

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Fernanda Stragliotto Bonotto

**VERDADE, PROBABILIDADE E VEROSSIMILHANÇA NA
TÉCNICA DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA:
Análise sob a Perspectiva do Direito à Tutela Adequada e Efetiva**

Porto Alegre
2013

FERNANDA STRAGLIOTTO BONOTTO

**VERDADE, PROBABILIDADE E VEROSSIMILHANÇA NA
TÉCNICA DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA:
Análise sob a Perspectiva do Direito à Tutela Adequada e Efetiva**

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado no Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero

Porto Alegre
2013

FERNANDA STRAGLIOTTO BONOTTO

**VERDADE, PROBABILIDADE E VEROSSIMILHANÇA NA
TÉCNICA DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA:
Análise sob a Perspectiva do Direito à Tutela Adequada e Efetiva**

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado no Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

Porto Alegre, 20 de dezembro de 2013

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Professor Daniel Mitidiero (Orientador)
UFRGS

Professor Klaus Cohen Koplin
UFRGS

Professor Sérgio Luiz Wetzel de Mattos
UFRGS

Dedico este trabalho a meus pais, Marilene e Roberto, os maiores incentivadores de toda e qualquer conquista que obtive até hoje.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais, meus primeiros professores, que sempre serviram de guia e fonte de afeto e conforto para os momentos felizes e aqueles de dificuldade;

A meu professor orientador, Dr. Daniel Mitidiero, que, além da solicitude e do conhecimento, serviu-me como exemplo de pesquisador na graduação e despertou-me o interesse pelo tema abordado neste trabalho, cujo primeiro contato me foi possibilitado durante a disciplina de Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas na Faculdade de Direito;

A todos os professores e colegas estudantes - inumeráveis e impossíveis de aqui nomear sem causar alguma injustiça pela omissão - que, durante o curso, conduziram seus estudos com seriedade e profundidade inerentes à sua condição de eternos acadêmicos, no melhor sentido em que se pode entender o termo. Também estes serviram como exemplo e orientação ao longo do percurso, não apenas durante as aulas, mas também ao longo da vivência universitária;

Aos queridos colegas de turma, que se tornaram amigos dentro e fora da Faculdade, e

Especialmente, ao André, meu companheiro nesses cinco anos de curso, a maior surpresa que encontrei pelo caminho e, certamente, o principal colaborador para minha felicidade.

RESUMO

O presente estudo se propõe à análise da importância da correta determinação da verdade dos fatos alegados na lide processual, bem como da justa condução do processo judicial enquanto requisitos para a produção de uma decisão justa a servir de resultado da fase cognitiva do processo civil. Estes conceitos são examinados pelo viés do direito fundamental ao processo justo, que deve ser adequado e efetivo, e que, enquanto princípio informador do processo brasileiro constitucionalmente assegurado, exige a conformação do ordenamento pátrio pelo legislador e a atuação prática do Poder Público para sua concretização. A necessidade de conferir-se efetividade à tutela jurisdicional do direito material torna obrigatória a existência de meios diferenciados de adequação do processo ao direito substancial posto em juízo, sendo analisada especificamente a técnica de antecipação de tutela para este fim. Esta é observada enquanto meio de adequação da tutela jurisdicional sob a forma de adiantamento dos efeitos parciais ou integrais da tutela judicialmente perseguida, de modo provisório e anterior à decisão final do processo, com base em cognição sumária das alegações do caso. Considerando a imprescindibilidade de sua existência no direito processual para a efetivação dos direitos subjetivos, bem como a necessidade de seja garantida a determinação da verdade dos fatos para a justiça das decisões tomadas pelo julgador em cada caso, é analisada, por fim, a cognição sumária que lhe serve de fundamento, bem como o tipo de conhecimento acerca dos fatos que é exigido para sua concessão. Nesse aspecto, busca-se diferenciar a verossimilhança, mencionada no artigo 273 do Código de Processo Civil, do conceito de probabilidade, que parece mais adequado às necessidades da concessão de tutela jurisdicional de forma antecipada.

Palavras-chave: Antecipação de tutela. Cognição sumária. Probabilidade. Processo justo. Verdade. Verossimilhança. Tutela jurisdicional adequada e efetiva.

ABSTRACT

The essay intends to analyze the importance of the correct determination of the truthfulness of the alleged facts in the procedural litigation, as well as the fair conduction of the procedural litigation as requirements for the production of a fair ruling as a result of the cognitive phase of the civil procedure. These concepts are examined through the scope of the fundamental right to the due process, which must be adequate and effective, and, as an informative principle of the Brazilian procedural law constitutionally assured, demands the conformance of the native legal system by the legislator and the practical action from the public power for its accomplishment. The need to grant effectiveness to the judicial protection of the material law makes the existence of differential means of adaptation of the procedure to the substantial right put to judgment mandatory, analyzing specifically the technique of anticipation of protection for that end. This is observed as a means of adaptation of the judicial provision in the form of advanced concession of the complete or partial effects of the plaintiff's pretension, in a provisory fashion and previous to the final ruling of the process, in the basis of summary cognition of the case's allegations. Considering the importance of its existence in the procedural Law for the effectuation of subjective rights, as well as the need to guarantee the truthfulness of the facts for the justice of the rulings taken by the judges in each case, the is, I the end, and analysis of the summary cognition that serves as its foundation, as well as the type of knowledge regarding the facts that is required for its concession. In this aspect, it is aimed to differentiate the verisimilitude, mentioned in article 273 of the Civil Procedural Code, and the concept of probability, which seems more adequate to the needs of the concession of the anticipation of judicial protection.

Keywords: Anticipation of protection. Summary cognition. Probability. Due process. Truth. Verisimilitude. Adequate and effective judicial protection.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A VERDADE COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO, MAS NÃO SUFICIENTE, PARA A OBTENÇÃO DE UMA DECISÃO JUSTA	10
2.1 A DECISÃO JUSTA E A VERDADE	10
2.1.1 Critérios para uma decisão justa	11
2.1.2 A oportunidade ideológica da verdade no processo	13
2.2 A VERDADE NO PROCESSO	15
2.2.1 A possibilidade teórica e geral da verdade	15
2.2.2 A possibilidade prática da verdade no âmbito do processo civil	22
3 PROCESSO JUSTO E TUTELA ADEQUADA	27
3. 1 O PROCESSO JUSTO: ELEMENTOS PARA SUA PROMOÇÃO	27
3.1.1 A garantia constitucional ao processo justo e sua aplicação	28
3.1.2 A efetividade como elemento do processo justo: o direito fundamental à tutela adequada e efetiva	31
3. 2 O DIREITO À TÉCNICA ANTECIPATÓRIA COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO À TUTELA ADEQUADA E EFETIVA	35
3.2.1 Perfil básico da técnica antecipatória da tutela	37
3.2.2 O que não é antecipação de tutela: distinções necessárias	39
3.2.3 As hipóteses de aplicação da técnica antecipatória: a tutela da urgência e a tutela da evidência	41
3.2.4 A efetividade na concessão da antecipação da tutela e sua conjugação com o valor da segurança da contraparte	44
4 COGNIÇÃO SUMÁRIA E JUÍZO DE PROBABILIDADE COMO ELEMENTOS DO DIREITO À ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	46
4. 1 COGNIÇÃO SUMÁRIA	46
4.1.1 Conceito de cognição	47
4.1.2 Sistematização e modulação da cognição	48
4.1.3 A utilização da cognição sumária na antecipação de tutela	50
4.2 PROBABILIDADE E VEROSSIMILHANÇA NA FORMAÇÃO DA DECISÃO JUSTA EM SEDE DE TÉCNICA ANTECIPATÓRIA	51
4.2.1 A conceituação efetuada por Calamandrei	51
4.2.2 A necessária distinção entre verossimilhança e probabilidade	53
4.2.3 Modelos de aferição da probabilidade	55
4.2.4 A probabilidade como pressuposto para a antecipação de tutela	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A análise que ora se apresenta tem como ponto central a cognição realizada na técnica de antecipação da tutela, nos moldes em que prevista atualmente no ordenamento brasileiro, em sua face atípica, concretizada normativamente no artigo 273 do Código de Processo Civil.

A este respeito, cumpre destacar desde logo que a antecipação da tutela é técnica processual inerente ao Estado Constitucional¹, que, ao disponibilizar expressamente a garantia constitucional ao processo justo, efetivo, tempestivo e adequado, impõe ao Poder Público a necessidade de adotar procedimentos que estejam conformados ao direito material cuja tutela é perseguida perante o juízo. Nesse aspecto, a antecipação de tutela cumpre papel de fundamental importância, com vistas à promoção efetiva da proteção jurisdicional à parte, motivo pelo qual merece estudo atento para sua correta compreensão acadêmica e prática.

Embora positivada em sua forma atípica no ordenamento brasileiro há quase vinte anos e abordada por extensa doutrina, a antecipação de tutela, cuja evolução histórica demonstra sua crescente e definitiva importância no ordenamento brasileiro para a tutela jurisdicional dos interesses, ainda possui diversas questões sem resoluções pacíficas na doutrina, inclusive quanto a sua natureza. Assim, permanece bem vindo o debate no tocante a sua função, estrutura e aplicabilidade prática, a fim de que possa evoluir a compreensão conceitual do instituto.

Enquanto meio de diferenciação atípica da tutela jurisdicional, dotada de plasticidade para adequar-se à variedade de direitos materiais alcançáveis por ela, a técnica antecipatória se funda em cognição sumária das alegações fático-jurídicas da lide. No presente trabalho, é privilegiado o exame da cognição sobre as alegações de fato, sob a perspectiva apresentada por Michele Taruffo a respeito da necessidade de uma correta comprovação dos fatos da lide como requisito parcial à prolação de decisões justas no processo.

Assim, estudam-se inicialmente os critérios para a decisão justa e o próprio conceito de verdade enquanto possível no processo, para que posteriormente estes possam ser conjugados ao exame da função desempenhada pela cognição sumária na técnica de antecipação de tutela. Esta apreciação é centrada na obra do autor acima referido em razão de sua profundidade crítica e extensão no estudo de temas tão relacionados à epistemologia,

¹ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Matéria de Tutela Sumária: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. In: **Revista de Processo**, vol. 197, p. 27-66. Jul/2011, p. 57.

assunto cuja abordagem de forma profunda é relativamente rara na ciência jurídica contemporânea e quase inexistente na doutrina brasileira.

Dando seguimento ao trabalho, a técnica antecipatória é observada sob o prisma do direito fundamental ao processo justo, enquanto princípio orientador da conformação do processo e do procedimento com vistas à promoção do ideal de protetividade dos direitos materiais, a exigir a adoção de técnicas processuais capazes de atender e moldar-se aos direitos substanciais. Nesse sentido, observa-se o perfil da antecipação de tutela como manifestação do direito à tutela adequada e efetiva.

Por derradeiro, chega-se ao estudo conceitual e funcional da cognição sumária e do juízo de probabilidade enquanto elementos da técnica antecipatória. Ambos os assuntos, intimamente relacionados, são problematizados sob o enfoque crítico da sistematização trazida à doutrina por Piero Calamandrei e que influenciou a evolução do processo civil brasileiro.

A análise realizada é eminentemente teórica e conceitual, doutrinária, centrada na questão conforme se encontra atualmente no ordenamento brasileiro e utiliza como referencial teórico, majoritariamente, autores nacionais. Exceção se faz à doutrina clássica, essencial para a compreensão de certos aspectos da evolução dos institutos examinados, e aos poucos juristas estrangeiros contemporâneos abordados, que se dedicam ao estudo da teoria das provas e de temas circundantes à epistemologia jurídica.

O método utilizado é o analítico, mediante o confronto lógico-dedutivo das proposições conceituais e enunciados teóricos que tratam do tema.

2 A VERDADE COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO, MAS NÃO SUFICIENTE, PARA A OBTENÇÃO DE UMA DECISÃO JUSTA

Sem a pretensão de estender-se por demasiado no complexo campo de debates epistemológicos que envolvem as variadas concepções doutrinárias de justiça, verdade, fato e prova, bem como a correlação existente entre tais conceitos e ainda outros mais – temas que, individualmente, já compõem matéria para um sem-número de análises científicas pormenorizadas –, o presente exame parte de premissas que se podem considerar suficientemente estabelecidas na ciência jurídica ocidental e, em alguma medida, na prática das decisões judiciais, a respeito dos referidos termos. Deste modo, enquanto não se ignora aqui a complexidade de tais conceitos, que nos servirão de pressupostos, tampouco se pretende esgotar sua análise.

2.1 A DECISÃO JUSTA E A VERDADE

Espera-se como resultado do processo de conhecimento, de modo geral, aquilo que se considera uma decisão judicial em conformidade com a justiça. Na maioria das vezes, contudo, há critérios divergentes, apresentados por cada uma das partes, para a valoração da efetiva justiça da resolução dada pelo julgador para o conflito submetido a sua análise - e, assim, sua presença é ou não constatada em cada situação individual, segundo critérios diversos e, naturalmente, parciais. Essa divergência de critérios pode ser vista enquanto decorrente da própria natureza dos conflitos submetidos à apreciação judicial, já que nele confrontam-se ao menos dois pontos de vista pretensamente idôneos quanto ao modo de sua resolução.

Entretanto, além da parcialidade inerente às posições das partes do conflito judicial, verifica-se como problema para o estabelecimento de uma teorização da justiça da decisão, ainda, a diversidade de possíveis critérios gerais de justiça material, que, por sua pluralidade, generalidade e relatividade irreduzível, mostram-se, no mais das vezes, inaplicáveis à decisão judicial.² Assim, a teorização dos critérios gerais de justiça das decisões judiciais necessita fundamentar-se sobre bases outras que não as de justiça material.

² TARUFFO, Michele. Ideas para una teoría de la decisión justa. In: **Proceso y decisión – Lecciones mexicanas de Derecho Procesal**. Madrid : Marcial Pons, 2012, p. 233.

2.1.1 Critérios para uma decisão justa

Considerando que os critérios para constatação da justiça de determinada decisão judicial não se poderiam esgotar no mero exame da legalidade da decisão emanada (aqui entendidos como os critérios de natureza unicamente de direito material, como a correta eleição e interpretação da norma aplicável ao caso concreto), mas tampouco seriam baseados exclusivamente nos parâmetros de justiça processual (isto é, a condução do procedimento judicial em conformidade com determinados parâmetros de justiça, mas de modo restrito às regras processuais), Michele Taruffo identifica três critérios para a verificação da justiça da decisão, todos necessários e obrigatórios:

- a) a correção da eleição e da interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; b) a comprovação fiável dos fatos relevantes do caso; e c) o emprego de um procedimento válido e justo para chegar-se à decisão³

Essas ordens de valores servem como parâmetro para que se possa afirmar a justiça de determinada decisão, sem que esteja implicada aí uma concepção por demasiado redutiva de tal justiça, pois os três requisitos são necessários e cada um deles é insuficiente para que se tenha uma decisão justa. Apenas quando verificados conjuntamente, em determinada medida mínima, são suficientes para determinar-se a justiça da decisão.

Deste modo, não se impõe que cada um dos critérios referidos seja atingido em sua plenitude, mas sim em um nível mínimo que se considere aceitável, para que se possa considerar justa a decisão examinada. Ainda assim, a verificação da justiça da decisão se dará não apenas em termos de *justa* ou *injusta*, mas dentro de um espectro entre *mais* ou *menos* justa. Por outro lado, embora esta qualificação se dê de modo multifatorial, os três critérios não possuem a capacidade de compensar a insuficiência uns dos outros – desse modo, a decisão resultante de um processo que haja atendido de modo muito satisfatório aos requisitos de justiça do procedimento empregado, bem como de correta aplicação da norma, mas que esteja baseado em fatos insuficientemente verificados (isto é, em nível de comprovação fiável inferior ao mínimo considerado aceitável), não poderá jamais ser considerada minimamente justa, por lhe faltar um de seus requisitos essenciais.

³ “a) la corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) la comprobación fiable de los hechos relevantes del caso; y c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión.” TARUFFO, Michele. Ideas para una teoría de la decisión justa. In: **Proceso y decisión – Lecciones mexicanas de Derecho Procesal**. Madrid : Marcial Pons, 2012, p. 237. Livre tradução do espanhol.

A partir de tal sistematização, e conforme o exemplo dado demonstra, Taruffo identifica a comprovação da verdade dos fatos jurídicos envolvidos na causa como um dos valores essenciais a serem constatados na construção da decisão para que esta seja justa. Deste modo, não se poderia considerar justa a decisão que se fundamentasse em fatos equivocados, ou que não houvessem sido comprovados de modo racional e verídico, até porque, nesses casos, qualquer aplicação de qualquer norma jurídica careceria de fundamento, sendo, portanto, arbitrária⁴. Nesse sentido, afirma o referido jurista:

cada vez que uma norma faz com que um efeito jurídico dependa de uma premissa fática, a norma não se aplica corretamente se o fato não se produziu, vale dizer, se não se dispõe de uma determinação verdadeira das circunstâncias empíricas que integram o 'fato' previsto pela norma. Parece, com efeito, intuitivo que a norma seria aplicada injustamente, e seria, pois, violada, se as consequências que prevê se adjudicaram em um caso em que o feito condicionante não se produzira.⁵

Assim como os outros dois parâmetros abordados em sua teorização, o critério da comprovação dos fatos não está analiticamente definido, tratando-se mais de um *standard* geral de um ideal do que de uma regra rígida e estanque – “*de valores más que de conceptos rigurosos*”.⁶ Ele se relativiza de acordo com os contextos de teoria jurídica e do ordenamento processual em que se insere, como se verá adiante, bem como não se determina meramente em termos de sim/não, verdadeiro/falso ou de justo/injusto, mas muito mais em uma graduação de “mais ou menos injusto”, por exemplo, dentro de um espectro de possibilidades inumeráveis.

Certamente, a sistematização proposta por Taruffo acerca dos critérios para observação da justiça das decisões não é a única presente na doutrina jurídica ocidental e, embora nos pareça bastante adequada por sua completude e abrangência, tampouco se poderia tratá-la como a única abordagem aceitável sobre o tema. De qualquer modo, a constatação de que a justiça das decisões judiciais depende de uma correta investigação dos fatos que

⁴ TARUFFO, Michele. Ideas para una teoría de la decisión justa. In: **Proceso y decisión – Lecciones mexicanas de Derecho Procesal**. Madrid : Marcial Pons, 2012, p. 239.

⁵ “(...) Cada vez que una norma hace depender un efecto jurídico de una premisa fáctica, la norma no se aplica correctamente se el hecho no se ha producido, es decir, si no se dispone de una determinación verdadera de las circunstancias empíricas que integran el “hecho” previsto por la norma. Parece, em efecto, intuitivo que la norma sería aplicada injustamente, y sería, pues, violada, si las consecuencias que prevé se adjudicaran em un caso en el que el hecho condicionante no se hubiera producido.” Idem. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p. 67.

⁶ TARUFFO, Michele. Ideas para una teoría de la decisión justa, p. 238.

importam à demanda é compartilhada por extensa doutrina⁷, chegando a beirar o óbvio. Contudo, como se verá, ela não é unívoca, e possui importantes implicações muitas vezes não observadas na teoria ou na prática processual.

De fato, são escassas as análises efetuadas na literatura jurídica acerca do tema da verdade,⁸ especialmente no que tange à sua relação com as provas no processo civil. Embora seja freqüente a afirmação, pela doutrina, de que o processo se dirige à determinação da verdade – ainda que provável – dos fatos, o exame dos pressupostos e conseqüências de tal declaração raramente é aprofundado, não recebendo justificativa ou análise crítica e frequentemente reduz-se a uma mera menção de princípio que facilmente terminará por ser contraditado inclusive por seu próprio autor, ao ocupar-se de outros aspectos do processo ou ao definir as funções deste⁹.

2.1.2 A oportunidade ideológica da verdade no processo

Embora a eleição da verdade dos fatos enquanto um objetivo do processo assuma a aparência de afirmativa banal, ela não é a única opção ideológica existente dentre as diversas teorias relativas à decisão judicial. À parte as teorizações que afastam a verdade dos objetivos do processo por razões epistemológicas ou de concretização prática, Michele Taruffo destaca a existência de teorias que negam a possibilidade de uma determinação verdadeira dos fatos por razões de ordem ideológica, muitas vezes ligadas a uma forçada dualidade estabelecida entre os extremos dos modelos dispositivo e inquisitivo do processo civil. Tais razões fundamentam-se, via de regra, em uma determinada concepção da função e dos objetivos do processo civil que implica que a verdade dos fatos não deverá ser perseguida no processo, por não participar de seu escopo.¹⁰

De modo geral, essa negação ideológica parte da concepção do processo civil essencialmente enquanto instrumento de resolução de conflitos, isto é, de controvérsias

⁷ Assim já indica Larry Laudan em prólogo à obra de BELTRAN, Jordi Ferrer. **La Valoración Racional de La Prueba**. Madrid : Marcial Pons, 2007, p. 15: “*La justicia del veridicto en un proceso judicial depende de una adecuada investigación de los hechos.*”

No mesmo sentido, exemplificativamente, THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n.80, p. 71-85, nov. 2009, *passim*; ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: <http://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL> Acesso em: 11 nov. 2013, pp. 1-8, *passim*.

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 1, nota de rodapé 1.

⁹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p.56.

¹⁰ *Ibidem*, p. 37-44, *passim*.

jurídicas surgidas entre as partes e por elas apresentadas ao órgão julgador. Nesse sentido, a finalidade do processo seria distinta da busca da verdade na medida em que a resolução de conflitos implicaria acima de tudo a composição dos interesses contrapostos da forma mais satisfatória às partes, bem como a manutenção da paz social – objetivos aos quais o alcance da verdade não se faria útil, podendo mostrar-se até contraproducente. Neste tipo de concepção, a qualidade maior do processo residiria exatamente na efetividade de sua capacidade de oferecer uma solução ao conflito, ainda que baseada em determinações falsas ou parciais dos fatos, fornecidos pelas partes.¹¹

Ademais, para aqueles que, de modo mais ou menos explícito, excluem a determinação da verdade dos fatos do escopo do processo, a investigação da verdade no processo teria de envolver relevantes custos em termos de tempo, atividades e estrutura, e por outro lado impor limites aos valores de liberdade, autonomia e iniciativa individual das partes, valores fundamentais ao modelo dispositivo, ou ao *adversary system of litigation* que lhe corresponde no *common law*.¹²

De fato, conforme observa Taruffo, a discussão quanto à dimensão ideológica do problema da verdade no processo civil relaciona-se mais a uma eleição acerca do que o processo deveria fazer do que a uma análise acerca do que se sustenta que o processo realmente faça.¹³ Deste modo, no caso da visão negativa fundamentada no sistema adversarial, por exemplo, observa-se um sopesamento, ou uma opção ideológica, que privilegia os valores de liberdade das partes na conformação da lide, como que em uma competição entre as versões sustentadas pelas partes, e que ao tempo mitiga o valor da verdade dos fatos em que se baseia a decisão como fundamento relevante à solução da lide.¹⁴ Tal opção, embora não seja insustentável, terminará por implicar uma renúncia à pretensão de se obter no processo decisões justas.¹⁵

Por outro lado, ao se considerar como finalidade do processo a produção de decisões justas¹⁶, e não a mera eliminação dos conflitos submetidos à apreciação judicial¹⁷ – o que, de

¹¹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, pp. 37-39.

¹² *Ibidem*, pp. 39-41.

¹³ *Ibidem*, p. 63.

¹⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade** – O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid : Marcial Pons, 2012, pp. 131-136, *passim*.

¹⁵ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**, p. 70.

¹⁶ *Ibidem*, p.63. A esse respeito, o autor refere: “Naturalmente, es posible definir de otros modos la finalidad del proceso, como se hace cuando se dice que aquél pretende decidir tout court las controversias o decidir-las

todo modo, é uma opção ideológica acerca do processo civil – é forçoso admitir a necessidade de análise dos critérios de valoração da justiça da decisão e, entre eles, estará a veracidade do juízo sobre os fatos enquanto condição necessária para a justa fundamentação da decisão judicial.

A assunção da verdade como condição, conforme já referido, tende a ser um critério geral frequentemente incluído quando se aborda a justiça como objetivo do processo, não estando reservada a um conjunto restrito de teorias ou ideologias sobre o problema, e tampouco comprometida com uma única concepção de verdade.¹⁸ Deste modo, ao adotar-se determinada ideologia que inclua a prolação de decisões justas dentre os objetivos processuais, pode-se teorizar a verdade judicial dos fatos considerando-a, então, como característica essencial de uma decisão controlável, articulada e justificável, resultante de um procedimento cognitivo complexo desenvolvido sob diretivas jurídicas e racionais e encerrada em um juízo justificado racionalmente, ou como base para a implementação das garantias referidas ao processo e à legalidade¹⁹ – pode-se dizer, uma garantia contra a arbitrariedade da decisão – sendo, portanto, indispensável à justiça da decisão.

2.2 A VERDADE NO PROCESSO

Do ponto de vista filosófico e epistemológico, são diversas as teorias e conceituações da verdade, e variam, inclusive, as concepções acerca da possibilidade de alcançar-se uma determinação verdadeira dos fatos empíricos. Dentre todas elas, parecem mais acertadas as modernas teorizações que não apenas situam a verdade como um objetivo ideologicamente necessário ao processo, conforme visto, mas também que consideram a verdade possível de ser obtida no processo, em alguma medida, tanto do ponto de vista teórico quanto prático.

2.2.1 A possibilidade teórica e geral da verdade

O problema da verdade dos fatos no processo é apenas uma variante do problema da verdade dos fatos em geral, com algumas especificidades que serão abordadas adiante. Não é

satisfactoriamente para las partes; es más, esta posibilidad es la razón principal por la que la finalidad de producir decisiones justas constituye una ideología más bien que una teoría del proceso.”

¹⁷ V. *supra*, cap. 2.1.1.

¹⁸ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, pp. 68-70.

¹⁹ *Ibidem*, p. 69.

surpresa que tais peculiaridades, que por vezes podem traduzir-se em limitações ao conhecimento dos fatos, hajam historicamente servido de suporte a doutrinas negativas quanto à possibilidade de obtenção de uma determinação verdadeira dos fatos relevantes ao processo, e mesmo conduzido à exclusão da verdade, em alguma medida, do campo dos objetivos atribuídos ao processo,²⁰ chegando-se a afirmar que a única verdade importante é a estabelecida pelo juiz na sentença, já que fora desta não há qualquer outra que interesse ao Estado, à administração da justiça ou mesmo às partes.²¹

As várias concepções que tendem a negar a verdade no processo civil possuem fontes e desenvolvem raciocínios bastante distintos entre si,²² bem como as suas opostas, que admitem a possibilidade de determinação dos fatos verdadeiros no processo.

Por esta diversidade, e porque foge ao escopo do presente trabalho analisá-las de forma exaustiva, cabe aqui apenas ressaltar a existência de numerosas opções filosóficas, entre elas algumas variações mais ou menos radicais de ceticismo, irracionalismo ou idealismo, que negam, em linha de princípio, que seja possível estabelecer a verdade sobre qualquer coisa e, portanto, sobre os fatos relevantes ao processo. Muitas destas teorizações excluem, implícita ou explicitamente, a possibilidade de um conhecimento racional em si,²³ o que conduz, logicamente, a uma concepção irracionalista também sobre a decisão judicial, pois que assentada em uma concepção irracionalista sobre o conhecimento de quaisquer fatos, inclusive aqueles que interessam à causa. Em outras vertentes, parte-se de premissas psicológicas ou sociológicas para chegar-se à mesma negativa por meio da concepção de que, por exemplo, a validade da verificação da verdade de determinado fato dependerá apenas das atividades psíquicas cognoscitivas dos sujeitos – com sua imprecisão, falibilidade e complexidade intrínsecas.²⁴

Tais teses excluem *a priori* o problema da verdade dos fatos, respondendo-o de forma negativa desde o plano filosófico (geral), sem chegar ao jurídico (particular). Não obstante, compartilhar de tais premissas implicaria a construção uma nova versão de teoria da prova, que a considere insignificante ao processo.²⁵ Isso porque, se for considerado que a verdade de

²⁰ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p. 26.

²¹ Chiovenda, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, reed., Napoli, 1965, p. 79, apud TARUFFO, Michele. Op. cit., p.26.

²² TARUFFO, Michele. Op. cit., p.28 e ss.

²³ *Ibidem*, p.28-29.

²⁴ *Ibidem*, p.35-36.

²⁵ TARUFFO, Michele., p.36.

uma asserção fática não é, em nenhum sentido, apurável pelo conhecimento humano, conseqüentemente não será possível conferir aos meios de prova utilizados no processo o poder de basear o convencimento judicial acerca dos fatos narrados na lide.

Dentre as teorias que prestam respostas positivas acerca do problema da verdade, por outro lado, nem todas possuem o mesmo peso argumentativo, considerando-se as razões lógicas expendidas por seus propagadores, ainda que muitas sejam bastante difundidas. Assim, Michele Taruffo²⁶ ressalta como opções teóricas bastante frágeis algumas formas de “realismo ingênuo”, que pressupõem genérica e superficialmente a existência da realidade empírica e a capacidade do intelecto humano de obter conhecimentos verdadeiros sobre essa realidade, no que se pode tratar como uma simplificação inócua e facilmente contrariável. Há, igualmente, versões genéricas da teoria da correspondência de Tarski, que será abordada adiante, onde se considera meramente que o conhecimento será verdadeiro precisamente porque correspondente à realidade – numa débil subversão da teoria.

A concepção de verdade como *coerência* de determinada asserção dentro de um contexto narrativo tampouco se poderia adotar. Embora a coerência dos fatos descritos entre si, na reconstrução narrativa própria da cognição processual, seja em grande medida importante e quase sempre desejável, ela por si não garante a verdade dos fatos, já que narrações coerentes podem ser falsas, ou mesmo não pretenderem-se verdadeiras (como ocorre nas narrativas de romances literários). Embora a idéia de coerência seja de grande utilidade no âmbito jurídico em aspectos como a interpretação das normas e o raciocínio jurídico, no terreno da comprovação dos fatos, a conceituação de verdade não poderia resumir-se à coerência interna dos fatos descritos.²⁷

Assim, embora haja formas de “realismo acrítico”, que não resistem a uma análise mais aprofundada, restam sustentáveis as formas de realismo crítico, subsidiados por análises filosóficas e epistemológicas menos ingênuas.²⁸ É o caso da teoria de correspondência semântica de Tarski, que atualmente assume posição central no panorama das distintas teorias sobre o tema.²⁹

²⁶ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p.57-58.

²⁷ *Ibidem*, pp. 173-174.

²⁸ *Ibidem*, p. 59.

²⁹ *Ibidem*, p.169.

Para Tarski, o conceito de verdade é tomado como sinônimo de “correspondência aos fatos”, ou seja, a verdade se define por ser a correspondência das asserções feitas aos fatos do mundo empírico. KARL POPPER³⁰ esclarece a teoria tarskiana com o singelo exemplo de que o enunciado ou afirmação “*a neve é branca*” corresponderá aos fatos *se e somente se* a neve for efetivamente branca.

Ocorre que, para que seja possível falar-se em correspondência dos enunciados aos fatos, a teoria tarskiana demonstra que deve ser usada uma metalinguagem onde se possa falar de duas coisas distintas: (i) os enunciados e (ii) os fatos aos quais eles se referem. Assim, no exemplo “*‘A neve é branca’ é verdade.*”, a frase integral destacada é o enunciado, enquanto o fato ao qual este se refere é o fato de a neve ser branca.

Este tipo de metalinguagem onde se pode falar acerca dos enunciados e também dos próprios fatos aos quais eles se referem é chamada por Tarski metalinguagem semântica. Por sua vez, a metalinguagem em que se pode apenas falar de uma linguagem-objeto, mas não dos fatos aos quais ela se refere, é a metalinguagem sintática. Esta segunda, como se pode observar, não será suficiente à verificação da correspondência dos enunciados à realidade empírica e, portanto, não será útil caso se pretenda falar em verdade.³¹

A teoria de correspondência semântica de Tarski é metodologicamente correta e dotada de grande generalidade, já que estabelece um conceito de verdade enquanto deixa em aberto o problema dos métodos para sua determinação. Deste modo, há diversas outras teorizações concebidas, ao seu redor, e muitas vezes divergentes entre si, não para definição do conceito de verdade, mas para o estabelecimento dos critérios possíveis à sua definição, úteis em função do contexto em que se a coloque.³²

No caso do contexto representado pelo processo, a teoria da verdade como correspondência encontra boas razões de acolhida inclusive porque esta ideia de verdade requer que se leve em conta o pressuposto de que a administração da justiça refere-se a fatos do mundo real, e não a fatos imaginários, o que introduz a exigência de que se questione sobre a possibilidade de uma correspondência entre a determinação judicial dos fatos e os eventos

³⁰ POPPER, Karl Raimund. Verdade e aproximação da verdade. In: **Textos escolhidos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, pp. 180-181.

³¹ *Ibidem*, pp.180-181.

³² TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, pp. 169-170.

do mundo real aos quais a decisão se refere. Para Michele Taruffo, é difícil sustentar de modo sensato que nas narrações e nos diálogos que se produzem no processo, e que de certo modo o constituem, interessam as estruturas do discurso e sua coerência interna, mas não interessa se as narrações dos fatos correspondem ou não à realidade.³³

Estabelecida a verdade como a correspondência dos enunciados aos fatos empíricos, resta qualificá-la e definir se e em que medida ela pode ser obtida.

A orientação adotada quanto à possibilidade de alcance da verdade dos fatos varia, como se viu, conforme o conceito de verdade considerado. Para as teorias que abordam a questão do ponto de vista da chamada verdade real, esta costuma ser tratada unicamente como um absoluto, e então não será alcançável em nenhum aspecto, seja dentro ou fora do processo.

Nesse sentido, Sérgio Cruz Arenhardt, enquanto reconhece a verdade material ou substancial como escopo básico da atividade jurisdicional e fator de legitimação para o direito processual, considera que “a idéia de se atingir, através do processo, a *verdade real* sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia”,³⁴ tendo em vista que a essência da verdade é intangível. E continua:

O conceito de verdade, por ser algo absoluto, somente pode ser atingido quando se tenha por certo de que certa coisa passou-se de tal forma, excluindo-se, de pronto, qualquer outra possibilidade. E, como é óbvio, esta possibilidade extrapola os limites humanos.³⁵

Destarte, quanto à verdade em sua concepção absolutista, o referido autor conclui pela impossibilidade de atingi-la a respeito de determinado evento histórico. “Pode-se ter uma elevada probabilidade sobre como o mesmo se passou, mas nunca a certeza da obtenção de verdade”,³⁶ devendo este conceito, portanto, ser excluído do campo de alcance da atividade jurisdicional.³⁷

Contudo, conforme esclarece Taruffo, a distinção realizada entre os conceitos de verdade absoluta (a “Verdade”, com letra maiúscula) e verdade relativa, embora

³³ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p. 170-172.

³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: <http://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL> Acesso em: 08 nov. 2013, p. 11. Destaque nosso.

³⁵ *Ibidem*, p. 15.

³⁶ *Ibidem*, p. 16.

³⁷ *Ibidem*, p. 20.

compreensível e incorporada pela doutrina, não se mostra tão útil quanto a princípio pode parecer, e tampouco teria o poder de esvaziar o processo e, mais especificamente, a cognição, de suas funções. Isso porque esta Verdade não pertence ao mundo das coisas humanas, e, assim, tampouco pertence ao âmbito da justiça e do processo. No entanto, em vez de servir de base para um ceticismo ou desilusão com relação à verdade, esse reconhecimento da inutilidade da concepção absolutista, no campo da justiça, permite uma melhor conceituação da verdade possível e, mais, da verdade que interessa ao processo.³⁸

Cabe elucidar que esta relatividade se refere ao conhecimento da verdade que se pode obter. Conforme leciona Taruffo, a *verdade de um enunciado* é ou não absoluta, mas o *conhecimento da verdade de um enunciado*, porque fundados nas razões pelas quais é provável que tal conhecimento seja verdadeiro, é relativo:

Em outros termos: a verdade de um enunciado é univocamente determinada pela realidade do evento que esse representa, e, portanto, é “*absoluta*” (no sentido de que não admite graus). O enunciado é verdadeiro ou não: não pode ser “*mais ou menos*” verdadeiro. O que pode variar, dependendo das circunstâncias, é o grau de confirmação que pode ser atribuído a esse enunciado, com base nos conhecimentos disponíveis: portanto, pode-se dizer que, em contextos determinados e de acordo com as circunstâncias, pode existir uma maior ou menor aproximação à verdade.³⁹

Em qualquer espécie de procedimento cognoscitivo (e não, portanto, adstrito ao âmbito jurídico), a verdade absoluta pode assumir o papel, exatamente, de um absoluto, ou seja, de um valor-limite teórico e ideal, ao qual os conhecimentos concretos tendem a aproximar-se, e apenas isso.⁴⁰

Considerando então que a verdade possível é a relativa, é preciso restar assente que tal relatividade não se refere a uma contingência da verdade às opções individuais dos sujeitos que se ocupam de conhecê-la – o que levaria a um relativismo radical inaceitável – mas sim a uma relação da verdade obtida com o contexto em que ela surge, o método no qual se desenvolve sua busca e a quantidade e qualidade de informações de que se dispõe para conhecê-la.⁴¹

³⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade** – O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid : Marcial Pons, 2012, pp 105-106.

³⁹ *Ibidem*, p. 105.

⁴⁰ *Idem*, **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p.180.

⁴¹ *Idem*, **Uma simples verdade**, p. 105.

A verdade, seja dentro ou fora do processo, é relativa ao menos em dois aspectos: no primeiro, porque sempre há limites aos instrumentos cognitivos passíveis de emprego para sua determinação; no segundo, porque a verdade será determinada, em cada contexto, em função de diferentes “marcos de referência” por meio do quais se construirão as versões da fatos, e situada dentro de um “vocabulário” específico, que abrange a linguagem e a cultura adotadas para a formulação dos problemas e determinação de suas soluções.⁴²

A respeito do primeiro aspecto de relativização da verdade, referente aos limites cognitivos existentes em qualquer situação de determinação dos fatos, cabe ressaltar que ele não significa que as verdades, por serem relativas, possuiriam todas o mesmo valor. Pelo contrário, elas são distintas porque, nas variadas situações, também são distintas entre si as condições dos meios cognitivos disponíveis e, portanto, as limitações impostas ao conhecimento, de modo que há variações de grau, em função da maior ou menor disponibilidade de meios de conhecimento.⁴³

No que tange ao segundo aspecto mencionado, pode-se observar que a relativização se dá em função do contexto em que inserida a determinação da verdade, tendo em vista que qualquer determinação de verdade, seja do ponto de vista normativo ou não, será afetada pelos variados contextos (e aí se inserem os distintos vocabulários culturais nos quais variam a linguagem, os conceitos e as implicações ideológicas), em que se situar.⁴⁴ Deste modo, cabe observar que o contexto do processo e das normas que o regulam influenciará como um marco de referência para a “versão da verdade” à qual se chegará.

Conjugada com sua relatividade, e inclusive para melhor compreendê-la, faz-se necessário o reconhecimento de que a verdade é objetiva, porque existente fora do sujeito que a investiga.⁴⁵ No processo, o conhecimento da verdade não decorre das preferências subjetivas e individuais do juiz, mas sim baseia-se em razões objetivas que justificam seu convencimento. Além disso, ela deriva dos dados cognoscitivos resultantes das provas.⁴⁶

⁴² TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, pp. 74-76, *passim*.

⁴³ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 95-96.

⁴⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade** – O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid : Marcial Pons, 2012, pp 102-106.

Todos esses são dados externos ao sujeito, não conformáveis por ele de acordo com suas preferências e idiossincrasias.

Nesse sentido, a objetividade da verdade e sua relatividade quanto ao conhecimento, bem como a assunção da verdade absoluta como um valor-limite teórico de perfeita correspondência à verdade empírica, são qualificações úteis e que permitem que a determinação da verdade dos fatos no processo seja racionalmente controlável, isto é, esteja balizada pela existência de algo exterior ao sujeito que a declara. Deste modo, há um limite e um critério externo ao próprio processo, que permite averiguar se determinado sistema processual é ou não eficiente para realizar verificações aceitáveis quanto à verdade dos fatos, pois se torna possível utilizar de critérios racionais para comparar e obter a melhor verdade relativa, que será a maior aproximação da determinação dos fatos à realidade.⁴⁷

2.2.2 A possibilidade prática da verdade no âmbito do processo civil

Já se falou, no ponto anterior, sobre a possibilidade da verdade em âmbito geral e, particularmente, no âmbito do processo. Ainda assim, é razoável, antes de se concluir este primeiro capítulo, tratar de uma questão que merece ser explicitada pela confusão por vezes provocada na doutrina, mas que já tem perdido sua força, e que pode se traduzir em uma negação da possibilidade de alcance da verdade no processo, ou, no mínimo, em uma distinção imprópria entre a verdade obtida com o processo e a que se pode alcançar fora dele.

Durante certo tempo utilizou-se a distinção entre a verdade formal e a verdade real ou substancial, no sentido de se afirmar que a verdade formal, ao contrário da substancial, seria aquela refletida no processo civil, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial prolatada.

⁴⁷ Karl Popper também desenvolve sua teoria sobre a verdade a partir da concepção correspondentista de Tarski e, ao direcionar sua análise racionalista especialmente sobre as ciências empíricas, ressalta a noção de que o papel da verdade no seu sentido objetivo, como princípio regulador, pode ser comparado ao cume de uma montanha que esteja sempre envolto em nuvens e seja buscado por um alpinista. Nessa condição, além da possível dificuldade de alcançar o cume, o alpinista pode não saber por certo se o lugar ao qual chegou é o local mais alto da montanha, já que não pode enxergá-lo, e se, portanto, atingiu seu objetivo. Ser-lhe-á mais fácil reconhecer que não o alcançou – por exemplo, encontrando uma barreira mais alta que o obrigue a fazer um desvio –, mas dificilmente poderá o alpinista afirmar com segurança que chegou ao cume. Entretanto, ao assumir que não tem certeza de que atingiu seu objetivo, o alpinista reconhece implicitamente sua existência como um norte.

Esta distinção, que não apresenta utilidade prática, já tem perdido prestígio na doutrina processual civil, pois a ideia de verdade formal é absolutamente inconsistente.⁴⁸

Na antiga visão do processo civil enquanto disputa de provas e argumentações entre as partes, à qual o juiz possuía primordialmente o papel de espectador, não havia a consciência de uma preocupação com a pesquisa da verdade dos fatos propriamente dita, mas apenas com o estabelecimento de uma verdade puramente formal, derivada das regras processuais, e sem comprometimento com os fatos ocorridos na realidade, o que produzia injustiças no julgamento da lide.⁴⁹

Inserida nesta distinção há a ideia de que no processo se produz uma verdade especial (verdade “formal”, “processual” ou “judicial”) em relação à verdade que é obtida fora do processo (verdade “material”, “histórica”, “empírica” ou “real”, dependendo da teoria que se assuma), referida ao mundo dos fenômenos reais e a outros campos de conhecimento que não o processo.⁵⁰ Sustenta-se que o processo não é capaz de atingir o mesmo tipo de verdade de outras áreas do conhecimento dos fatos ocorridos por uma impossibilidade prática.

Considera-se que, independentemente do que se diga acerca da possibilidade de um conhecimento da verdade em geral, a determinação da verdade dos fatos relevantes à lide não estará dentre as perspectivas do processo judicial por encontrar barreiras à sua concretização, que poderão ter naturezas diversas.⁵¹ As limitações impostas ao conhecimento do juiz, como o fato de que ele não dispõe, no processo, dos instrumentos e do tempo e da liberdade de investigação de que dispõem um historiador, por exemplo, ou as limitações legais aos meios judiciais de conhecimento, bem como as normas jurídicas que controlam critérios de “verdade formal” ou de preclusão da coisa julgada – todos estes seriam aspectos limitadores da atividade cognitiva e terminariam por impedir, na prática do processo, a obtenção da verdade sobre os fatos.⁵²

Entretanto, tal impossibilidade somente será constatável se considerar-se como um conceito válido de verdade tão somente aquele que a toma como algo absoluto. De fato, no

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 34-35.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual: RDDP, São Paulo, n.80, p. 71-85, nov. 2009, p. 75.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p. 24.

⁵¹ *Ibidem*, p. 45.

⁵² *Ibidem*, pp. 70-71.

processo não se poderá alcançar a verdade absoluta dos fatos, mas tal constatação chega a ser banal,⁵³ já que não é apenas no âmbito processual que apenas terá sentido falar em verdades relativas, e não absolutas, mas sim em qualquer âmbito no qual se trate da verdade empírica de asserções relativas a acontecimentos materiais.⁵⁴ Em outras palavras, este é um problema ínsito ao conhecimento em geral, e não apenas ao conhecimento que se dá no processo. Como já afirmado, a verdade tem viés relativo tanto dentro quanto fora do processo.

Inclusive, não seria possível relacionar a verdade real à absoluta e a verdade processual à relativa, justamente porque não há qualquer sentido em considerar apenas a verdade obtida no processo como relativa. Como referem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a assunção do conceito de verdade formal (especialmente em oposição à verdade substancial) implicaria o reconhecimento de que a decisão judicial não é calcada na verdade, mas em uma não-verdade, numa suposição de que “exista uma verdade mais perfeita (a verdade substancial) mas que, para a decisão no processo civil, deve o juiz contentar-se com aquela imperfeita e, portanto, não condizente com a verdade”.⁵⁵ Assim, para Humberto Theodoro Junior, “embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental”,⁵⁶ de modo que o processo deve ao menos tender sua busca à verdade material.

Já entendia Piero Calamandrei que os qualificativos “formal” e “real” produzem uma distinção artificial acerca de uma mesma intenção de alcançar a verdade, sendo o formalismo processual apenas um instrumento de eliminação do erro mediante o uso de métodos reconhecidos tradicionalmente. Assim, o trabalho do jurista se distinguiria do trabalho do historiador por uma questão de método, mas não de objetivo.⁵⁷

Michele Taruffo ressalta, nesse aspecto, que a questão da regulação legal da eficácia das provas não é o mesmo que o problema da verdade na determinação dos fatos: dependendo

⁵³ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p. 71.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 74.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n.80, nov. 2009, p. 75.

⁵⁷ CALAMANDREI, Piero. El juez y El historiador. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, p. 115, *apud* FLACH, Daisson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática** (Coleção temas atuais de direito processual civil ; v. 15 / coordenação Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

da regulação legal das provas processuais que se analisar em determinado ordenamento, produzir-se-ão efeitos muito distintos com relação à possibilidade de obtenção da verdade, sendo por demais perigoso fazer generalizações quanto a este assunto.⁵⁸ Deste modo, dependendo da regulação probatória examinada, esta pode se mostrar quase a antítese da verdade da determinação dos fatos, já que procura tipicamente que os fatos sejam julgados com base em parâmetros distintos daqueles afeito à aproximação à realidade. “A ‘verdade legal’, por assim dizer, é ‘legal’, porém não é ‘verdade’”,⁵⁹ nem relativa, nem absoluta, pois sua incontestabilidade se deve a razões apenas jurídicas, não epistemológicas. Até por este motivo, as normas legais que regulam a apreciação das provas no processo possuem caráter residual nos ordenamentos modernos, e cuja importância tende a diminuir, ainda que não desaparecer.⁶⁰

Por outro lado, como já ponderado, a regulação jurídica das provas não necessariamente excluirá a possibilidade de que o processo chegue a estabelecer uma verdade sobre os fatos que seja controlável de acordo com critérios lógicos e epistemológicos. Assim como poderá haver ordenamentos que estabeleçam uma regulação probatória tendente a vincular o julgamento a uma “verdade jurídica” ou formal, distante da “verdade empírica” dos fatos, nem todas as regras relativas à prova serão deste tipo, podendo ser adotadas também aquelas tendentes a favorecer uma determinação da verdade histórica dos fatos, prevenindo o procedimento da ocorrência de erros e procurando maximizar a obtenção da verdade “material” dos fatos.

Não obstante, a contextualidade da verdade impõe que, do mesmo modo que existem diversos vocabulários e marcos de referência fora do processo, haja essa mesma variabilidade entre os diversos ordenamentos processuais. Os diferentes modelos de processo distinguem-se, entre outros, por possuírem estruturas normativas e vocabulários culturais diversos. Assim, variam as linguagens, conceitos, implicações ideológicas entre os próprios modelos processuais de averiguação dos fatos, sendo inconsistente falar em uma “verdade processual” unificada e, ao mesmo tempo, distinta dos demais tipos de verdades “não-processuais”, como que pertencentes a um conceito completamente autônomo. Destarte, além de haver fortes diferenças entre os distintos ordenamentos quanto à amplitude e natureza da regulação jurídica probatória, a generalização de que o processo possui uma verdade distinta da verdade

⁵⁸ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p. 73.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 183.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 72.

que se pode alcançar fora dele é errônea porque desconsidera que não há efetivamente um ponto de distinção apriorístico entre o que se alcança dentro ou fora do processo.⁶¹

A verdade, no processo, não constitui um fim em si mesmo, mas sim condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado⁶². Assim, como já visto, é um fator de legitimação da atividade judicial, enquanto critério necessário e insuperável de justiça das decisões resultantes do processo⁶³.

Deste modo, e pelos motivos expostos, há boas razões para se adotar uma atitude de otimismo racionalista como critério de análise do problema da verdade dos fatos no processo, especialmente porque a determinação verdadeira dos fatos envolvidos na causa deve estar situada entre os objetivos institucionais do processo, sem a qual é quase impossível explicar racionalmente a justiça da decisão.⁶⁴

⁶¹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, pp. 71-77.

⁶² MICHELI, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. “A prova”. In: **Revista de Processo**, nº 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1979, p. 168, *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em <http://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL> Acesso em: 11 nov. 2013, p. 3.

⁶³ Em sentido semelhante, Humberto Theodoro Junior assevera que “a justiça da prestação jurisdicional se vincula ao compromisso do processo com a verdade real”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual: RDDP*, São Paulo, n.80, p. 71-85, nov. 2009, p. 75.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**, p. 168.

3 PROCESSO JUSTO E TUTELA ADEQUADA

3. 1 O PROCESSO JUSTO: ELEMENTOS PARA SUA PROMOÇÃO

Se é possível incluir a determinação da verdade dos fatos relativos ao processo dentre os critérios de justiça das decisões judiciais, conforme abordado no capítulo anterior, o mesmo se pode dizer a respeito da aplicação de um procedimento justo em si. A fiel observância do direito ao processo justo é, também, condição indispensável, mas não suficiente, para a produção de decisões justas.⁶⁵

O critério de correção ou justiça do processo é relativo aos modelos processuais considerados apropriados em determinada cultura jurídica e momento histórico. Considerando isso, pode-se imaginar como possível a caracterização de um modelo de processo ideal, desde que relativo a determinada época e cultura, para servir de ponto de referência ótimo para a determinação da correção dos processos concretamente existentes, conforme sua distância ou aproximação a esse modelo ideal.⁶⁶ Igualmente à verificação dos fatos no processo, é necessário o alcance de um grau mínimo razoável de justiça no processo conduzido para a consecução de uma justa decisão e tutela processual dos direitos perseguidos pela partes.

No ordenamento brasileiro, o Estado Democrático de Direito promove constitucionalmente a garantia ao processo justo, ao assegurar como direito fundamental o “devido processo legal”, no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Ele se concretiza por meios vários e sua efetivação requer a sensibilidade não apenas do legislador, mas também do julgador, para dar efetividade aos direitos cuja tutela é buscada perante o Poder Judiciário. De fato, não existe direito se não existe a possibilidade de sua fruição concreta e plena.⁶⁷ Assim, para que seja possível a concretização dos direitos atribuídos pela ordem jurídica, a todos é reconhecido o direito à tutela jurisdicional, que é realizada por meio do processo. Nesse sentido, Cleber Lúcio de Almeida destaca o papel da tutela processual dos direitos:

Destarte, a jurisdição e o processo constituem instrumentos destinados à condução do direito da positividade abstrata (atribuição do direito pelo ordenamento jurídico:

⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p.28, posicionam-se no mesmo sentido de Michele Taruffo, conforme exposto no capítulo anterior.

⁶⁶ TARUFFO, Michele. Ideas para una teoría de la decisión justa. In: **Proceso y decisión: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal**. Madrid : Marcial Pons, 2012, p. 240.

⁶⁷ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Anotações sobre a Efetividade da Jurisdição e do Processo. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 919, Mai/2012, p. 1.

tutela jurídica do direito) à positividade concreta, no caso de não cumprimento espontâneo (tutela jurisdicional do direito).⁶⁸

No marco do formalismo-valorativo, o processo deve oferecer, dentro das possibilidades disponíveis, um resultado materialmente justo e passível de controle racional, em parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.⁶⁹

3.1.1 A garantia constitucional ao processo justo e sua aplicação

Conforme leciona Humberto Theodoro Junior, as concepções modernas sobre o Estado Democrático de Direito⁷⁰ determinaram uma intimidade entre a Constituição Federal e o processo que ultrapassa a simples existência de um ramo processual dentro do ordenamento supremo da República, pois a função jurisdicional já não é entendida apenas como a de fazer cumprir as regras e princípios constitucionais de natureza procedimental, mas sim a de tutelar a própria Constituição em sua totalidade. Por esta razão, “todos os direitos fundamentais, e não apenas aqueles relacionados diretamente com o processo, têm sua guarda efetiva conferida aos órgãos jurisdicionais, tarefas cujo desempenho há de se ver, invariavelmente, cumprido dentro da técnica do direito processual”⁷¹.

E é porque o processo moderno, sob as configurações constitucionais, é concebido sobretudo como “remédio de *justiça*, entendida esta como a convivência social desenvolvida na mais ampla observância dos princípios e garantias ditados pela Constituição”⁷², que atualmente, mais do que a garantia de “devido processo legal” inserta no texto constitucional, torna-se preferível afirmar que o Estado Democrático de Direito garante o *processo justo, ou ainda o devido processo constitucional*, a reger todo e qualquer procedimento sob o prisma da

⁶⁸ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Anotações sobre a Efetividade da Jurisdição e do Processo. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 919, Mai/2012, pp. 1-2.

⁶⁹ FLACH, Daisson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática** (Coleção temas atuais de direito processual civil ; v. 15 / coordenação Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

⁷⁰ Acerca do termo adotado por Humberto Theodoro Junior, cabe registrar a distinção informada por Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero no sentido de que sob rótulo de Estado Constitucional encontram-se incluídos determinados modelos de Estados que, de modo geral, podem ser classificados sob os termos Estado Constitucional Liberal (ou Estado Liberal de Direito), Estado Constitucional Social (ou Estado Social de Direito) e Estado Democrático de Direito, que pode assumir feições sociais e ambientais, ou ainda ser designado como em Estado Socioambiental e Democrático de Direito. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 51.

⁷¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo Constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 721.

⁷² *Ibidem*, p. 721. Grifo do autor.

Constituição. Conforme ressaltam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a própria ideia de direito processual constitucional não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas sim de uma colocação científica, a partir de um ponto de vista metodológico e sistemático, abrangendo a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, bem como a jurisdição constitucional.⁷³

Esta correta noção do processo do ponto de vista constitucional vai ao encontro da constatação de que o processo não é mero instrumento técnico, mas sobretudo ético, profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos, e que a Constituição, enquanto “resultado do equilíbrio de forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico”⁷⁴, é o instrumento jurídico pelo qual o processo e seus princípios poderão ser entendidos de modo integral.

A garantia constitucional de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal se trata, conforme ressaltam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, de uma norma que concomitantemente principia e enfeixa a disciplina do processo jurisdicional brasileiro, não apenas no âmbito do processo civil, mas também trabalhista, penal, e em alguns casos no âmbito privado.⁷⁵

Como constitui um princípio⁷⁶, o direito ao processo justo não indica diretamente os comportamentos que se deverão adotar para a promoção gradual do ideal de protetividade nele insito, mas exige a realização de um estado ideal de protetividade aos direitos, sendo multifuncional.⁷⁷ Assim, determina a criação dos elementos necessários à promoção de tal ideal (ou seja, possui uma função integrativa), a interpretação das normas que já preveem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa), o

⁷³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª ed rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 85.

⁷⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27.

⁷⁶ Como afirma Araken de Assis, “a função da descoberta de princípios consiste em iluminar os valores do sistema processual”, de modo que os valores predominantes decorrem de um consenso, “inferido das normas e formas sociais, o qual elabora uma ordem positiva e relativa, jungida à realidade histórica de determinada época” e que proporcionará princípios jurídicos capazes de orientar o legislador e o juiz. A referida função de destacamento de princípios não considera tão somente as referências jurídicas e “internas” ao ordenamento, mas também aquelas externas, como os fundamentos ideológicos e doutrinários. ASSIS, Araken de. **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 60-61.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 622.

bloqueio à eficácia de normas contrárias ou incompatíveis com a promoção do ideal (função bloqueadora) e a otimização do alcance do ideal de protetividade dos direitos no Estado Constitucional (função otimizadora).⁷⁸

Cabe destacar, conforme demonstra Humberto Ávila em lição já incorporada pela doutrina, que os princípios “descrevem um estado de coisas a ser buscado, sem, no entanto, definir previamente o meio cuja adoção produzirá efeitos que contribuirão para promovê-lo”⁷⁹. E é justamente porque apenas apontam para as finalidades a serem buscadas, deixando aberta a escolha dos meios para sua promoção, que os princípios normatizam somente uma parte da controvérsia, necessitando da complementação de outros princípios para sua aplicação.⁸⁰

O princípio do processo justo tem como destinatário o próprio Estado Constitucional, obrigado a adotar condutas concretizadoras do ideal de protetividade inserto na Constituição Federal, tanto na figura do Poder Legislativo, que tem a tarefa de concretizá-lo mediante a promulgação de normas processuais, quanto nas figuras dos Poderes Judiciário e Executivo, na organização judiciária, na administração da justiça e na interpretação das normas em conformidade com a garantia fundamental.⁸¹ Como anota Sérgio Luís Wetzel de Mattos:

Os subprincípios do devido processo legal, sem prejuízo de sua eficácia direta, são em maior ou menor medida concretizados por outras normas do sistema jurídico, em especial regras situadas em nível infraconstitucional, as quais, como "normas imediatamente descritivas", preveem os comportamentos necessários à realização do estado ideal de coisas para o qual o princípio do processo justo está voltado - acesso efetivo à Justiça ou proteção jurídica efetiva.⁸²

A garantia ao processo justo abrange outras garantias mais específicas como seus desdobramentos, inclusive de forma explícita, conforme já aponta textualmente a Constituição Federal. Entre as referidas garantias, podem ser apontadas, sem pretensão de completude, a dúplice garantia do juiz natural, abrangendo a dimensão do juiz competente (art. 5º, incs. XXXVII e LIII), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inc. LV), a publicidade dos atos processuais (art. 5º, inc. LX) e o dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX).

⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “Devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 50-59, *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27.

⁷⁹ Idem. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p 101

⁸⁰ *Ibidem*, loc. cit.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 617-622, *passim*.

⁸² MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisitado. **Revista de Processo**, vol. 120, Fev/2005, p. 7.

O direito ao processo justo compreende, assim, entre outros, o direito ao contraditório e à participação efetiva de ambas as partes para alegar, provar e discutir a prova no processo, e assim influir sobre o desenvolvimento e o resultado do processo.⁸³

Igualmente, assegura o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, para a qual o processo poderá ser conformado, considerando-se a autonomia e a atipicidade da ação. A respeito deste, Cleber Lúcio de Almeida observa que, assim como o reconhecimento da titularidade de direitos não assegura, por si, o seu gozo efetivo, não basta ao titular do direito material a existência do direito à jurisdição e ao processo. “A jurisdição e o processo, como instrumentos destinados à concretização dos direitos não respeitados espontaneamente, devem ser efetivos. Daí o direito à efetividade da jurisdição e do processo.”⁸⁴

3.1.2 A efetividade como elemento do processo justo: o direito fundamental à tutela adequada e efetiva

Afirmar o direito ao processo justo como um princípio assegurado constitucionalmente não apenas ao indivíduo, mas à sociedade como um todo, implica o reconhecimento da necessidade da conformação do processo, enquanto instrumento de prestação da tutela jurisdicional, ao direito tutelado em si. Isso porque o sujeito de direito só pode ser efetivamente considerado titular de um direito quando possui uma posição juridicamente protegida, ou seja, quando o direito declarado pela norma atributiva dispõe de uma forma de tutela que seja adequada à sua proteção.⁸⁵ Isso não significa que a ação adequada dependa da efetiva existência do direito material, pois mesmo a parte que não é titular do direito material postulado perante o Poder Judiciário tem direito à ação adequada à tutela do direito.⁸⁶

Assim, há o dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional idônea aos direitos.⁸⁷ É nesse sentido que o princípio expressado por Chiovenda de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 272.

⁸⁴ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Anotações sobre a Efetividade da Jurisdição e do Processo. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 919, Mai/2012, p.4.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 25-26.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 628.

tenha direito de conseguir”,⁸⁸ e que pode ser considerado a síntese do direito à tutela processual efetiva, deve ser tomado em consideração para que a tutela jurisdicional se adeque ao direito material colocado em juízo, a fim de que promova, no plano da proteção estatal, nada mais e, principalmente, nada menos do que a parte teria direito caso não fosse necessária a intervenção judicial no conflito jurídico.

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco referem que a garantia constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV) demonstra clara e inequivocamente a consagração da tutela judicial efetiva pelo Estado, não apenas no que tange à lesão já ocorrida, mas inclusive quanto à lesão potencial ou à ameaça ao direito, o que abrange as medidas antecipatórias de proteção aos direitos subjetivos, que serão abordadas adiante.⁸⁹

A efetividade da tutela jurisdicional diz respeito à necessidade de que o resultado da demanda espelhe ao máximo direito material, implicando uma obrigação de que se encare o processo a partir do direito material a fim de saber qual a situação jurídica substancial que se pretende proteger judicialmente.⁹⁰

Já a adequação da tutela do direito é necessária para que o processo seja capaz de promover a realização do direito material. Em outras palavras, o meio deve ser idôneo à realização do fim pretendido. A adequação da tutela igualmente revela a necessidade de que o direito material seja considerado, em sua especificidade, para que a partir dele se estruture um processo dotado de *técnicas processuais aderentes* à situação levada a juízo.

Além das já referidas garantias, a efetividade da tutela jurisdicional é correlata à sua tempestividade, pois pressupõe o direito à duração razoável do processo, direito introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 no artigo 5º, inc. LXXVIII. São, de fato, proteções indissociáveis:⁹¹

“A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a

⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 1, Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 46.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 539-540, *passim*.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 637.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira, et al., **Curso de direito Constitucional**, pp. 545-546.

proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.”⁹²

O reconhecimento do direito subjetivo a um processo de duração razoável impõe ao Poder Público a adoção de medidas aptas à realização desse objetivo, com a possibilidade de implementação de políticas de prestação jurisdicional, e envolve temas e pretensões variados, como a modernização e simplificação do sistema processual, a criação de órgãos judiciais em número adequado, a própria modernização da prestação jurisdicional e a efetividade do acesso à justiça.⁹³

Nesse sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca que o valor da efetividade, em consideração ao caráter público do processo, ganha crescente destaque nas preocupações da doutrina, com vista às reais necessidades da sociedade atual, bem como se espraia horizontalmente, alargando o objeto da tutela jurisdicional, e “colabora ao mesmo tempo para a criação de novos meios jurisdicionais, mais eficientes, eficazes e congruentes com o resguardo da pretensão aforadas”.⁹⁴

Cuida-se de corrente sociocultural mais bem afinada para a realização efetiva dos direitos, e assim superiormente preocupada com mais acurada tutela da liberdade e dos direitos constitucionalmente relevantes, notadamente os sociais, com destaque à defesa daqueles de natureza difusa ou coletiva.⁹⁵

De modo semelhante, a respeito do atual realidade de aumento das situações conflituosas tuteláveis pelo Direito, e a exacerbada necessidade de segurança, Kazuo Watanabe refere:

O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.⁹⁶

Entre as técnicas processuais adequadas que funcionam como corolários do direito de ação encontram-se os procedimentos dirigidos a permitir a universalização do acesso à jurisdição, especialmente pela população economicamente desfavorecida, como as Leis dos

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 545.

⁹³ *Ibidem*, p. 546.

⁹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 70.

⁹⁵ *Ibidem*, loc. cit.

⁹⁶ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 143.

Juizados Especiais – Leis 9.099/95 e 10.259/2001. Igualmente, aí se encontram os procedimentos voltados à tutela de situações específicas de direito material, como as ações possessórias, e de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.⁹⁷ Merecem destaque, nesse contexto, como técnicas de diferenciação da tutela as sentenças, os meios de execução e as técnicas de antecipação da tutela.

Ressalta-se que a instrumentalidade do processo não é mais passível de confusão com sua neutralidade em relação o direito material, como já ocorreu anteriormente. Destarte, o ideal de uma espécie única de procedimento apto para tutelar adequadamente toda e qualquer situação de direito material, complementado por uns poucos procedimentos especiais dirigidos a direitos específicos e privilegiados não se mostra de fato efetivo a todo tipo de direito.⁹⁸ Nesse contexto, faz-se necessário o manejo de diferenciações na tutela jurisdicional, aptas a conferir ao processo civil a plasticidade de que ele necessita para tutelar adequada, tempestiva e efetivamente os direitos materiais.

Conforme já referido, a adequação da tutela pode se dar, entre outros, por meio da previsão de tipos especiais com níveis de cognição adequados e com provimentos adequados, dotados de técnicas processuais conformes às necessidades do caso.⁹⁹ O direito ao processo justo compreende também o direito à cognição adequada à natureza da controvérsia.¹⁰⁰

Resta então caracterizada a importância do procedimento estabelecido legalmente, a ser conformado pelo julgador ao caso concreto, dentro dos limites permitidos pelo ordenamento, para a efetividade, adequação e tempestividade da tutela jurisdicional. É ele, “como um iter a ser seguido para se atingir uma meta”, que preverá “os atos, suas formas, os prazos, as posições subjetivas ativas e passivas, a dimensão temporal, e tudo o mais que a relação jurídica processual, vale dizer, o processo, deverá ter em sua manifestação em concreto.”¹⁰¹

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 276.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 28-29.

⁹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29.

¹⁰⁰ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 124.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 122-123.

3. 2 O DIREITO À TÉCNICA ANTECIPATÓRIA COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO À TUTELA ADEQUADA E EFETIVA

O direito à antecipação da tutela jurisdicional está compreendido no direito fundamental à tutela adequada e efetiva, sendo a atual redação do artigo 273 do Código de Processo Civil uma das formas de resposta do legislador infraconstitucional ao dever de estruturar um processo civil capaz de outorgar a tutela adequada e efetiva aos direitos.¹⁰²

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1o Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2o Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.

§ 4o A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5o Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7o Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.¹⁰³

A concretização normativa do direito à antecipação de tutela atípica se deu a partir de sua inclusão no Código de Processo Civil pela Lei n. 8.952/1994 e passou por modificações posteriores por meio da Lei n. 10.444/2002, que conferiu a atual redação ao parágrafo 3º e incluiu os parágrafos 6º e 7º.

A técnica de antecipação da tutela no processo de conhecimento é tida por respeitada doutrina como a mais importante alteração instituída pelas reformas efetivadas no Código de

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 268.

¹⁰³ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>.

Processo Civil.¹⁰⁴ Como relembram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁰⁵, com a instituição da antecipação de tutela no direito brasileiro de forma ampla, não há mais qualquer razão para falar-se em “cautelares satisfativas”, denominação que já era imprópria, por constituir uma contradição em termos, já que os provimentos cautelares, por sua natureza primeira, não satisfazem. Do mesmo modo, no sentido inverso, se a medida é satisfativa, é porque, *ipso facto*, não é cautelar.

Embora a distinção entre os institutos atualmente já tenha sido incorporada pela maior parte da doutrina e pelo ordenamento brasileiro¹⁰⁶, a técnica de antecipação de tutela teve sua construção normativa, jurisprudencial e doutrinária ligada historicamente à figura da tutela cautelar, e remonta à conceituação desta última ainda como antecipação da execução forçada, bem como à ideia da ação conservativa sistematizada por Giuseppe Chiovenda.¹⁰⁷

À parte toda a evolução histórica que permitiu à tutela antecipada ser visualizada como uma técnica, e cujo percurso é descrito crítica e pormenorizadamente por dedicada doutrina¹⁰⁸, é necessário abordá-la de modo a obter uma correta compreensão de seus objetivos e funcionalidades no processo e, principalmente, a sua função enquanto meio de adequação e efetividade da tutela jurisdicional do direito, para a promoção do ideal de justiça do processo garantida no Estado Constitucional.

¹⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Vol. 2. 47ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 388.

¹⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: revista dos Tribunais, 2012, p. 629.

¹⁰⁶ A esse respeito, Humberto Theodoro Junior ressalta que a distinção teórica entre as “medidas cautelares” e as “medidas antecipatórias”, atualmente já bem assentadas em dois campos diversos na doutrina brasileira, “foi tarefa ambiciosa que apenas o direito brasileiro intentou levar adiante”, estando o tema abarcado pelo direito europeu de modo diverso – lá, o que se fez foi basicamente alargar o conteúdo do poder geral de cautela. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso...**, p. 391.

¹⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 17-18.

¹⁰⁸ A respeito da evolução histórica da tutela cautelar e da antecipação de tutela, na doutrina brasileira, o presente trabalho possui como referências teóricas as obras de SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo Civil, Vol. 3 – Processo cautelar (tutela de urgência)**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 e _____. Tendências em Matéria de Tutela Sumária: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. In: **Revista de Processo**, vol. 197, p. 27-66. Jul/2011.

3.2.1 Perfil básico da técnica antecipatória da tutela

A antecipação de tutela pode ser conceituada, resumidamente, como a “técnica direcionada a antecipar de forma provisória mediante cognição sumária a tutela jurisdicional do direito à parte visando à distribuição isonômica do ônus do tempo no processo”.¹⁰⁹

A antecipação da tutela, assim como os procedimentos, as sentenças e os meios de execução utilizados no processo civil, é técnica para a prestação da adequada tutela aos direitos, e não a tutela em si.¹¹⁰ Tutela e técnica estão em planos distintos: a tutela, que pode ser satisfativa ou cautelar, é o resultado perseguido, um bem jurídico buscado, oriunda do plano do direito material e realizável dentro ou fora do processo jurisdicional. A técnica é o meio para a obtenção do resultado¹¹¹ – no caso da técnica de antecipação da tutela, trata-se de meio para a obtenção antecipada do resultado. Quando se fala em “tutela antecipada”, portanto, quer-se fazer referência à tutela, satisfativa ou cautelar, que foi concedida provisoriamente e sob cognição sumária, por meio da técnica de antecipação.

Conforme leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não é possível confundir as formas de tutela jurisdicional com as técnicas que podem ser empregadas para uma melhor realização da tutela jurisdicional em si:

A tutela emanada do juiz constitui exercício de poder, representando assim valor, pois implica efeito jurídico, e todo efeito jurídico é valor jurídico condicionado. Por isso, afirma-se correntemente não constituir o direito numa técnica, mas numa estrutura complexa, integrada também dos elementos do direito não escrito: os valores, os costumes, os institutos, o próprio *ius involuntarium*, tudo a compor uma morfologia da práxis social. As técnicas, porém, embora sirvam ao valor, não podem ser com ele confundidas. A esse respeito, observa acertadamente Del Vecchio que as regras técnicas constituem os meios obrigatoriamente empregados para se conseguir um propósito, mas não prejudgam se é lícito, obrigatório ou ilícito propor-se o fim de que se trate. A técnica nada tem a ver com o valor das finalidades a que serve, pois, como meio e instrumento, concerne exclusivamente aos procedimentos que permitem realizá-las, sem se preocupar em esclarecer se são boas ou más. Apreciar o mérito dos fins do indivíduo constitui um problema ético, não técnico.¹¹²

A técnica de antecipação da tutela tem como função adiantar a tutela final buscada no processo, qualquer que seja ela, de modo provisório. Assim, é cabível tanto na tutela contra o

¹⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 30-31.

¹¹¹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**, p. 54.

¹¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 91-92, apud MITIDIERO, Tendências em Matéria de Tutela Sumária: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. In: **Revista de Processo**, vol. 197, p. 27-66. Jul/2011, p. 36, n. 31.

ilícito quanto contra o dano. Igualmente, pode ser concedida em face de qualquer modalidade de sentença, de modo que o que realmente importa para saber se há possibilidade de antecipação da tutela é verificar se do provimento final buscado é possível retirar alguma eficácia prática.¹¹³ Isso porque ela busca viabilizar a imediata fruição de um resultado prático à parte que dela se beneficia no processo.¹¹⁴

Refere Humberto Theodoro Junior que a apreciação do pedido de antecipação de tutela não se submete a nenhum procedimento especial, sendo objeto de decisão interlocutória, enquanto simples incidente do curso do processo, inclusive após a prolação da sentença e em sede recursal. Enquanto não se atingir a execução forçada da sentença, será possível, em tese, o uso da antecipação de tutela.¹¹⁵

Para sua efetivação, a antecipação permite a utilização de todos os tipos de meios executivos previstos pelo ordenamento processual, desde que, dentre aqueles igualmente idôneos à realização do interesse do demandante, se eleja o meio menos gravoso para o demandado, respeitando-se a regra de proporcionalidade da técnica executiva.¹¹⁶ É o que demonstra o parágrafo 3º do artigo 273, ao indicar a observância dos artigos 461, parágrafos 4º e 5º, e 461-A.

A antecipação da tutela pode ser requerida nos procedimentos ordinário e sumário.¹¹⁷ Também pode ser requerida, de modo geral, nos procedimentos especiais. Estes, cabe anotar, são estruturados em atenção a determinadas particularidades do direito material tutelado e, por isso, constroem-se normalmente com base nas técnicas de cognição parcial e cognição sumária, já admitindo, em geral, a tutela antecipatória, de acordo com o preenchimento de requisitos específicos ao direito tutelado. Assim, via de regra, os procedimentos especiais não requerem, para a concessão da antecipação da tutela que preveem, o fundado receio de dano, mas apenas a demonstração do direito afirmado, ou o preenchimento de determinados requisitos estabelecidos pelo legislador como imprescindíveis para a configuração da evidência do direito. Por outro lado, nas situações em que não se encontre preenchido algum

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 268-269.

¹¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.151.

¹¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Vol. 2. 47ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 391.

¹¹⁶ MITIDIERO, Daniel. Op. cit, p. 160.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 148.

dos requisitos específicos à concessão da antecipação típica prevista para aquele procedimento especial, nada impede que a parte alce mão da antecipação atípica prevista no artigo 273, desde que demonstre a existência dos requisitos estabelecidos para esta técnica.¹¹⁸

3.2.2 O que não é antecipação de tutela: distinções necessárias

Algumas distinções entre a antecipação de tutela e outras figuras do direito processual civil permitem uma melhor compreensão de seu conceito, estrutura e função.

A diferença entre a antecipação da tutela e a tutela cautelar é a primeira a ser realizada e, sem dúvida, merece destaque. Confundidas na origem, não podem mais ser vistas como institutos análogos, ou, sequer, como espécies de um mesmo gênero, como procura classificar relevante parte da doutrina, ao enquadrá-las ambas no gênero das “tutelas de urgência”.¹¹⁹ Isso porque, como já referido, a antecipação de tutela é uma técnica de diferenciação e adequação da tutela jurisdicional, ou seja, um *meio* para a realização da tutela satisfativa ou da tutela cautelar.¹²⁰ Não se trata de uma espécie de tutela, mas sim de técnica de prestação de todos os tipos de tutela. É, portanto, equivocada acorrente comparação de ambos os institutos como se pertencentes a um mesmo plano, situados em patamares análogos no direito processual civil.

A tutela cautelar, por sua vez, é uma proteção jurisdicional cujo objetivo é o de resguardar o direito a outra tutela do direito, para que, em momento futuro, possa ocorrer a satisfação. Nesse sentido, ela se contrapõe à tutela satisfativa, que é proteção jurisdicional destinada a realizar o direito desde sua concessão, sem qualquer ligação com outro direito.¹²¹ Ambas, tutela satisfativa e tutela cautelar, estão no mesmo plano e podem ou não ser prestadas de forma antecipada.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

¹¹⁹ Em sentido contrário ao ora esposado, optando pela inclusão de ambas as figuras como espécies de tutelas de urgência, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência** (Tentativa de sistematização). 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 292; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: revista dos Tribunais, 2012, p.629. Para Bedaque, inclusive, inexistente razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares. Ao referir-se à antecipação de tutela, advoga: “Tais medidas são cautelares, pois não se destinam a resolver de forma definitiva a situação de direito material, mas apenas a proporcionar a determinação de soluções urgentes, necessárias a conferir utilidade à tutela jurisdicional.” (*Op. cit.*, pp. 298-302).

¹²⁰ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

¹²¹ *Ibidem*, p. 49.

Destarte, a antecipação de tutela tanto pode ter caráter satisfativo quanto cautelar. De fato, importará a natureza do provimento antecipado, de modo que, quando concedida a tutela de forma antecipada em procedimento cautelar, outro não poderá ser o provimento, senão cautelar, mas em caráter provisório.

Nesse aspecto, é de se ressaltar que a provisoriedade e a cognição sumária dizem respeito à técnica antecipatória, e não à tutela cautelar, pois esta, assim como a tutela satisfativa, pode ser concedida de modo provisório (com cognição sumária do direito à cautela pela via da técnica de antecipação da tutela) ou de modo definitivo (com a cognição exauriente do direito à cautela).

Para que reste mais claro, mas sem o objetivo de esgotar a discussão sobre todos os pontos de interesse desta importante e polêmica questão, cabe destacar, resumidamente, que existe de fato um direito material à cautela. Esse direito, que é o declarado na ação que visa à concessão de tutela cautelar, é examinado de modo integral e exauriente no processo cautelar. O que é examinado de modo sumário, por sua vez, é o direito acautelado, que não é o objeto da coisa julgada na tutela cautelar. Por isso, não se pode eleger como critério distintivo da tutela cautelar a cognição sumária. Por outro lado, haverá a cognição sumária do direito à cautela, que é o objeto da tutela cautelar, quando esta cautela for concedida liminarmente: nesse caso, o direito objeto da tutela será conhecido de forma superficial exatamente em razão da aplicação da técnica antecipatória da tutela na ação cautelar.¹²²

A técnica de antecipação de tutela, além disso, não se confunde com o julgamento antecipado da lide, previsto no artigo 330 do Código de Processo Civil.¹²³ Neste, é julgado o próprio mérito da causa, de forma definitiva, sendo proferida sentença de extinção do processo com apreciação da lide, impugnável por meio de apelação e sujeita à coisa julgada material.¹²⁴

Conforme observa Humberto Theodoro Junior, a antecipação de tutela não é uma previsão legal de simples julgamento antecipado da lide, efetuado no processo com instrução

¹²² MITIDIÉRO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 pp. 37-47. O autor cita, ainda, na mesma linha de argumentação, a doutrina de Eduardo José da Fonseca Costa, Adroaldo Furtado Fabrício e Rogério Aguiar Munhoz Soares.

¹²³ “Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).”

¹²⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: revista dos Tribunais, 2012, p. 630.

já madura e capaz de autorizar desde logo o julgamento definitivo do mérito. O plano de atuação da técnica antecipatória não é a formação de um julgamento definitivo de mérito com a formação da coisa julgada, mas sim a antecipação dos efeitos buscados por meio do processo, isto é, a realização prática, conquanto provisória, daquilo ou de parte daquilo que se espera ser o futuro efeito da sentença ainda não proferida.¹²⁵

Tampouco se confunde a técnica antecipatória com o julgamento liminar da demanda repetitiva, inserto no artigo 285-A do Código de Processo Civil¹²⁶, que, assim como o julgamento antecipado da lide, tem natureza de sentença definitiva de mérito.

3.2.3 As hipóteses de aplicação da técnica antecipatória: a tutela da urgência e a tutela da evidência

O ordenamento processual brasileiro estabelece os requisitos à concessão da antecipação de tutela utilizando variados termos. Assim, apresentam-se como pressupostos da antecipação da tutela, ao longo do texto do Código de Processo Civil, o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, (art. 273, I), o “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art 273, II), o “grave dano de difícil ou incerta reparação” (art. 475-M, *caput*¹²⁷, e art. 739-A, §1º¹²⁸), o “justificado receio de ineficácia do provimento final” (art. 461, §3º¹²⁹) e o “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (art. 798¹³⁰).

¹²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Vol. 2. 47ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 698.

¹²⁶ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

¹²⁷ “Art. 475-M. A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

§ 1º(...).”

¹²⁸ “Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.”

¹²⁹ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

A doutrina, por sua vez, também costuma apresentar os pressupostos com alguma divergência sistemática¹³¹. Adota-se aqui a classificação realizada por Daniel Mitidiero, no sentido de que a técnica de antecipação pode proteger a parte de um *perigo na demora* da prestação jurisdicional, fundando-se na *urgência* da concessão da tutela e atuando para viabilizar a fruição imediata do direito (no caso da tutela satisfativa) ou a sua conservação para sua realização eventual e futura (no caso na tutela cautelar); ainda, pode resguardar a parte requerente de um *abuso do direito de defesa* do réu, fundando-se então na *maior evidência* do direito postulado em juízo e permitindo a fruição imediata do direito pela parte.¹³²

A técnica antecipatória, conforme a análise realizada por Luiz Guilherme Marinoni, é uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo.¹³³ Ela visa ao equacionamento isonômico, entre as partes, dos males do tempo do processo, decorrentes de sua duração fisiológica.¹³⁴

A técnica antecipatória fundada na urgência, baseada no *periculum in mora* como seu pressuposto processual, é uma resposta à impossibilidade prática de supressão do tempo normalmente consumido pelo processo na prestação da tutela jurisdicional. Está baseada no perigo da demora, relativo à duração do processo que, por seu retardo, é capaz de inviabilizar a frutuosidade da tutela do direito – isto é, a sua fruição no plano do direito material.¹³⁵

Já quando fundada na evidência, como ocorre na hipótese do inciso II do artigo 273, a antecipação de tutela visa promover a igualdade substancial entre as partes, distribuindo o ônus do tempo processual sobre a parte cuja posição jurídica alegada tiver a menor probabilidade de ser fundada:

(...) § 3o Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

(...)"

¹³⁰ “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

¹³¹ Teori Albino Zavascki, por exemplo, fala em *pressupostos sempre concorrentes* (a prova inequívoca e a verossimilhança) e *pressupostos alternativos* (o *periculum in mora* ou os atos protelatórios do réu). ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 79-82.

¹³² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 129.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

¹³⁴ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., pp. 129-131, passim.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 131-132, passim.

Quando o legislador instituiu a tutela antecipatória baseada em abuso do direito de defesa ou contra o manifesto propósito protelatório do réu, seu objetivo estava em evitar que o demandante fosse prejudicado, e o demandado beneficiado em idêntica medida, pelo tempo do processo. *O legislador tratou o tempo do processo como fonte potencial de dano às partes*, sugerindo a sua distribuição isonômica a fim de que não represente prejuízo ao demandante que tem razão – que seria obrigado a suportá-lo integralmente – e benefício para o demandado que não a tem.¹³⁶

Destarte, embora ainda exista discussão na doutrina acerca da natureza da antecipação de tutela fundada na evidência, nota-se que ela não pode ser considerada como aplicação de sanção ao réu, pois se funda, em verdade, na maior probabilidade da veracidade da posição jurídica de uma das partes, averiguada mediante cognição sumária, bastando que o demandado exerça seu direito de defesa de forma não séria, inconsistente¹³⁷, e não que aja com dolo.¹³⁸

Como refere Luiz Guilherme Marinoni, nos casos em que o ato contrário ao direito ainda não houver sido praticado, é necessária a presença de elementos ou circunstâncias de fato que permitam ao juiz concluir, ainda que com base em probabilidade, que o ilícito é iminente, sendo, por essa razão, justificável a concessão da tutela de forma antecipada. Quando o ato contrário ao direito já foi praticado e se teme a sua continuação ou repetição no futuro, a tutela pode ser concedida de forma antecipada para obstar a continuação ou repetição do ilícito.¹³⁹

¹³⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 134. Grifo do autor.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 134-135, passim.

¹³⁸ No mesmo sentido ora expressado, Luiz Rodrigues Wambier considera que a hipótese do artigo 273, inciso II, não possui caráter punitivo, não sendo necessário examinar se o réu age dolosamente no caso. WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008., p. 360).

Ruy Zoch Rodrigues, José Roberto dos Santos Bedaque e Teori Albino Zavascki, por outro lado, expressam opinião de que o inciso II possui caráter sancionatório ou punitivo, vinculando-o, por vezes, ao instituo da litigância de má fé. RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações Repetitivas**: Casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.193. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de sistematização). 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 326. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 153-154.

3.2.4 A efetividade na concessão da antecipação da tutela e sua conjugação com o valor da segurança da contraparte

Nota-se, de todo o exposto a respeito da técnica antecipatória até aqui, e conforme correntemente admitido pela doutrina, que ela constitui ferramenta decisiva para organização de um processo justo.¹⁴⁰ Com sua atipicidade e crescente plasticidade, que lhe permite recobrir de forma aderente a toda e qualquer tutela do direito a ser judicialmente salvaguardada, é técnica que atua minimizando um dos mais críticos problemas presentes no processo civil brasileiro, que é o da demora, e evitando a intempestividade e a inviabilidade de fruição da tutela.

Nesse sentido, a duração da relação processual, ainda que normal, fisiológica, pode gerar risco para a efetividade da tutela, e “mais grave ainda é o fenômeno da demora patológica, causada por inúmeros fatores, pois a entrega da prestação jurisdicional, nesses casos, é invariavelmente intempestiva”.¹⁴¹

Importa, no entanto, antes de passar-se ao último ponto de análise, destacar brevemente que a aplicação da antecipação de tutela, conquanto vise agir como instrumento à efetivação plena do direito ao processo justo e possua grande campo de abrangência, frequentemente se mostrando aplicável e desejável no caso concreto, não pode ser banalizada.

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque afirma ser imprescindível que se leve em consideração não apenas a necessidade de conferir efetividade ao processo, como também a impossibilidade de reduzir a contraparte a “mero integrante da relação processual, sem qualquer oportunidade de influir em seu resultado”.¹⁴² É ponderação que se pode considerar correta e necessária para a boa aplicação da técnica antecipatória, a fim de que não se caia no erro de ignorar os direitos da contraparte e os requisitos existentes.

O direito fundamental à tutela jurisdicional implica reconhecimento da existência de um direito à proteção jurisdicional adequada e efetiva. Adequada, no sentido de que esteja atenta às necessidades do direito material posto em causa e à maneira como se apresenta em juízo (em suma, ao caso concreto levado ao processo); efetiva, no sentido de que consiga realizá-la especificamente. Nessa tarefa deve ser sempre

¹⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Matéria de Tutela Sumária: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. In: **Revista de Processo**, vol. 197, Jul/2011, p. 60.

¹⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de sistematização). 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 399.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 290-291.

levada em conta a tensão permanente entre segurança e efetividade, buscando-se dar a maior efetividade possível com a maior segurança possível.”¹⁴³

É a especificidade do caso concreto levado a juízo que poderá, sob a análise de proporcionalidade pelo julgador, indicar as soluções harmonizadoras, os caminhos menos lesivos às partes e, nestas situações, conforme afirma Teori Albino Zavascki, a antecipação da tutela abre campo a que o juiz formule, caso a caso, a solução mais adequada para manter vivos e concretamente eficazes a efetividade e a segurança.¹⁴⁴

¹⁴³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29.

¹⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 67-71, *passim*.

4 COGNIÇÃO SUMÁRIA E JUÍZO DE PROBABILIDADE COMO ELEMENTOS DO DIREITO À ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Como até aqui observado, a produção de uma decisão judicial justa, a dar arrimo à tutela jurisdicional do direito, requer o correto exame acerca dos fatos alegados como suporte ao pleito, bem como a configuração de um procedimento adequado e com vistas à efetividade, nos conformes do princípio constitucional do processo justo. A adequação da tutela jurisdicional ao direito material se dá por modos vários, entre os quais se destaca, pela frequente utilização e indubitável importância social na resolução de conflitos, a técnica de antecipação da tutela, concedida com base em cognição sumária dos fatos alegados.

O emprego da cognição sumária no processo civil funcionou como um dos meios para a construção das tutelas jurisdicionais diferenciadas para a tutela dos direitos, na medida em que serve à adaptação do processo às necessidades evidenciadas pelo direito material.¹⁴⁵ Cumpre agora analisá-la e verificar seu uso na antecipação de tutela.

4.1 COGNIÇÃO SUMÁRIA

Em sua forma clássica, o processo de conhecimento não era dotado de técnica antecipatória e dava origem tão somente a sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias. Era visualizado enquanto processo completo e separado da execução, o que significava a impossibilidade de executar imediatamente ao final do processo ou no seu curso. Distinguiam-se estruturalmente e no tempo o processo de execução e o processo de conhecimento, em virtude do princípio de que somente poderia haver execução caso existisse título executivo.¹⁴⁶

Assim, o processo de conhecimento e a sentença deveriam anteceder ao processo de execução, para só então, após outorgada ampla oportunidade de defesa e recurso durante o primeiro, ser possível a invasão da esfera jurídica daquele que restasse perdedor da lide. A

¹⁴⁵ PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata, **Rivista di Diritto Processuale**. Anno XXXIV, n. 4. Padova: Cedam, 1979, pp. 567-569; MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.55.

tutela definitiva exigia “certeza jurídica”, baseada na ampla participação em contraditório dos interessados e procurando evitar qualquer lesão ao direito de ampla defesa.¹⁴⁷

Atualmente, após as reformas operadas no Código de Processo Civil, é mais acertado falar-se em processo com fases de conhecimento e execução, ou ainda em processo com atividades de conhecimento e execução, já que se encontra estruturado um processo civil “sincrético, misto, em que a atividade voltada ao conhecimento do caso levado a juízo mistura-se a todo tempo com aquela destinada à realização concreta do direito”.¹⁴⁸

4.1.1 Conceito de cognição

Já Calamandrei conceituava a cognição enquanto processo, identificando-a como um primeiro momento da jurisdição, destinado à prolação de uma decisão sobre a lide posta em juízo:

Agora, a implementação destas garantias judiciais requer o exercício de uma atividade contínua em que podemos distinguir dois momentos: a cognição e a execução forçada. A cognição é, portanto, um momento da jurisdição: visa à determinação [*accertamento*] de um comando individuado (primário ou sancionatório) e se expressa em uma decisão. O processo de cognição, portanto, é o processo pelo qual o juiz, dirimindo uma situação de incerteza ou desacordo relativa à existência e às consequências de um preceito jurídico concreto, determina oficialmente o direito incerto ou controverso, ou seja, o preceito já identificado com qual a lei regula em concreto uma relação da vida social já em vigor.

O processo de cognição, enquanto processo, é, como sabemos, a série de atividades (atos processuais) que se devem tomar para obter a prolação de um provimento jurisdicional. Mas tal série nem sempre ocorre de forma contínua até o seu destino final: a lei de fato estabelece que o processo se subdivide em mais estágios ou turnos, cada um dos quais constitui uma fase do processo.¹⁴⁹

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.57.

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 93-94.

¹⁴⁹ *“Ora la messa in opera di dette garanzie giurisdizionali richiede l’esercizio di una attività continuativa nella quale si possono distinguere due momenti: la cognizione e la esecuzione forzata. La cognizione è dunque un momento della giurisdizione: essa mira all’*accertamento* di un comando individuato (primario o sanzionatorio) e si esprime in una decisione. Il processo di cognizione pertanto è il processo a mezzo del quale il giudice, dirimendo una situazione di incertezza o di dissenso intorno all’esistenza e alle conseguenze di un concreto precepto giuridico, *accerta ufficialmente* il diritto incerto o controverso, cioè il precepto già individuato col quale la legge regola in concreto un rapporto della vita sociale dià in atto.*

*Il processo di cognizione, in quanto processo, è, come sappiamo, la serie delle attività (atto processuali) che si devono compiere per arrivare all’emanazione di un provvedimento giurisdizionale. Ma tale serie non sempre si svolge continuativa fino alla sua meta finale: la legge infatti stabilisce che il processo si *sudistingua* in più fasi*

O ordenamento processual brasileiro já superou a ideia de processos estanques e delimitados de cognição e execução, sendo estas duas consideradas não dois processos diversos, mas sim fases de um mesmo processo. Ainda assim, importa anotar que a cognição realizada no processo distingue-se da atividade de execução, mantendo função, características e elementos próprios.

Aqui, opta-se pela compreensão do termo não como fase processual, mas como atividade desenvolvida no processo com vistas à decisão da lide. Conforme leciona Kazuo Watanabe:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.¹⁵⁰

A técnica da cognição possui caráter lógico. É uma operação lógica do juiz, em geral bastante complexa em razão das múltiplas questões de fato e direito a serem resolvidas, bem como decisões prejudiciais e interlocutórias que devem ser realizadas ainda antes da decisão definitiva.¹⁵¹

Para Kazuo Watanabe, existe um direito à cognição adequada, a participar do conceito menos abstrato do princípio do direito ao juiz natural. Nesse sentido, ele afirma a cognição adequada como pressuposto de um julgamento justo, para o qual se faz necessário que o juiz, ao analisar cada caso, o faça com uma sensibilidade humanística e social.¹⁵² A técnica da cognição, deste modo, permite a construção de procedimentos que se ajustem às reais necessidades de tutela.¹⁵³ Pode, para isso, ser conformada segundo as necessidades do direito material e também operar na construção de procedimentos diferenciados.

4.1.2 Sistematização e modulação da cognição

Segundo conhecida lição de Kazuo Watanabe na doutrina brasileira, a cognição pode ser sistematizada, inicialmente, na perspectiva de dois planos: o horizontal, que compreende a

o riprese, ciascuna delle quali costituisce una tappa dell'intero processo." CALAMANDREI, Piero. **II Processo di Cognizione**. 11ª Ed. Firenze: Editrice Universitaria, 1945, pp. 28-29.

¹⁵⁰ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 58-59.

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 59-60.

¹⁵² *Ibidem*, p.64.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

extensão do conhecimento dos elementos objetivos do processo, e o vertical, que se refere à profundidade do conhecimento.

No primeiro plano, poder-se-ão estabelecer limitações (cortes verticais no plano horizontal), tornando o espectro de matérias passíveis de conhecimento na lide maior ou menor. Nesse sentido, pode-se falar em uma cognição plena, isto é, não submetida a cortes, ou limitada (ou, ainda, parcial), porque a cognição judicial não se estabelecerá sobre todas as questões fáticas que poderiam, em tese, ser abordadas.¹⁵⁴

No plano vertical, que se refere à profundidade da cognição alcançada pelo julgador sobre as questões da lide, igualmente poderá ser estabelecido um limite à cognição, falando-se então em sua superficialidade¹⁵⁵, sumariedade ou, ainda, incompletude. Em oposição, quando não limitada a profundidade da cognição, ela será exauriente.

De modo geral, busca-se fundamentar o provimento que dá a solução definitiva ao conflito judicial com base em uma cognição plena e exauriente das questões de fato e de direito, que é a típica do procedimento ordinário, tendo em vista propiciar a prolação de um juízo de maior certeza sobre a lide, o que dá azo à consecução do objetivo processual de decidir o conflito por completo e em definitivo, com a formação da coisa julgada.¹⁵⁶ Contudo, a combinação das diferentes modalidades de cognição proporciona ao legislador conceber procedimentos diferenciados que se adaptem às especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais.¹⁵⁷

Por meio do procedimento é que se adotarão, entre outras técnicas, as diversas combinações possíveis de modos de cognição, utilizando-se a possibilidade de limitações aos dois planos cognitivos e criando-se, destarte, modelos diferenciados de processo com procedimentos adequados às exigências das pretensões materiais deduzidas na lide. Kazuo Watanabe ressalta que as exigências do direito substancial que determinarão a modulação da cognição podem apresentar-se quanto à natureza ou urgência da tutela, bem como à

¹⁵⁴ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 111 e ss.

¹⁵⁵ O termo é usado por Ovídio Baptista da Silva, para quem esta modulação na profundidade daria origem a uma cognição incompleta em virtude de sua superficialidade, enquanto a limitação do plano da extensão da cognição daria origem a uma cognição incompleta em virtude da parcialidade. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil** – Do processo cautelar, v. XI, Lejur, 1985, *apud* WATANABE, Kazuo., Op. cit., p. 112.

¹⁵⁶ WATANABE, Kazuo. Op. cit., pp. 113-114.

¹⁵⁷ *Ibidem.*, p. 113.

definitividade da solução, entre outros aspectos, ou ainda em atendimento às opções técnicas e políticas do legislador.¹⁵⁸

4.1.3 A utilização da cognição sumária na antecipação de tutela

Na sistematização apresentada, a cognição dita sumária ou superficial é a utilizada para a aplicação da técnica de antecipação da tutela.¹⁵⁹

O caput do artigo 273 estabelece que para a concessão da antecipação da tutela, além da urgência ou evidência do direito alegado, já analisados no capítulo anterior, é necessário que “existindo prova inequívoca”, o juiz “se convença da verossimilhança da alegação”. Os termos provocam discussão na doutrina, não possuindo compreensão pacífica.

Na sistematização efetuada por Giuseppe Chiovenda, o termo “cognição sumária” tem sentido um pouco diverso do ora empregado, pois se contrapõe à “cognição ordinária”, que é plena e completa. Para o célebre doutrinador, a cognição sumária é “incompleta, já porque não definitiva, já porque parcial, já porque superficial”.¹⁶⁰ Contudo, na classificação realizada por Kazuo Watanabe, como visto, o termo refere-se tão somente à limitação no plano vertical.

Para Piero Calamandrei, a cognição sumária é aquela por meio da qual se busca “um juízo de probabilidade e de verossimilhança”.¹⁶¹ O segundo dos termos foi incorporado no artigo que prevê a antecipação da tutela e recebe grande adesão da doutrina brasileira na conformação proposta pelo jurista florentino.

Luiz Rodrigues Wambier refere-se ao “convencimento de verossimilhança” como “correlato ao de cognição sumária ou superficial”, embora não faça a distinção entre esta e aquele.¹⁶²

¹⁵⁸ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 113-114.

¹⁵⁹ Por todos, MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 92.

¹⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 1, Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p237.

¹⁶¹ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Cedam, 1936, p. 63, *apud* WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 113-114.

¹⁶² WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v. 1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 359.

Humberto Theodoro Júnior, ao conceituar a prova inequívoca, defende que deve ser compreendida como aquela “que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor (mérito), se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante”. Mantida a hipótese de que contraprova futura possa eventualmente desmerecê-la, ainda assim, a prova disponível no momento da concessão da medida “não deve ensejar dúvida na convicção do julgador.”¹⁶³

É possível questionar, neste ponto, se a dicção do artigo 273 do Código de Processo Civil expressa corretamente a conformação da cognição na técnica de antecipação à sumariada sistematizada por Kazuo Watanabe, ou se requer tipo diverso de conhecimento quanto aos fatos alegados na lide. Neste sentido, cumpre verificar se os requisitos identificados como prova inequívoca e, principalmente, verossimilhança da alegação contribuem ao tipo de proteção jurisdicional efetiva e adequada ao direito material que se pretende prestar por meio da técnica de antecipação.

4. 2 PROBABILIDADE E VEROSSIMILHANÇA NA FORMAÇÃO DA DECISÃO JUSTA EM SEDE DE TÉCNICA ANTECIPATÓRIA

Cabe então analisar no que consiste o juízo obtido por meio da cognição sumária na antecipação da tutela, o que se procurará realizar a seguir, considerando a dicção legal e o conjunto teórico que lhe serviu de suporte, bem como os objetivos de adequação e efetividade da prestação jurisdicional, fixados constitucionalmente para a organização do processo civil brasileiro.

4.2.1 A conceituação efetuada por Calamandrei

A importante discussão acerca das relações estabelecidas entre os conceitos de verdade, probabilidade e verossimilhança no processo civil tem como um de seus guias fundamentais e principais pontos de partida a conhecida obra de Calamandrei, publicada em 1955, *Verità e verossimiglianza nel processo civile*. Nela, o autor analisa os conceitos envolvidos e desenvolve uma classificação que permanece acolhida por grande parte da

¹⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Vol. 2. 47ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 390.

doutrina brasileira, partindo da ideia expressada por Adolf Wach de que todas as provas no processo, por bem dizer, não são mais que provas de verossimilhança.¹⁶⁴ A assertiva se justificaria porque o limite de relatividade do conhecimento, ínsito à natureza humana, imporia que aquilo que se tem como verdade não seja mais que a verossimilhança de determinada asserção, isto é, a aparência de sua verdade.¹⁶⁵

A verossimilhança, portanto, para Calamandrei, é inicialmente a aparência de verdade. Ela apresenta-se como uma aproximação da verdade, mas cujo grau é indeterminado, e se atinge por meio daquilo que normalmente acontece (“*id quod plerumque accidit*”), isto é, do que se pode tratar como o acontecimento normal da realidade, por meio da análise de máximas de experiência.

É dizer: na concepção de Calamandrei, quando se afirma que determinado fato jurídico foi constatado como verdadeiro no processo, ocorreu que a consciência do julgador, o sujeito cognoscente, atingiu um grau máximo de verossimilhança, que é até onde poderia chegar.¹⁶⁶ Assim, a distinção entre juízo de verdade e juízo de verossimilhança se dá por gradação, e tal gradação envolve ainda os conceitos de possibilidade e probabilidade:

Ainda mais árduo é estabelecer uma precisa diferença, que seja praticamente utilizável em sede judiciária, entre as noções de *possibilidade*, *verossimilhança*, *probabilidade*. Não é esta a sede para pesquisar, através da etimologia e do uso dos bons autores, as nuances de significado que distinguem propriamente estas três expressões, muitas vezes usadas na linguagem comum como sinônimas. *Possível* é aquilo que pode ser verdadeiro; *verossímil* é aquilo que tem aparência de ser verdadeiro. *Provável* seria, etimologicamente, aquilo que se pode provar como verdadeiro; (...): e não faltam nos registros dos léxicos o uso da palavra provável como sinônimo de verossímil.

Mas tais diferenças não se refletem precisamente no vocabulário do jurista: no máximo, se tomar-se como referência a declaração da verdade, pode-se dizer que estas três qualificações (possível, verossímil, provável) constituem, nesta ordem, uma aproximação gradual, uma progressiva acentuação em direção ao reconhecimento daquilo que é verdadeiro. Quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro de quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável, está ainda mais adiante de quem diz que é verossímil, porque vai além da aparência, e começa a admitir que existem argumentos para fazer

¹⁶⁴ “*Aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*”. WACH, Adolf. Vörrage, 2ª ed. Boan, 1896, p. 226, nota, *apud* CALAMANDREI, Piero. **Verità e verossimiglianza nel processo civile**. In: Rivista di diritto processuale, vol. 10. Padova: CEDAM, 1955, p. 164.

¹⁶⁵ “*Anche per il giudice più scrupoloso ed attento vale il fatale limite di relatività che à propria della natura umana: quello che si vede è solo quello che si par di vedere. Non verità, ma verossimiglianza: cioè apparenza (che può essere anche illusione) di verità.*” CALAMANDREI, Piero. Op. cit, pp. 165-166.

¹⁶⁶ “*Quando si dice che un fatto è vero, si vuol dire in sostanza che esse ha raggiunto, nella coscienza di chi tale lo giudica, quel grado massimo di verossimiglianza che, in relazione ai limitatimezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto*”. *Ibidem*, pp. 164-165.

compreender que à aparência corresponde a verdade. Mas se trata de delineações psicológicas, que cada julgante entende ao seu modo.¹⁶⁷

Nota-se, do exposto, a grande carga de subjetividade atribuída ao delineamento de cada um dos conceitos, bem como a formulação de uma tênue distinção entre possibilidade, verossimilhança e probabilidade com base na sua aproximação à verdade. A concepção de Calamandrei, ao inserir todos os conceitos como graus de aproximação de uma aparência da verdade, referíveis a nuances psicológicas do julgador, aparenta não vislumbrar a possibilidade de que se estabeleçam critérios racionalmente controláveis quanto à verificação dos fatos alegados por meio das provas.

Tal distinção quanto a graus de aproximação da verdade, envolvendo os três conceitos acima referidos, não parece atender integralmente às exigências processuais no que tange à determinação dos fatos necessária às diferentes situações de direito envolvidas no processo e, como destaca Michele Taruffo, funda-se em uma aparente confusão entre as acepções de verossimilhança e probabilidade. Refere o jurista que o equívoco terminológico se funda na tradução do termo alemão “*Wahrscheinlichkeit*” para “verossimilhança” sem, contudo, considerar que o vocábulo germânico é tomado, também, com o significado de “probabilidade”.¹⁶⁸

4.2.2 A necessária distinção entre verossimilhança e probabilidade

Michele Taruffo sustenta que a sistematização de Calamandrei introduziu uma ambigüidade em torno do termo “verossimilhança”, pois, no primeiro sentido que se lhe confere, corresponde a “aparência de verdadeiro” e refere-se a uma valoração da alegação de

¹⁶⁷ “Ancora più arduo è stabilire una precisa differenza, che sia praticamente utilizzabile in sede giudiziaria, tra le nozioni di possibilità, verosimiglianza, probabilità. Non è questa la sede per ricercare, attraverso le etimologie e l’uso dei buoni autori, le sfumature di significato che distinguono propriamente queste tre espressioni, spesso usate nel comune linguaggio come sinonimi. Possibile è ciò che può essere vero; verosimile è ciò che ha l’apparenza di essere vero. Probabile sarebbe, etimologicamente, ciò che si può provare come vero; (...) e non manca nelle registrazioni dei lessici l’uso della parola probabile come sinonimo di verosimile. Ma queste differenze non hanno un preciso riscontro nel vocabolario dei giuristi: tutt’al più, se si prende come termine di riferimento l’accertamento della verità, si può dire che queste tre qualificazioni (possibile, verosimile, probabile) costituiscono, in quest’ordine, una graduale approssimazione, una progressiva accentuazione verso il riconoscimento di ciò che è vero. Chi dice che un fatto è verosimile, è più vicino a riconoscerlo vero di chi si limita a dire che è possibile; e chi dice che è probabile, è ancora più innanzi di chi dice che è verosimile, perché va al di là dell’apparenza, e comincia ad ammettere che vi sono argomenti per far ritenere che all’apparenza corrisponda la realtà. Ma si tratta di sfumature psicologiche, che ogni giudicante intende a suo modo.” CALAMANDREI, Piero. **Verità e verosimiglianza nel processo civile**. In: Rivista di diritto processuale, vol. 10. Padova: CEDAM, 1955, pp. 170-171.

¹⁶⁸ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, pp. 183-184.

fato que se realiza de modo independente e preliminar ao procedimento probatório; já no segundo sentido, o vocábulo é usado como sinônimo de probabilidade, sendo usado pelo doutrinador como um “substituto da verdade”. Ainda nesse segundo sentido, por vezes o termo é tratado como um grau baixo de probabilidade e em outras situações figura como um alto grau da mesma.

Ainda que ambos os significados sejam utilizados para o termo “verossimilhança”, conforme referido, apresenta-se o problema de que, ao se falar em verossimilhança e probabilidade, estão em análise dois conceitos distintos, e não meras nuances psicológicas correspondentes a graus diversos de um mesmo conceito. A verossimilhança não guarda relação direta com a verdade ou com a probabilidade de uma asserção, de modo que uma asserção verossímil pode não ser de modo algum provável, ou não ser verdadeira. Igualmente, uma asserção inverossímil pode ser verdadeira ou provável. Isso porque a verossimilhança substancialmente indica o “grau de capacidade representativa de uma descrição a respeito da realidade”¹⁶⁹.

Esta capacidade representativa de determinada descrição é justamente a semelhança da descrição feita de um fato com a realidade – o que apresenta uma circularidade problemática do termo, se considerar-se necessário o conhecimento da realidade fática em si para poder-se então falar na aproximação de determinada descrição a ela. De qualquer modo, pode-se formular um juízo de verossimilhança com base na aproximação da descrição àquilo que normalmente acontece, já que não se pode averiguar a proximidade da asserção à realidade de fato. Assim, o parâmetro para a verossimilhança é o “normal”, o modo como as coisas costumam acontecer em casos semelhantes, de forma que determinada asserção apresentará um alto grau de verossimilhança quando corresponder bastante aproximadamente à ordem normal dos fatos.¹⁷⁰

Do já referido, pode-se deduzir o que a seguir se explicita: a verossimilhança não possui ligação com as *provas* de determinada descrição, mas apenas com a *aparência* que tal descrição guarda com *id quod plerumque accidit*. Não expressa conhecimentos, ou graus de conhecimento sobre os fatos alegados, já que prescinde da prova, e, por isso, tampouco mantém algum grau de relação com a verdade do caso concreto – é dizer, sobre os fatos

¹⁶⁹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, pp. 186.

¹⁷⁰ Nesse sentido, TARUFFO, Michele, Op. cit., e MITIDIÉRO, Daniel, **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

descritos. A verdade à qual se refere, em termos de aproximação quanto à aparência, é a verdade de casos passados e semelhantes ao narrado. “Por assim dizer, o juízo de verossimilhança consiste em afirmar que o fato, se fosse verdadeiro (e se conjectura que o seja), corresponderia ao que sucede normalmente”.¹⁷¹

Por outro lado, quando se procura inferir, quanto a determinada asserção, o seu grau de aproximação à verdade, importa empregar especificamente o conceito de probabilidade.¹⁷² A probabilidade, esta sim, designa o grau de confirmação de determinada hipótese, com fundamento na presença de elementos cognoscitivos que indiquem sua correspondência à realidade. “Provável”, então, não é o fato que resulta crível, embora não disponha de fundamentos para sua sustentação: esta segunda concepção aproxima-se mais da ideia de “prova débil”, ou mesmo da verossimilhança.¹⁷³

A prova de uma proposição relaciona-se aos elementos de juízo disponíveis como corroboração da hipótese fática expressada por aquela, entendendo-se por “elemento de juízo” qualquer enunciado fático descritivo do qual se possam obter direta ou indiretamente inferências para a corroboração ou refutação da hipótese principal. Assim, dizer “está provado que p ” é sinônimo de “há elementos de juízo suficientes em favor de p ”.¹⁷⁴ De forma semelhante, para se falar em probabilidade e em graus de sua existência com relação a determinada hipótese, deve-se considerar a determinação do grau de fundamentação que se pode atribuir a tal hipótese.^{175 176}

4.2.3 Modelos de aferição da probabilidade

Por óbvio, não há apenas uma teoria acerca da probabilidade, tampouco dos métodos aplicáveis para sua determinação, e não cabe aqui analisá-las todas. É relevante, entretanto,

¹⁷¹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p.507.

¹⁷² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 98.

¹⁷³ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 504.

¹⁷⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y Verdad en el Derecho**. 2ª. ed. Madrid : Marcial Pons, 2005, p. 35.

¹⁷⁵ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 190.

¹⁷⁶ Para Daisson Flach, com opinião em sentido contrário à aqui expressada, “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.” FLACH, Daisson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática** (Coleção temas atuais de direito processual civil ; v. 15 / coordenação Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

considerar brevemente que nem toda concepção probabilística servirá igualmente para a verificação da probabilidade na determinação judicial do fatos.

O modelo probabilístico do tipo quantitativo considera a probabilidade como a *medida* da incerteza de um fenômeno sobre o qual não se pode definir sua falsidade nem sua verdade absoluta. Se baseia, no mais das vezes, na frequência com que ocorre determinado fato, para servir de parâmetro da probabilidade estatística do fato alegado haver ocorrido, e via de regra utiliza cálculos, com o teorema de Bayes, a fim de chegar a graus de probabilidade estabelecidos numericamente, e assim comparáveis.¹⁷⁷

O grau de fundamentação de uma hipótese, entretanto, não coincide necessariamente com a frequência de ocorrências do tipo que se pretenda provar. Além disso, costumam-se utilizar como elementos para a avaliação da probabilidade estatística de determinada hipótese dados que não dizem respeito à alegação de fato, mas sim a fatos passados, sem, portanto, uma apreciação da existência e suficiência dos elementos de juízo no caso. Ainda, os dados utilizados para a realização dos cálculos podem não ser os preferíveis para uma avaliação correta, correndo-se o risco de que o resultado do cálculo seja de um valor puramente formal e não representativo de qualquer medida relevante.¹⁷⁸

O modelo quantitativo não se mostra o mais adequado para servir como um modelo geral de prova, útil para toda e qualquer situação, mas, em determinados casos, pode *oferecer elementos de prova*. Assim, os dados estatísticos podem ser úteis na análise das alegações de fato para preencher a distância existente entre a frequência estatística (que não se refere ao fato específico a provar) e a hipótese sobre esse fato específico, que é o verdadeiro objeto da decisão.¹⁷⁹ A dita “prova estatística” possui, então, um campo de aplicação, embora restrito, especialmente quando relacionada a fatos que exigem dados técnicos ou mesmo quando o próprio resultado da prova é formulado em termos de probabilidade estatística, como ocorre com as provas biológicas e diagnósticos médicos.¹⁸⁰

A probabilidade lógica ou baconiana, por sua vez, pode alcançar uma racionalização mais satisfatória em termos de valoração das provas e, assim, fornecer métodos mais adequados para a determinação das probabilidades de alegações de fatos. Como afirma

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, pp. 190-194.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 193-220.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 223.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 221.

Taruffo, a teoria da probabilidade lógica indutiva centraliza-se no “conceito de probabilidade indutiva como grau de apoio de uma hipótese fundada sobre provas relevantes concretamente disponíveis”¹⁸¹

Ela não busca a determinação quantitativa das frequências correspondentes a classes de eventos, mas sim a racionalização da incerteza quanto à hipótese de um fato. Reconduz, assim, o grau de fundamentação de uma alegação ao âmbito dos elementos de confirmação disponíveis a essa hipótese. O grau de probabilidade lógica de tal hipótese equivalerá ao grau de suporte ofertado a ela pelos seus elementos de confirmação.¹⁸² Além disso, ela deve resistir à refutação no cotejo das alegações com as provas. “Quanto mais a hipótese *resiste* ao cotejo com a prova dos autos, maior o ‘*grado di supporto*’ que ela encontra no processo e maior é a *chance* de ser efetivamente fundada na *realidade*.”¹⁸³

A questão fundamental para este segundo tipo de modelo probabilístico centraliza-se, então, na conexão lógica havida entre a prova e a hipótese sobre o fato: esta conexão determina o grau de apoio inferencial que corresponde à hipótese que se pretende provar. Um incremento desse grau de conexão lógica (em razão do acúmulo de mais elementos de prova favoráveis à mesma conclusão, por exemplo) implicará, então, um incremento da probabilidade da hipótese.¹⁸⁴ Ademais, a probabilidade indutiva serve também para realização da valoração individual de cada elemento de juízo ou prova, o que é imprescindível para a realização posterior da valoração conjunta de todos os elementos em relação às hipóteses sustentadas.¹⁸⁵

4.2.4 A probabilidade como pressuposto para a antecipação de tutela

Esclarecidos os conceitos e realizadas as distinções entre verossimilhança e probabilidade, bem como entre os tipos básicos de probabilidade auferíveis, cabe a análise final acerca de qual é o objetivo da cognição sumária na antecipação de tutela. Apesar da disposição legal explícita a exigir a presença de verossimilhança para a concessão da

¹⁸¹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p. 227.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 227-229.

¹⁸³ MITIDIÉRO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 102-103. Grifos do autor.

¹⁸⁴ TARUFFO, Michele. Op. cit., pp. 226-227.

¹⁸⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La Valoración Racional de La Prueba**. Madrid : Marcial Pons, 2007, p. 125.

antecipação, parece mais adequado falar de uma necessidade de verificação da *probabilidade* do direito, e que esta probabilidade deve ser do tipo lógico indutivo.

Apesar das dificuldades definitórias decorrentes de um uso equívoco dos termos, a verossimilhança possui um significado preciso e um campo de aplicação bastante restrito na disciplina processual. Conforme refere Michele Taruffo, cabe supor que somente se tratará de verossimilhança onde a lei mencioná-la explicitamente, enquanto que, para outros fenômenos, a lei usará formulações distintas.¹⁸⁶ Entretanto, como também afirma o mesmo autor ao analisar o ordenamento processual italiano, há ocasiões nas quais o próprio legislador parece ceder à confusão dos termos. Algo semelhante se pode dizer com referência ao requisito mencionado no artigo 273 do Código de Processo Civil.

A alusão feita pelo legislador no artigo 273 do Código de Processo Civil é equivocada, conforme argumenta Daniel Mitidiero.¹⁸⁷ O equívoco não deve provocar espanto, tendo em vista a confusa diferenciação estabelecida por Calamandrei, aceita por grande parte da doutrina, que por vezes adotou os dois termos como meras diferenciações de graus de um mesmo conceito. Exemplificativamente, Kazuo Watanabe, acolhendo a terminologia utilizada por Calamandrei quanto aos significados de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, considera que o direito brasileiro recepcionou, em alguns dispositivos legais, os vocábulos “verossimilhança” (art. 273 do Código de Processo Civil) e “verossímil” (art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor) utilizando-os no sentido de probabilidade elevada de ser verdadeiro, e não no sentido de probabilidade mínima.¹⁸⁸

Deve-se considerar, a respeito da questão posta, que o direito ao processo justo implica a necessidade de um grau razoável de aproximação à verdade para que seja prolatada uma decisão justa, ainda que se trate de uma decisão que concede tutela provisoriamente. É necessário um nível razoável de *aproximação* à verdade, constatável de modo fundamentado; não de *semelhança* à verdade.

Assim, na antecipação de tutela atípica, não poderá a simples alegação de uma urgência na prestação jurisdicional servir como fator de legitimação para uma exclusão completa da análise acerca da probabilidade dos fatos alegados pela parte, ainda que se baseie

¹⁸⁶ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011, p. 190.

¹⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 98-99.

¹⁸⁸ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 128.

em uma narração de fatos verossímeis, isto é, semelhantes ao que costuma ocorrer. A mera análise da verossimilhança, conforme a compreensão acima esposada, nada diz a respeito das *chances* de que as alegações de fato que servem de suporte ao pedido de tutela jurisdicional sejam correspondentes à verdade do caso posto a juízo, pois a verossimilhança não tem relação direta com a verdade “atual” a se verificar no caso concreto, mas apenas aquela histórica, passada, cuja função é servir como parâmetro de normalidade.

No que tange à tutela antecipada da evidência do direito, de forma ainda mais clara se apresenta a impossibilidade de aceitação da verossimilhança enquanto critério para sua concessão, já que não se pode constatar uma real evidência de direito com base unicamente naquela.

Fosse a intenção do legislador que a antecipação de tutela estivesse fundamentada na mera verossimilhança das alegações de fato, não poderia, tampouco, estar inserto o requisito de “prova inequívoca” do direito – também este um conceito problemático, já que faz parecer necessária a certeza do direito alegado, fundamentada em provas que não dêem margem à dúvida, mas que, de todo modo, acrescenta à figura da antecipação de tutela a análise, ainda que sumária, das provas possíveis de serem constituídas no momento processual de concessão da tutela, qualquer que seja. Como já observado, ao confronto das alegações às provas disponíveis é atividade que visa à verificação do grau de probabilidade, e não da verossimilhança.

Considerando que a norma do artigo 273 prevê apenas a cognição sumária enquanto condição para a concessão da antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo.¹⁸⁹

Como referido anteriormente, o processo deve averiguar a verdade possível sobre os fatos alegados, que, em qualquer caso, não é absoluta, mas sim relativa. O que diferirá, na antecipação da tutela, é que a tutela será concedida provisoriamente com juízo fundamentado em cognição sumária das alegações e do suporte probatório porventura existente, o que implica um exame da probabilidade das alegações em grau menor do que aquele necessário para o julgamento definitivo do pleito.

¹⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: revista dos Tribunais, 2012, p. 632.

Conforme destaca Jordi Ferrer Beltrán, “o fato de que a probabilidade indutiva de tipo baconiano não admita o cálculo matemático não implica que não se possa graduar e comparar o nível de suporte indutiva com que conta cada hipótese”¹⁹⁰, pois podem-se comparar os distintos graus de conformação das distintas hipóteses entre si, o que permite uma ordenação das hipóteses quanto a sua probabilidade, ainda que não se quantifique numericamente a probabilidade de cada uma delas. Não é demais ressaltar que mesmo os graus menores de probabilidade não terão relação com a verossimilhança, por todo o já exposto.

A diferença quanto ao que se requer para a concessão da tutela na forma antecipada reside, assim, no grau de probabilidade da hipótese¹⁹¹, ou seja, no grau de confirmação de que ela goza no momento da concessão, que é relativamente menor do que o grau de confirmação obtido por meio da cognição exauriente.

¹⁹⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La Valoración Racional de La Prueba**. Madrid : Marcial Pons, 2007, p. 122.

¹⁹¹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 104-105.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise efetuada no presente estudo, pode-se concluir, de início, que a justiça da prestação jurisdicional depende, entre outros fatores, da produção de decisões justas como resultado da cognição do feito judicial. Espera-se como resultado do processo de conhecimento, de modo geral, aquilo que se considera uma decisão judicial em conformidade com a justiça.

A constatação da justiça das decisões, por sua vez, necessita possuir critérios ao mesmo tempo suficientemente maleáveis e padronizáveis, e compreende certamente a necessidade de uma correta aplicação da norma jurídica, bem como da adequada condução de um processo justo e da comprovação da verdade dos fatos relevantes à causa.

No que tange a esse terceiro critério, correspondente à verdade, trata-se de fator de legitimação da atividade judicial, inafastável enquanto critério necessário de justiça de qualquer decisão que se proponha a ser racionalmente controlável. Como se viu, uma decisão judicial que não se destina a estar baseada na verdade dos fatos sobre os quais emitirá o juízo não se mostra racionalmente fundamentada e é, portanto, arbitrária.

Assim, para que a verdade seja buscada pelos meios adequados, além de considerada possível e desejável no processo, ela deve ser tomada como objetiva, porque exterior ao sujeito cognoscente, e relativa, quanto ao seu conhecimento, em função do contexto em que inserida.

Nesse âmbito, é de se anotar que a presente pesquisa já teve início partindo da doutrina de um autor específico, Michele Taruffo, cuja obra serviu como fio condutor para a compreensão de parte dos temas abordados no trabalho. Como esclarecido desde o início, a análise nunca teve a pretensão de revisar de forma integral os diversos entendimentos doutrinários sobre os temas analisados, tarefa que se mostraria impossível de concretizar para o que se propõe a presente monografia, por sua natureza. A eleição do referido autor se fez em razão da reconhecida qualidade e seriedade na abordagem dos assuntos, e, ao final da pesquisa, confirmou-se adequada na medida em que permite um ponto de vista ao mesmo tempo crítico e conectado às mais modernas considerações acerca da técnica da antecipação de tutela e à cognição a ela relacionada.

Ressalta-se, nesse campo, a necessidade de maior aprofundamento da investigação teórica e científica quanto aos métodos idôneos e critérios válidos para a determinação da

verdade dos fatos no processo civil brasileiro. Os debates epistemológicos essenciais à boa compreensão de institutos como a prova, inafastáveis da teoria e da prática processuais, não têm recebido o exame dedicado e aprofundado que mereceriam, de parte da doutrina processualista brasileira, para que se possa promover um diálogo de nível mais cientificamente apurado no campo da ciência jurídica.

Em diversos aspectos, a doutrina brasileira apresenta divergências de entendimentos, ou mesmo não chega a abordar determinados temas com a profundidade devida, apesar de sua importância científica para a melhor compreensão do processo enquanto instrumento constitucionalmente dedicado a promover a efetividade dos direitos.

A efetivação de um processo justo, e que, portanto, será apto à satisfação da parte em juízo, com procedimentos adequados às diversas tutelas jurisdicionais persecutíveis, é garantia constitucional ao indivíduo e à sociedade, que se concretiza pela atuação do Estado Constitucional em todas as faces de seus poderes. O processo justo deve ser considerado como um princípio que orienta a ação do Poder Público em direção ao ideal de protetividade a ser atingido, sem indicar diretamente os meios para sua concretização. Estes, muito variados, abrangem a garantia ao real acesso à justiça, à ampla defesa, à publicidade dos atos judiciais, entre outros.

Tem relevo para a presente análise, dentre os meios de concretização do princípio do processo justo, o direito que a parte possui à conformação do processo e do procedimento ao direito material cuja tutela se busca. É visão que se coaduna com a ideia de direito à tutela efetiva e adequada, a considerar o processo enquanto instrumento de prestação da tutela jurisdicional, que não ignora nem se alheia ao direito material concreto e às suas especificidades.

Nesse campo ganha força a atuação da técnica de antecipação da tutela, que presta a proteção jurisdicional de forma antecipada e provisória no processo, fundada em juízo de cognição sumária das alegações, e atua proporcionando grande efetividade e adequação ao processo. Atípica, ela possui muita plasticidade em relação ao direito material, podendo ser concedida, desde que cumpridos seus requisitos, em qualquer momento do processo enquanto não decidido em definitivo. É cabível para qualquer que seja a tutela final objetivada com o processo, desde que dela se possa extrair alguma eficácia prática. Além disso, pode utilizar-se de qualquer meio executivo disponível no ordenamento, desde que idôneo à realização do

interesse da parte que recebe a tutela e respeitando a regra de proporcionalidade entre a técnica empregada e a possível lesividade ao réu.

A técnica antecipatória requer, como se viu, a aferição da probabilidade lógica do direito alegado, em grau relativamente inferior ao requerido para a concessão da tutela definitiva. Esta deverá ser verificada com base nos elementos disponíveis de confirmação da hipótese alegada, passando por um processo de confirmação e não refutação com base em critérios racionalmente controláveis.

Apesar de toda a importância reconhecida pela doutrina, a técnica de antecipação ainda anseia por mais debates sérios e cientificamente comprometidos, a fim de que, elidindo-se gradativamente as dissonâncias doutrinárias, torne-se cada vez mais bem utilizada na tutela dos direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Anotações sobre a Efetividade da Jurisdição e do Processo. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 919, Mai/2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: <http://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL> Acesso em: 08 nov. 2013.

ASSIS, Araken de. **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de sistematização)**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La Valoración Racional de La Prueba**. Madrid : Marcial Pons, 2007.

_____. **Prueba y Verdad en el Derecho**. 2ª. ed. Madrid : Marcial Pons, 2005

CALAMANDREI, Piero. **Il Processo di Cognizione**. 11ª Ed. Firenze: Editrice Universitaria, 1945.

_____. Verità e verossimiglianza nel processo civile. In: **Rivista di diritto processuale**, vol. 10. Padova: CEDAM, 1955, pp. 164-192.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 1, Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª ed rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FLACH, Daisson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática (Coleção temas atuais de direito processual civil ; v. 15 / coordenação Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____; _____. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisitado. *Revista de Processo*, vol. 120, Fev/2005

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Tendências em Matéria de Tutela Sumária: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. In: **Revista de Processo**, vol. 197, p. 27-66. Jul/2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

POPPER, Karl Raimund. Verdade e aproximação da verdade. In: **Textos escolhidos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata, **Rivista di Diritto Processuale**. Anno XXXIV, n. 4. Padova: Cedam, 1979.

RODRIGUES, Ruy Zoch. Ações Repetitivas: Casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TARUFFO, Michele. Ideas para una teoría de la decisión justa. In: **Proceso y decisión: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal**. Madrid : Marcial Pons, 2012, p. 233-243.

_____. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid : Trotta, 2011.

_____. **Uma simples verdade** – O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid : Marcial Pons, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Vol. 2. 47ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. 53ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n.80, p. 71-85, nov. 2009.

_____. Processo Constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**, v. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.