> Luiz Guilherme Marinoni. Antecipação de Tutela. São Paulo: RT, 2006, p. 230-231.

Fica evidente em todos eles que, mesmo quando não haja explícita previsão legislativa, a verossimilhança recai sobre os mesmos elementos a serem considerados para os provimentos finais, variando apenas a profundidade da cognição exigida.

Nesse contexto, considerando as peculiaridades da disciplina dos juízos de verossimilhança em nosso sistema processual, discutir a possibilidade de exercer controle dos juízos de verossimilhança a partir da necessária relação entre *thema probandum* e *thema decidendum*, ou seja, analisar a consistência da fundamentação da decisão em relação à exigência probatória que deriva das normas de direito material aplicáveis ao caso *sub judice*. Nesse contexto, é possível ver a possibilidade de controle dos provimentos antecipatórios a partir das relações existentes entre o acervo probatório produzido e as exigências que emanam do direito material como elementos componentes da *fatispecie* da norma. Essas relações, acreditamos, podem ser bastante ricas do ponto de vista pragmático, com foco centrado na *relevância* jurídica das alegações e a suficiência dos elementos de prova disponíveis em relação ao que constitui o *thema probandum*. Trata-se, pois, de buscar um modo de controle em grandes linhas, que não se prende a uma avaliação de elementos probatórios isolados, senão de um *contexto decisório* que se configure no caso concreto, no qual são ponderadas circunstâncias estritamente cognitivas e a dignidade do direito que se afirme merecedor de tutela.

São essas as razões pelas quais se afirma que, além de um *modelo de constatação* dos fatos da causa, um *standard* relacionado às exigências probatórias para a concessão de provimentos sumários, pode-se visualizar a verossimilhança como um *conceito integral de função decisória* que vincula fato e direito em um juízo quanto à plausibilidade do projeto jurídico de decisão apresentado pelo autor.

3. Os juízos de verossimilhança na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: uma abordagem crítica à aplicação rasa das súmulas 735 do STF e 7 do STJ.

Como ponto de partida da análise, se reproduz ementa de julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, analisando em conjunto vários recursos especiais, dando-lhes idêntico destino, qual seja o do não conhecimento <sup>295</sup> :

“Os recursos para a instância extraordinária (recurso extraordinário e recurso especial) somente são cabíveis em face de ‘causas decididas em única ou última instância’ (CF, art. 102, III e art. 105, III). Não é função constitucional do STF, nem do STJ, no julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais, substituir-se às instâncias ordinárias para fazer juízo a respeito de questões constitucionais ou infraconstitucionais que, naquelas instâncias, ainda não tiveram tratamento definitivo e conclusivo.

As medidas liminares de natureza cautelar ou antecipatória são conferidas à base de cognição sumária e de juízo de mera verossimilhança (art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, primeira parte, art. 798 e art. 804 do CPC). Por não representarem pronunciamento definitivo, mas provisório, a respeito do direito afirmado na demanda, são medidas, nesse aspecto, sujeitas a modificação a qualquer tempo (CPC, art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, parte final, e art. 807), devendo ser confirmadas ou revogadas pela sentença final.

Em razão da natureza precária da decisão, o STF sumulou entendimento segundo o qual "não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar" (súmula 735 do STF). Conforme assentado naquela Corte, a instância extraordinária, tratando-se de decisão interlocutória, está ‘subordinada - resulta da invariável jurisprudência de priscas eras e dos

---

<sup>295</sup> REsp 772.297/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20.06.2006, DJ 30.06.2006 p. 177. Interessante notar que, dois meses antes, a mesma Turma, mesmo relator, julgara em sentido oposto, afirmando que o recurso deveria enrentar justamente os requisitos da relevância do direito e o risco de dano para a antecipação de tutela: “Em recurso especial contra acórdão que nega ou concede medida cautelar ou antecipação da tutela, a questão federal passível de exame é apenas a que diz respeito aos requisitos da relevância do direito e do risco de dano, previstos nos artigos 804 e 273 do CPC. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido”. REsp 816.050/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28.03.2006, DJ 10.04.2006 p. 163.

mestres recordados - à eficácia preclusiva da interlocutória relativamente à questão federal, constitucional ou ordinária, da qual se cogite. Ao contrário, se a puder rever a instância *a quo* no processo em que proferida - seja ele de que natureza for - dela já não caberá recurso extraordinário, nem recurso especial, não porque seja interlocutória, mas por não ser definitiva. É o que se dá na espécie, na qual - não obstante o tom peremptório com que o enuncia a decisão recorrida - a afirmação sobre a plausibilidade da pretensão de mérito será sempre um juízo de delibação essencialmente provisório e, por isso, revogável, quer no processo definitivo a ser instaurado, quer mesmo no processo cautelar' (RE 263.038/PE, 1ª Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.04.2000).

Relativamente ao recurso especial, não se pode afastar, de modo absoluto, a sua aptidão como meio de controle da legitimidade das decisões que deferem ou indeferem medidas liminares. Todavia, a exemplo do recurso extraordinário, o âmbito da revisibilidade dessas decisões, por recurso especial, não se estende aos pressupostos específicos da relevância do direito (*fumus boni iuris*) e do risco de dano (*periculum in mora*). Relativamente ao primeiro, porque não há juízo definitivo e conclusivo das instâncias ordinárias sobre a questão federal que dá suporte ao direito afirmado; e relativamente ao segundo, porque há, ademais, a circunstância impeditiva decorrente da súmula 07/STJ, uma vez que a existência ou não de risco de dano é matéria em geral relacionada com os fatos e as provas da causa.

Também não pode ser conhecido o recurso especial quanto à alegação de ofensa a dispositivos de lei relacionados com a matéria de mérito da causa, que, em liminar, é tratada apenas sob juízo precário de mera verossimilhança. Quanto a tal matéria, somente haverá 'causa decidida em única ou última instância' com o julgamento definitivo.

Recursos especiais não conhecidos” .

Em tópico anterior, referindo-nos à noção de verossimilhança como conceito integral de função decisória, chamamos a atenção para o fato de que setores majoritários da doutrina visualizam os provimentos fundados em

cognição sumária como mera disposição provisória sobre os fatos, sem implicar efetivo exame do mérito, o que, segundo essa orientação, só ocorre em sede definitiva. Conseqüência visível dessa limitada concepção está espelhada na recente jurisprudência do STJ, com aplicação generalizada das súmulas 735 do STF (referida nos julgamentos recentes do STJ) e da súmula 7 do próprio STJ.

Segundo o entendimento que se desenha no STJ, provimentos não definitivos não podem ser objeto de recurso especial, ainda que já trilhada toda a via recursal nas instâncias ordinárias, tendo em vista que “a afirmação sobre a plausibilidade da pretensão de mérito será sempre um juízo de delibação essencialmente provisório e, por isso, revogável, quer no processo definitivo a ser instaurado, quer mesmo no processo cautelar”.

Conforme o precedente antes referido, “também não pode ser conhecido o recurso especial quanto à alegação de ofensa a dispositivos de lei relacionados com a matéria de mérito da causa, que, em liminar, é tratada apenas sob juízo precário de mera verossimilhança. Quanto a tal matéria, somente haverá ‘causa decidida em única ou última instância’ com o julgamento definitivo”. Claro está que, segundo o Tribunal, uma decisão provisória não é verdadeira decisão. Ainda que sejam vencidas todas as instâncias recursais, ainda que seja dotada a decisão de eficácia executiva, ainda que seja alterada substancialmente a posição das partes, decidir provisoriamente não é decidir, na interpretação que faz a recente súmula 735 do STF, acolhida agora com entusiasmo também pela jurisprudência do STJ, pois “se a puder rever a instância *a quo* no processo em que proferida - seja ele de que natureza for - dela já não caberá recurso extraordinário, nem recurso especial, não porque seja interlocutória, mas por não ser definitiva”.

A exegese proposta para os arts. 102, III e 105, III da Constituição afasta, de pronto, a possibilidade de que os recursos para os tribunais superiores sejam manejados para o controle das liminares cautelares ou antecipatórias, ainda que envolvam relevante questão federal ou constitucional. Fugiriam tais provimentos ao controle das altas cortes sob o argumento de sua inerente provisoriedade. Afirmam-se os tribunais superiores indiferentes a esses provimentos, tenham ou não os vícios que justificariam sua revisão,

ainda que exaurida a via recursal ordinária. O pressuposto é claro. Segundo o Tribunal, não são “decisões” os provimentos antecipatórios porque não atuam “a vontade concreta da lei” de forma definitiva, conforme “invariável jurisprudência de priscas eras e dos mestres recordados”, como refere a decisão paradigmática.

Manejado como eficaz ferramenta de política judiciária, o critério negativo oferece substancial redução do número de recursos a julgar, eliminando de uma só vez todo um manancial de recursos que tem origem na generalização dos provimentos antecipatórios, disseminados por quase todos os setores do sistema. Não parece, entretanto, ser defensável o critério sob o prisma da função constitucional destinada aos tribunais superiores, responsáveis por uma aplicação unificada, coerente e constitucional do sistema. Recusando o controle das decisões antecipatórias, os tribunais superiores deixam de realizar justamente aquela que é sua função primordial que é oferecer segurança e previsibilidade, mediante depuração de critérios de interpretação e aplicação do sistema.

A orientação restritiva prenunciava-se no plano legislativo desde 1998, com a inclusão do § 3º do art. 542 do CPC que determina a retenção do recurso especial ou extraordinário quando interpostos contra decisão interlocutória. Marinoni e Arenhart, comentando o dispositivo, ressaltam, entretanto, que “em todos os casos em que acórdão que não põe fim ao processo determinar a prática de ato que possa causar dano grave, ou mesmo negar a concessão de providência capaz de impedir que dano de igual natureza seja gerado, ainda que impugnando acórdão que contém decisão que não põe fim ao processo, obviamente não pode restar retido, sob pena de desnaturamento da própria função recursal”.<sup>296</sup> Nesse sentido, aliás, também se manifesta jurisprudência recente e iterativa do STJ, reconhecendo a inviabilidade de cercear a subida do recurso especial quando interposto contra decisão que nega ou concede antecipação de tutela.<sup>297</sup>

---

<sup>296</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2006, p. 575.

<sup>297</sup> “A jurisprudência desta Corte é no sentido de admitir o processamento imediato do recurso especial, sem a retenção na origem prevista no § 3º do art. 542 do CPC, quando isso for indispensável para evitar que o julgamento postergado acarrete irremediável prejuízo do

É desconcertante a posição. De um lado, afirma o Tribunal, corretamente, que não devem submeter-se à retenção os recursos especiais, “sendo evidente a ineficácia do julgamento do especial posterior ao julgamento final da demanda” <sup>298</sup>; de outro, entende o Tribunal que não pode sequer conhecer recursos interpostos contra provimentos antecipatórios fundados em cognição sumária, dado que são provisórios e passíveis de revisão por ocasião da decisão final. Admite-se o trânsito do recurso em homenagem à eficácia do sistema recursal, diante da necessidade de pronta tutela e, inversamente, nega-se a possibilidade de obter a tutela pretendida por não ser função do recurso especial rever “juízos de delibação provisórios”, tampouco sendo-lhe facultado deliberar sobre juízos de verossimilhança porque isso implicaria exame de matéria fática, inviável na via especial e extraordinária.

Temos que a orientação se afigura incompatível com a função constitucional imposta constitucionalmente ao STJ. Ao disciplinar a competência recursal do Tribunal não está o texto constitucional restringindo a atuação da corte à revisão de decisões definitivas. Se a Constituição impõe a construção de um processo justo e adequado às necessidades do direito material, determinando a estruturação de um sistema de tutela diferenciada que paulatinamente se afasta do modelo da ordinariedade, ampliando a disponibilidade de provimentos satisfativos ou cautelares fundados em verossimilhança, é evidente que não pode renunciar à principal via de controle

---

próprio recurso”. AgRg na MC 10.999/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21.02.2006, DJ 06.03.2006 p. 160. No mesmo sentido: “O recurso especial foi apresentado contra acórdão que desproveu agravo de instrumento manifestado contra decisão interlocutória que deferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Verifica-se, da análise dos autos, que a retenção do recurso especial, com a conseqüente manutenção da referida decisão, pode ensejar o esvaziamento da prestação jurisdicional requerida. Desse modo, mostra-se plausível mitigar-se a regra do art. 542, § 3º, do CPC, determinando-se o imediato processamento do recurso”. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg no Ag 701.432/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.10.2005, DJ 21.11.2005 p. 145. “Processual civil. Agravo no agravo de instrumento. Recurso especial retido. Deve ser imediatamente examinada a admissibilidade de Recurso Especial cuja retenção poderia provocar dano dificilmente reparado. Agravo no agravo de instrumento não provido. AgRg no Ag 713.290/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 19.12.2005 p. 406.

<sup>298</sup> “Caracterizada está a excepcionalidade da situação de molde a afastar o regime de retenção previsto no art. 542, § 3º, do CPC, tendo em vista tratar-se de decisão acerca da antecipação dos efeitos da tutela, sendo evidente a ineficácia do julgamento do especial posterior ao julgamento final da demanda (MC nºs 7.607/RJ, 3.638/SP e 2.411/RJ)”. REsp 817.983/BA, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 28.08.2006 p. 297.

dessa atividade, qual seja a fiscalização pelos tribunais superiores do exercício desse ampliado poder decisório. A orientação tomada pelo STJ traz como conseqüência, no limite, uma preocupante renúncia ao exercício da função paradigmática e construtiva do Tribunal, justamente em um espaço em que a segurança cede espaço à efetividade, sendo mister definir critérios de interpretação e operação do sistema de tutelas de cognição sumária.

Há, no precedente paradigmático transcrito na abertura do presente tópico, outro aspecto de enorme relevância. É posição firme no STJ a de que não é dado buscar a via especial para que seja revista decisão antecipatória de tutela porque os conceitos de prova inequívoca e verossimilhança da alegação, a teor do disposto no art. 273 do Código de Processo Civil estão particular e essencialmente ligados ao conjunto fático-probatório, cujo exame é vedado em sede de especial, a teor da súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>299</sup>

A verossimilhança da alegação é tratada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como questão de fato. Refugia-se o STJ no já tradicional critério de exclusão fundado na insindicabilidade da matéria de fato no âmbito do recurso especial. O uso do critério, aliás, não é exclusividade sua, visto que a tendência de impedir a revisão da matéria fática nas instâncias especiais é bastante difundida, mesmo considerando sistemas continentais europeus e aqueles vinculados à *common law*. Assinala Danilo Knijnik que “é fácil entender por que os ‘fatos’ devem ser afastados desse âmbito. Se o interesse da parte está articulado com um interesse ‘nomofilático’, se a revisão vai pôr termo ao

---

<sup>299</sup> “Não merece ser apreciado tema relativo à presença dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, pois haveria necessidade de se penetrar no exame do conjunto fático probatório e sopesar os fundamentos que serviram de arrimo para a instância ordinária acolher, ou não, a tutela antecipatória. Esse modo de julgar está em sintonia com inúmeros julgados deste Tribunal Superior. Nessa quadra, vem a calhar o posicionamento desta colenda 2ª Turma, nos termos do r. voto condutor do ilustre Ministro Castro Meira ao consignar que “resta pacificado, nesta Corte, o entendimento quanto à impossibilidade de apreciação, em sede de recurso especial, dos fundamentos referente a antecipação de tutela, por demandar o reexame de matéria probatória, vedada pela Súmula 07/STJ” Recurso Especial 2005/0107230-6 Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, 15/09/2005, DJ 13.03.2006 p. 287. No mesmo sentido, entre muitos: “Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. A questão nodal acerca da verificação dos requisitos para a antecipação da tutela – verossimilhança das alegações e o receio de dano irreparável – tidos pela decisão *a quo* como não-demonstrados, constitui matéria de fato e não de direito, o que não se coaduna com a via estreita da súplica excepcional. Na via Especial não há campo para revisar entendimento de 2º Grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal (Súmula nº 07/STJ)”. AgRg no Ag 636584 / RJ. Ministro José Delgado - Primeira Turma. DJ 19.12.2005 p. 219.

processo de desenvolvimento judicial do direito – para atender à segurança e à igualdade jurídica – não se justificaria que pudesse ela simplesmente reexaminar ‘fatos’ e ‘provas’, porque isso em nada poderia auxiliar no processo de estabilização hermenêutica que busca introduzir”.

A dicotomia aparece como critério de determinação das questões que podem ser objeto do recurso especial, desde muito firmado o critério da inviabilidade do enfrentamento das questões de fato, o que se cristalizou na súmula 7 do STJ<sup>300</sup>, a exemplo do que dita a súmula 279 do STF.<sup>301</sup>

Ao discutir a matéria em trabalho recente, Danilo Knijnik aponta três causas principais que determinam a “erosão” do critério fundado na dicotomia fato (questão de fato)/direito (questão de direito)<sup>302</sup>: a primeira é a “causa hermenêutica”, relacionada aos avanços da teoria geral do direito, especialmente no que tange à relação fato-direito; a segunda, a “causa dogmática”, vinculada às características da técnica legislativa contemporânea, com ampla utilização de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados (de acentuada abertura semântica) e normas elásticas; a terceira é a “causa processual”, ligada ao “papel ‘prospectivo’ e ‘transindividual’ que o processo, paulatinamente, vem ocupando”, à “relativização da concepção ‘moderna’ de prova”, e à idéia de um processo com olhos postos na efetividade.<sup>303</sup>

Para Danilo Knijnik, urge a superação da teoria dicotômica, propondo agregar-se às questões de direito e às questões de fato uma terceira categoria, a das questões mistas. Segundo o autor, “questão mista há de entender-se aquela em que ‘os fatos históricos são admitidos ou estabelecidos, a regra de direito é incontroversa e a questão consiste em saber se os fatos satisfazem o *standard* legal ou, dito de outra forma, se a regra de direito, como aplicada aos

---

<sup>300</sup> A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso extraordinário”.

<sup>301</sup> “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

<sup>302</sup> Danilo Knijnik. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13.

<sup>303</sup> Refere-se a um “quarto momento metodológico” de “transmigração do individual para o coletivo” de marcada publicização, em que o processo assume função prospectiva. Danilo Knijnik. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 66-68.

fatos estabelecidos, foi ou não violada”.<sup>304</sup> “Com efeito, o conhecimento, ou não, da questão mista não depende de ela ser de ‘fato’ ou ‘direito’. O filtro seletivo deve ser estabelecido a partir de critério diverso – que não da própria distinção, malgrado seja, até o presente momento, a prática corrente e o esforço da doutrina majoritária. Esse critério – e pensamos tê-lo demonstrado a partir da tríplice causa – só pode ser buscado nas funções nomofiláticas do Tribunal e na articulação que deve existir entre o interesse da parte, representado pela sucumbência, e o interesse assinado ao Superior Tribunal de Justiça, representado pela função jus-unitária. Esse critério, portanto, não está na qualificação fato-direito”.<sup>305</sup>

A operação que envolve o *standard* verossimilhança, seja ele considerado como um *modelo de constatação*, seja como um *conceito integral de função decisória*<sup>306</sup>, conforme propusemos, seguramente envolve uma questão mista no preciso sentido que lhe atribui a definição de Danilo Knijnik. Salta aos olhos a conveniência da adoção da teoria tricotômica para o enfrentamento das questões que envolvem as tutelas de cognição sumária oferecidas com base em verossimilhança, *standard* que, como aponta a “causa dogmática”, carrega consigo alto grau de abertura semântica, sendo sua aplicação inevitavelmente “contaminada” pelos fatos. Segundo, ainda, Danilo Knijnik, “a característica fundamental da questão mista é a de não se fazer possível, nela, a distinção entre o fato e o direito, de modo que não se deve intentá-la. Conseqüentemente, tudo o que se poderá dizer a respeito de uma questão mista é que, por seu grau de indeterminação, ela poderá ser objeto de uma revisão in jure e, não, que deve ser qualificada como questão de fato ou de direito”.<sup>307</sup>

---

<sup>304</sup> Danilo Knijnik. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 169-160.

<sup>305</sup> Danilo Knijnik. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.200-201.

<sup>306</sup> Conceito integral justamente por ser, na realidade, um exame do projeto jurídico de decisão oferecido pela parte, ou seja, a análise da suficiência dos elementos de fato e de direito trazidos para a formulação de um juízo de plausibilidade relativamente ao mérito da causa.

<sup>307</sup> Danilo Knijnik. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.187.

A aplicação, portanto, da súmula 07, porquanto possa ser adequada em muitos casos, não pode ser empregada indistintamente, partindo do pressuposto que à verossimilhança das alegações subjaz necessariamente uma questão de fato. Quando estivermos diante de uma questão mista, conforme já tivemos a oportunidade de aludir, a aplicação da súmula deve ser afastada para possibilitar a análise da matéria recorrida. Isso deveria ocorrer, por exemplo, sempre que estivéssemos diante de uma discussão envolvendo a adequação do modelo de constatação para o deferimento de uma determinada medida, a adequada interpretação de um conceito normativo aberto, ou, ainda, quando o deferimento ou indeferimento de uma liminar desafiar a solução de uma questão eminentemente jurídica, como a incidência de uma determinada norma, a adequação da conduta a uma determinada categoria jurídica, etc.

Vale, ainda, referir as decisões do STJ relativamente à aplicação da inversão do ônus da prova no âmbito de aplicação do CDC, onde o equívoco de aplicar a súmula 7 se faz mais evidente. Não é difícil perceber que a inversão do ônus da prova constitui critério essencialmente jurídico, com função de estruturação do procedimento e do próprio exercício do contraditório. Como se teve oportunidade de apontar, uma das funções do conceito de verossimilhança é justamente a de atuar como elemento autorizador da inversão, ao lado da hipossuficiência. Sintomaticamente, afirma o STJ que não lhe é possível deliberar sobre os critérios de inversão por ser-lhe vedado o enfrentamento de questão de fato, inerente às noções de verossimilhança e hipossuficiência. Recusa-se o Tribunal a desempenhar qualquer papel na construção e correta aplicação dos critérios e inversão. Mais surpreendente ainda é que o faz após reconhecer, em flagrante contradição, a impossibilidade de reter-se o recurso especial sob pena de destituir-lhe de sua precípua finalidade. Veja-se:

“Consoante precedentes jurisprudenciais desta Corte, a regra do artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil, que determina a retenção do recurso especial, não se aplica à decisão interlocutória denegatória da antecipação da tutela, sob pena de se tornar inócua a ulterior apreciação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça. Todavia, tendo o Tribunal de origem avaliado as provas e as circunstâncias de fato do caso para negar a antecipação dos efeitos da tutela, é vedado o reexame da presença ou não dos requisitos do

artigo 273 do Código de Processo Civil na via do especial, a teor do que dispõe o enunciado nº 7 da Súmula deste Tribunal. Agravo a que se nega provimento”.<sup>308</sup>

Ainda de forma muito incipiente, começa a aperceber-se o Tribunal que a adequada interpretação de expressões normativas de conteúdo aberto, tais como a verossimilhança e a hipossuficiência podem implicar questões mistas, sindicáveis pela via especial. Exemplo disso é decisão de lavra da Ministra Nancy Andrighi que se reproduz, no que interessa à exposição:

“Fundamenta-se a suposta aplicação das Súmulas nº 5 e 7/STJ no fato de que o TJ/RS teria partido da premissa fática de que a ora agravante era hipossuficiente; assim, conquanto impossível a revisão de fatos e provas em recurso especial, a conclusão do acórdão, no sentido de que a cláusula de eleição de foro deveria ser afastada em face da hipossuficiência, não poderia ser revista nesta instância. O acórdão recorrido, contudo, havia afastado a aplicação do CDC à lide, reconhecendo, apenas, que a ora agravada tinha 'superioridade' em relação à ora agravante (fls. 291). Não fala o acórdão, ao contrário do exposto nas razões de agravo aqui examinadas, em 'hipossuficiência', que é, diga-se de passagem, conceito não somente fático, mas igualmente jurídico e, nesse aspecto, passível de análise em recurso especial”.<sup>309</sup>

---

<sup>308</sup> AgRg no AgRg no AgRg no Ag 575.435/SP, Rel. Ministro Castro Meira Filho, Terceira Turma, julgado em 22.02.2005, DJ 21.03.2005 p. 366. No mesmo sentido, entre muitos: “A inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos delineado nas instâncias ordinárias, cujo reexame é vedado em sede especial (súmula nº 07/STJ). AgRg no REsp 662.891/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 26.04.2005, DJ 16.05.2005 p. 363. “O indeferimento do pedido de inversão do ônus da prova na origem, por não se tratar de hipossuficiência, mas, também, pela impossibilidade de se aferir da razoabilidade da verossimilhança das alegações do consumidor, conceito de índole fático-probatório, atrai a censura da súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, impedindo o conhecimento do especial, manejado sob o fundamento de maltrato ao art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial não conhecido”. REsp 474.359/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/ Acórdão Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 04.05.2004, DJ 17.05.2004 p. 229.

<sup>309</sup> EDcl nos EDcl no Agravo de instrumento nº 730.261 -RS (2005/0210185-2) Relatora : Min. Nancy Andrighi.

É possível também encontrar na jurisprudência do STJ, embora raríssimos, exemplos de afastamento da súmula 7 por considerar-se de direito a questão a ser enfrentada na análise da adequação do deferimento do provimento antecipatório.<sup>310</sup>

Necessário se faz alertar para os consideráveis riscos da orientação jurisprudencial que se está a delinear no âmbito do STJ (e também no STF), conducentes a um dissimulado "banimento" da discussão acerca do sistema de tutela fundada em cognição sumária. Com foco claramente posto na redução do número de recursos, a jurisprudência do STJ passa a recusar toda a imensa problemática da definição dos critérios de operação do sistema de tutela sumária, abdicando de sua função institucional e renunciando ao desempenho de uma tarefa que não só lhe é inerente, por determinação constitucional, como é imprescindível para a segurança jurídica e a estruturação da atividade de distribuição de justiça. Cabe aos operadores apontar a inadequação da aplicação rasa da súmula, caracterizando devidamente as questões mistas ou, ainda, aquelas que implicam exame de matéria essencialmente jurídica, ainda que em discussão versando sobre provimentos liminares e seus requisitos.

## CONCLUSÕES

"Nosso fazer deve determinar o que deixamos – ao fazermos, deixamos", disse Nietzsche.<sup>311</sup> Não soe isso como desculpa para o que ficou

---

<sup>310</sup> PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. INDÚSTRIA DE AGROTÓXICOS - LIMINAR DEFERIDA PARA APRESENTAÇÃO DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL (EPIA/RIMA) E ABSTENÇÃO PELOS ÓRGÃOS PÚBLICOS DE CONCESSÃO DE LICENÇA, RENOVAÇÃO E AUTORIZAÇÃO. PEDIDO DE CASSAÇÃO DA LIMINAR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. AFASTAMENTO. I - A Recorrente, ora Agravante, sustentou, em síntese, violação aos artigos 273, § 2º, 535, II, do CPC, 8º, II, 9º, III, e 10, caput, da Lei nº 6.938/81, 17 do Decreto nº 99.274/90, acentuando a desnecessidade, na hipótese, de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) se a empresa já estiver em funcionamento. II - Após mais acurado exame e em atenção aos fundamentos da recorrente, verifico que não se faz presente o óbice sumular, razão pela qual reconsidero a decisão para afastar tal empeço e determinar a apreciação das demais questões pelo colegiado. III - Agravo Regimental provido para que o recurso seja colocado em pauta para discussão. (AgRg no REsp 766.236/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 20.03.2006 p. 208)

<sup>311</sup> Friedrich Nietzsche. *A Gaia Ciência*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril/Civita, 1983, p.204.

para trás, para a legião de perguntas irrespondidas e as que, respondidas hoje, serão desmentidas amanhã. Verossimilhança é palavra fugidia. Assumindo o risco, com cálculo impreciso, se propôs o presente estudo a aproximar-se dela, dialogar com seus muitos sentidos, como quem lê um Pessoa apócrifo e busca nos versos flagrar o heterônimo. Como o passo adiante era adentrar no escuro, deu-se a mão ao velho e sábio Calamandrei, ele mesmo vacilante em muitos momentos, como não deixaram de consignar seus mais atilados leitores.

A verdade é que a vaga expressão verossimilhança é o móvel de uma notável mudança de paradigma no processo civil, erigido critério fundamental que autoriza o juiz a despir-se da certeza inerente ao modelo do processo ordinário para oferecer resposta rápida e efetiva às necessidades prementes de tutela. Tentar desvendar os sentidos da verossimilhança é enfrentar o complexo jogo de valores com os quais já se habituou o processo, eternamente perplexo diante das tensões entre segurança e efetividade, entre saber e poder.

A título de conclusão, passamos a pontuar os aspectos mais relevantes da investigação, guardando a ordem em que os temas foram apresentados:

1 - Não há como falar sobre a verossimilhança sem ao menos esboçar uma aproximação ao problema da verdade no processo e mesmo ao problema da verdade em si. Perderiamos-nos, entretanto, no vasto emaranhado dos conceitos filosóficos, no problema insolúvel da verdade. Fizemos opções e, “ao fazermos, deixamos”. Tratamos no primeiro capítulo dos importantes aportes da filosofia prática, principalmente a partir da década de 1950, postulando uma necessária retomada do sentido problemático do direito com recurso a uma lógica processual e comunicativa que pressupõe a intersubjetividade como critério de construção de sentido. Vinculamo-nos, como referencial teórico, à perspectiva habermasiana da verdade como consenso fundamentado, reconhecendo seu caráter contingente e transitório.

2 – Ao tratar do problema da verdade mais especificamente sob o viés da prova judicial, traçamos dois conceitos de prova, não puros ou reciprocamente excludentes, mas dotados de características que os fazem essencialmente distintos. Expusemos os conceitos moderno e clássico da

prova, a concepção ontológico-demonstrativa, característica da modernidade, e a teleológico-justificativa, ligada ao conceito clássico.

2.2. Na primeira perspectiva, a moderna, a *questão de fato* aparece como dado objetivo, pré-processual, totalmente separado da *questão de direito*. A busca pelos fatos deve dar-se de forma autônoma e neutral, com recuso a metodologia empírica e descritiva das ciências naturais. O raciocínio judicial, neste contexto, é descrito como silogismo subsuntivo que promove adequação do fato à norma, gerando a decisão como consequência necessária a partir de premissas apodíticas.

2.2. O conceito clássico, por sua vez, é impregnado de conteúdo ético e remonta a uma lógica do *provável* e do *verossímil*, sem pretensão de verdade incondicional. A ideia clássica toma a prova como *argumento* e remete a uma racionalidade dialética, intersubjetiva, que não separa radicalmente o fato do direito, entendendo-os como dados reciprocamente implicados. Nessa concepção, as premissas do raciocínio judicial derivam de aproximação de corte tópico-retórico.

2.3. Concluímos que, embora não excludentes as perspectivas, ambas passíveis de conviver, em diferentes intensidades, em um mesmo sistema probatório, a visão demonstrativa de prova não oferece nenhuma chave para resolver o problema relativo aos juízos de verossimilhança. A “solidária influência” entre fato e direito é justamente o que marca o juízo de verossimilhança, carregado inexoravelmente de conteúdo valorativo.

3. O processo constitui um espaço comunicativo estruturado a partir de princípios oferecidos pela ordem constitucional. O formalismo processual deve espelhar a adequada ponderação dos princípios constitucionalmente postos, sendo indispensável que guarde elasticidade suficiente para garantir sua adaptabilidade às necessidades do direito material. O que se busca no processo não é apenas oferecer condições de legitimar formalmente a atividade jurisdicional, mas que seja apto a produzir, na medida do possível, decisões materialmente justas. É no processo que se realiza o necessário diálogo entre realidade e normatividade, entre *sein* e *solen*. Nessa perspectiva, o processo constitui, ele mesmo, garantia fundamental, condição para uma efetiva vivência constitucional. A participação dos interessados em uma

estrutura que se concebe como essencialmente dialética está no cerne de uma concepção democrática de processo que, nessas bases, oferece condições de efetivo diálogo com o poder. A construção de sentido no processo está diretamente vinculada à possibilidade e à qualidade da participação dos interessados.

4 – A idéia de verossimilhança aparece habitualmente vinculada às máximas de experiência, definidas por Stein como “juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se apreciam no processo, procedentes da experiência, mas independentemente dos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros que venham ocorrer”.<sup>312</sup>

4.1. A regra ou máxima de experiência assume, para Stein, o caráter de axioma, desprendendo-se da série de casos da qual foi indutivamente obtida.

4.2. Concluímos, a partir da crítica de Taruffo, que a máxima de experiência não pode assumir natureza de axioma e estará sempre vinculada à casuística que lhe deu origem. A extração da máxima de experiência nem sempre corresponde a um processo confiável e resistente ao teste intersubjetivo da noção empregada.

4.3. Embora as máximas de experiência estejam sempre presentes em toda e qualquer decisão judicial, nem sempre seu conteúdo é explicitado pela fundamentação da decisão, o que torna, muitas vezes, difícil o exercício do controle da máxima utilizada.

4.4. A máxima de experiência, como concepção do “normal”, poderá sempre ser objeto de refutação e jamais poderá constituir ponto de partida indiscutível na estrutura da decisão judicial. Exerce função orientadora nos limites do raciocínio “provável”.

5 – Para Taruffo, a noção de verossimilhança é inconfundível com a de probabilidade. Critica Calamandrei por ter generalizado o impróprio sincretismo. Para ele, uma assertiva provável é a que resulta amparada pela consideração dos elementos probatórios disponíveis. Verossímil seria a assertiva lançada

---

<sup>312</sup> Friedrich Stein. *El Conocimiento Privado del Juez*. Tradução de Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1973, p. 22.

com base em um critério geral de normalidade, uma máxima de experiência, independentemente da consideração de elementos de prova. Segundo Taruffo, verossimilhança é “o grau de capacidade representativa de uma descrição acerca da realidade”.

Analisando o ponto, concluímos que a inconciliabilidade afirmada por Taruffo deriva de uma concepção demonstrativa e analítica da prova, “característica da passagem para a modernidade”. O critério de normalidade, como ensina Giuliani, atua como elemento orientador da argumentação, como valor que prestigia determinadas possibilidades em detrimento de outras, em um esforço que não busca o conhecimento como fim último e se dispõe tão-somente a criar condições de decidir. A inconciliabilidade desaparece se assumida a função argumentativa e pragmática da prova, permeável a valores.

6. Concebido o processo justo e a própria noção de jurisdição como aquela apta à tutela adequada às necessidades do direito material, é mister conceber procedimentos que possam cumprir a tarefa de oferecer tutela em tempo razoável e, além disso, dotá-los de instrumentos que possibilitem uma proteção efetiva aos direitos. Isso desafia à estruturação de procedimentos diferenciados, com recurso às técnicas de sumarização.

6.1. A sumarização pode ser apenas formal ou procedimental, com a criação de processos “plenários rápidos” caracterizados habitualmente por marcante oralidade e concentração de atos. Entretanto, ainda mais relevante é a sumarização material das demandas, ou, em outras palavras, sumarização da cognição.

6.2. Os provimentos de cognição sumária fundados em verossimilhança implicam corte no plano vertical da cognição. São exarados com base em cognição incompleta, limitada no plano vertical, segundo a lição de Kazuo Watanabe.

6.3. A lei processual brasileira disciplina todo um sistema de provimentos de cognição sumária, prevendo provimentos de natureza cautelar, meramente conservativa, além de provimentos satisfativos antecipatórios de tutela.

6.4. Diferente do que ocorre no direito italiano, o processo civil brasileiro reconheceu a distinção entre os provimentos cautelares e antecipatórios, atribuindo-lhes distinto regime jurídico.

6.5. É possível identificar no sistema de tutela de cognição sumária hipóteses de tutela de *urgência*, que tem por base o risco em prover, o que ocorre na tutela cautelar, via de regra, e também em algumas hipóteses de tutela satisfativa antecipada, tais como a do art. 273, I e do art. 461 § 3º.

6.6. Existem outras hipóteses, entretanto, em que se tutela a *evidência*, considerando que não é admissível atribuir ao autor o ônus representado pela demora do processo em circunstâncias em que seu direito apareça como evidente. É o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses do art. 273, II e § 6º, ou, ainda, no caso da tutela possessória.

6.7. Nos casos de *tutela da evidência* não há qualquer vinculação com a urgência em prover, bastando a acentuada verossimilhança das alegações do autor.

7 – A noção de verossimilhança exerce múltiplas funções pragmáticas no processo civil, sendo de todo inútil pretender depurar um único conceito. Em assim sendo, sentimo-nos autorizados a falar em “multifuncionalidade da noção de verossimilhança” considerando os diferentes contextos de utilização da expressão, e de outras análogas, pelo legislador processual.

7.1. A (in)verossimilhança, segundo autorizada doutrina, não pode ser utilizada como critério para obstar o manejo de um meio de prova.

7.2. Conforme estabelece o Código de defesa do Consumidor, a verossimilhança, ao lado da hipossuficiência, pode ser utilizada como *critério de inversão do ônus da prova*.

7.3. A verossimilhança atua como *modelo de constatação dos fatos da causa*, determinando um *standard* a ser observado para a concessão de provimentos fundados em cognição sumária. Trata-se de um critério para orientação do juiz quanto à suficiência do material probatório para a emissão do provimento, dada a necessidade de tutela e a incompletude dos elementos de convicção. O modelo de constatação tem, pois, a finalidade de possibilitar

um controle em largas linhas da racionalidade da decisão no sentido de aferir a adequada definição do módulo da prova.

7.4. A verossimilhança não constitui um modelo de constatação autônomo, devendo ser aplicado em referência ao *modelo* de referência, qual seja o modelo de constatação adequado à tutela final, devendo-se, considerar, entretanto, as peculiaridades do caso concreto e as circunstâncias determinantes da necessidade de pronta intervenção jurisdicional.

7.5. A verossimilhança aparece, por último, como um conceito integral de função decisória. O provimento fundado em verossimilhança pressupõe análise da plausibilidade do projeto jurídico de decisão do autor. Constitui equívoco visualizar a verossimilhança como critério autorizador dos provimentos sumários como algo relacionado apenas aos fatos da causa.

7.6. Apenas uma concepção integral da verossimilhança permite alcançar a sua verdadeira natureza. Para aferir a verossimilhança em um caso concreto é necessário sopesar os deveres probatórios que emergem do direito material e visualizá-la em relação às peculiaridades do direito material posto em causa. A verossimilhança deve ser aferida em referência à natureza do direito que se pretenda tutelar e ao contexto normativo aplicável à espécie. Trata-se, na realidade, de uma análise do mérito, ainda que provisória.

7.8. Os juízos de verossimilhança constituem verdadeiros juízos. É equívoco pensar que os provimentos fundados em verossimilhança produzam apenas efeitos fáticos e são desprovidos de conteúdo jurídico. Tal pensamento deriva de insuficiente análise teórico-dogmática. Os juízos de verossimilhança não deixam de ser verdadeiros juízos apenas em razão de sua provisoriedade.

8 – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem aplicando de forma generalizada as súmulas 735 do STF e 7 do próprio STJ para não conhecer recursos especiais relativamente a provimentos fundados em cognição sumária. Parte, no primeiro caso, da premissa de que os provimentos sumários não comportam verdadeiro julgamento da causa, em razão de sua inerente provisoriedade e que, portanto, não podem ser objeto de análise pelo Tribunal (súmula 735, STF), ainda que exaurida toda a via recursal ordinária. No segundo caso (súmula 7), afirma o Tribunal que qualquer questão

envolvendo um juízo de verossimilhança implica uma questão de fato e, portanto, tampouco pode dar ensejo a recurso especial.

8.1. Ao entender que os juízos de verossimilhança não constituem decisões sindicáveis pela via do recurso especial, abdica o Tribunal de exercer qualquer controle sobre a interpretação e aplicação das normas que estruturam o sistema de tutelas de cognição sumária. Considerando que a função institucional do Tribunal é precisamente a de atuar com função paradigmática no controle da aplicação e interpretação da lei federal, a orientação é preocupante.

8.2. Outrossim, ao desconsiderar que juízos de verossimilhança não necessariamente implicam análise de matéria de fato, versando muitas vezes sobre a aplicação de norma jurídica, sua interpretação e alcance, sobre a valoração jurídica de um determinado fato ou mesmo sobre o conteúdo de uma norma aberta (quando, então, constitui uma questão mista, sindicável pela via especial), o Tribunal está, da mesma forma, renunciando à sua função institucional.

8.3. Impõe-se, portanto, alertar para a inadequação da aplicação rasa das súmulas 735 do STF e 7 do STJ, cabendo aos operadores do direito evidenciar a natureza das questões tratadas.

## BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 1999.

ADORNO, Theodor. *Palavras e Sinais*. Petrópolis: Vozes, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A Nova Execução: comentários à Lei 11.232/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *A Tutela de Urgência no Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo*. Repro n.137. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002.

\_\_\_\_\_. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. *Revista Processo e Constituição: Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional*, n.1, dez. 2004. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul, 2004.

AMARAL DOS SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983.

ARIETA, Giovanni. *I Provvedimenti D'Urgenza*. Padova: CEDAM, 1985

ARRUDA ALVIM. *Tutela Antecipada*. In Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. A. *Curso de Processo Civil*. V. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*. V. III. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. *Ideologia e Processo*. REPRO n.110. São Paulo: RT, 1993.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Significado*. [www.ovidobaptista.com.br](http://www.ovidobaptista.com.br). Acesso em 05 de maio de 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as Provas Ilegitimamente Obtidas*. Site da Forense Editora na Internet. [www.forense.com.br](http://www.forense.com.br)

\_\_\_\_\_. *A Influência do Direito Processual Civil Alemão em Portugal e no Brasil*. REPRO n.56. São Paulo: RT, 1989.

\_\_\_\_\_. *Breves Reflexiones Sobre la Iniciativa Oficial en Materia de Prueba*. In *Temas de Direito Processual, Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. *Julgamento e Ônus da Prova*. In *Temas de Direito Processual, Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados*. In *Temas de Direito Processual Civil, Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Tutela de Urgência e Efetividade do Direito*. In *Temas de Direito Processual, oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *O Código Modelo na América Latina e na Europa – Relatório Brasileiro*. REPRO n.113. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coord. Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Buenos Aires: EJEJA, 1959. V. I.

BERTI, Enrico. *Aristóteles no Século XX*. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

\_\_\_\_\_. *As Razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 1998.

BERTOLINO, Pedro J. *La Verdad Jurídica Objetiva*. Prólogo de Lino. E. Palácio. Buenos Aires: Depalma, 1990.

BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRETONE, Mario. *Derecho y Tiempo en la Tradición Europea*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

BRUGGER, Walter. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Herder Editora, 1969.

BUZUID, Alfredo. Linhas Fundamentais do Sistema do CPC Brasileiro. *In: Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios Sobre el Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973.

\_\_\_\_\_. *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

\_\_\_\_\_. *Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile*. Rivista di Diritto Processuale. V. X, parte I. Padova: CEDAM, 1955.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Da Antecipação de Tutela*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. REPRO, n. 102. São Paulo: RT, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tópicos de Um Curso de Mestrado Sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1990.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPELLETTI, Mauro. *Algunas Reflexiones Sobre el Rol de Los Estudios Procesales en la Actualidad*. REPRO, n.64. São Paulo: RT, 1991.

CARNELLUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Depalma, 1979.

CARRPI, Federico. *Flashes Sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata*. Rivista di Diritto processuale. Padova: CEDAM, 1980.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e "giusto processo"*. REPRO, n.90. São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_. *Il "Giusto Processo" Civile Nella Dimensione Comparatistica*. REPRO, n. 108. São Paulo: RT, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFO, Michele. *Lezione sul Processo Civile*. Bologna: Il Mulino, 1998.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à obra de Claus-Wilhelm Canaris *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. XII.

COTTA, Sergio. *Quidquid Latet Apparebit: lê problème de la vérité du jugement*. Archives de Philosophie du Droit, tome 39, Paris, SIREY, 1995.

DIDIER JR., Fredie. *Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial de mérito*. Revista de Processo, n. 110. São Paulo: RT, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. REPRO, n.109. São Paulo: RT, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Planeta De Agostini, 1993.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fatos Notórios e Máximas de Experiência*. In: YARSHEL, Flávio Luiz e ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Orgs.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

FASSONE, Elvio. *La Valutazione della Prova nel Processo Penale; dogmatismi antichi e consapevolezze nuove*. In *La Regola del Caso*. Padova: CEDAM, 1995.

Fazzalari, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1975.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de Filosofia do Direito, Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FLACH, Daisson. *Processo e realização Constitucional; a construção do “devido processo”*. In *Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro: estudos em homenagem ao Professor Dr. José Maria Tesheiner*. Coord. Márcio Louzada Carpena e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Metodo: Fundamentos de una Hermenéutica Filosófica*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di Prova*. Milano: Giuffrè Editore, 1971.
- \_\_\_\_\_. *Le Role du “Fait” Dans la Controverse (a propos du binome “rhetorique-procedure judiciaire”*. Archives de Philosophie du Droit, tome 39, Paris, SIREY, 1995.
- \_\_\_\_\_. *L’Ordo Judiciarius Medioevale: riflessioni su um modelo puro di ordine isonômico*. In *Rivista di Diritto Processuale*. Anno XLIII (Seconda Serie) n.3, luglio-settembre, 1988. Padova: CEDAM, 1988.
- GOMES DA CRUZ, José Raimundo. *Estudos Sobre o Processo e a Constituição de 1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Dialética e Hermenêutica: para a Crítica da Hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre a Essência da Verdade*. São Paulo: Victor Civita/Abril Cultural, 1983. Coleção Os Pensadores

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. *I Criteri de valutazione della Prova*. In *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*. A cura de Mario Bessone e Ricardo Guastini. Padova: Cedam, 1997, p.395.

IRTI, Natalino. *Dubbio e Decisione*. *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LVI, n.1. Padova: CEDAM, 2001.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova Reforma Processual: comentários às Leis n. 10.317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Os Standards do Convencimento Judicial: paradigmas para seu possível controle*. In *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 353.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, 1969.

MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

- LIEBMAN, Enrico Tulio *Problemi del Processo Civile*. Milano: Morano, 1962.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Ed. UnB, 1980.
- MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MATOS, Sérgio Luis Wetzel de. *Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao Estudo do Processo Civil, Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2004.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MONTESANO, Luigi, ARIETA, Giovani. *Diritto Processuale Civile*, vol II. Torino: Giappichelli Editore, 1997.
- MONTESANO, Luigi. *Luci ed Ombre in Leggi e Proposte di "Tutele Differenziate" ni processi civile*. Rivista de Driritto Processuale. Padova: CEDAM, 1979.

MORELLO, Augusto Mario. *Processo y Realidad*. REPRO n. 56. São Paulo: RT, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

NEVES, Castanheira. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril/Civita, 1983.

PARODI, Gianpaolo. *Giudice Amministrativo e 'Discrezionalità Tecnica'*. In: *La Regola del Caso, materiali sul ragionamento giuridico*. Padova: CEDAM, 1995.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PICARDI, Nicola. *Apunti di Diritto Processuale Civile: il processi speciali, esecutive e cautelari*. Milano: Giuffrè, 2002

\_\_\_\_\_. *Il Principio del Contraddittorio*. *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LIII, n.3. Padova: CEDAM, 1998.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2002.

\_\_\_\_\_. *Residualità del Processo a Cognizione Piena?* In REPRO n.131. São Paulo: RT, janeiro de 2006.

\_\_\_\_\_. *Sulla tutela Giurisdizionale Differenziata*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1979.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela Civile Inibitoria*. Padova: CEDAM, 1987.

ROSITO, Rodrigo. *A Aplicação das Máximas de experiência no Processo Civil de Conhecimento*. Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto alegre, 2004.

SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1985.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba*, Buenos Aires, EJEJA, 1979.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México:

Porrúa, 1973.

SPINELLI, Michele. *Las Pruebas Civiles*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1973.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SOUTO MAIOR BORGES, José. *O Contraditório no Processo Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Introdução a uma Ciência Pós-moderna*, Rio de Janeiro: Graal, 1989.

\_\_\_\_\_. *Um Discurso Sobre as Ciências*. Porto: Afrontamento, 1996.

SPINELLI, Michele. *Las Pruebas Civiles*. Buenos Aires: EJEJA, 1973.

STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez*. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1973.

TARUFFO, Michele. *Il Processo Civile Adversary Nell'Esperienza Americana*. Padova: CEDAM, 1979.

\_\_\_\_\_. *La Justificazione delle Decisioni Fondate su Standards*. In *La Regola del Caso*. Padova. CEDAM, 1995.

\_\_\_\_\_. *Observações sobre os modelos processuais de Civil Law e de Common Law*. REPRO, n.110. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *La Motivazione Della Sentenza Civile*. Padova: CEDAM, 1975.

\_\_\_\_\_. *La Prueba de los Hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. *Racionalidad y Crisis de La Lei Procesal*. Revista Eletrônica Doxa n. 22, 1999.

\_\_\_\_\_. *Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz*. In revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 3. São Pulo: Síntese, 2001, p.91.

\_\_\_\_\_. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970.

TARZIA, Giuseppe. *Parità delle Armi tra le Parti e Poteri del Giudice nel Processo Civile*. In Problemi del Processo civile di Cognizione. Padova: Cedam,

TESHEINER, José Maria. *Elementos para Uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOMMASEO, Ferruccio. *Il Provvedimenti D'Urgenza*. Padova: CEDAM, 1983.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VERDE, Giovanni. *Considerazioni Sulla Regola di Giudizio Fondata Sull'Onere Della Prova*. In Rivista di Diritto Processuale, 27. Padova: CEDAM, 1972.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

ZANETI JÚNIOR, Hermes ; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Introdução ao Estudo do Processo Civil, primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2004.