



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UnB)

Faculdade de Direito (FD)

Curso de Graduação em Direito

MARCELA MALTA DE SOUZA MEDVED

**A PROBABILIDADE DO DIREITO PARA A FORMAÇÃO DA COGNIÇÃO
DO JUÍZO NAS TUTELAS PROVISÓRIAS**

Brasília

2021

Marcela Malta de Souza Medved

**A PROBABILIDADE DO DIREITO PARA A FORMAÇÃO DA COGNIÇÃO DO
JUÍZO NAS TUTELAS PROVISÓRIAS**

Monografia apresentada à Banca Examinadora, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília sob orientação da Prof. Dra. Daniela Marques de Moraes.

Brasília, 5 de novembro de 2021.

Folha de aprovação

Marcela Malta de Souza Medved

**A PROBABILIDADE DO DIREITO PARA A FORMAÇÃO DA COGNIÇÃO
DO JUÍZO NAS TUTELAS PROVISÓRIAS**

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes
(Orientadora)

Professor Doutor Bruno Corrêa Burini
(Membro avaliador)

Professor Mestre Marcus Flávio Horta Caldeira
(Membro avaliador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, aos meus pais, à minha família, aos meus amigos, aos meus professores, em especial a Professora Daniela Marques e os professores que compõem a banca desse trabalho, professores Bruno Burini e Marcus Caldeira. Eu agradeço, principalmente, ao João Victor. Obrigada por me acompanhar desde o dia 1 e não soltar a minha mão até o final.

RESUMO

O presente trabalho investigou o real significado da expressão probabilidade do direito contida no art. 300 do Código de Processo Civil (CPC) e quais seriam os elementos que evidenciam a probabilidade no âmbito da concessão de tutelas provisórias. Pra responder a questão, primeiramente foram delineadas as características das técnicas processuais de cognição sumária e exauriente, das quais o magistrado pode se valer para prestar a tutela jurisdicional do direito. Em seguida, tratou-se especificamente da tutela provisória, espécie de tutela diferenciada, concedida pelo juiz mediante cognição sumária e precária, fundada na probabilidade do direito. Nesse ponto, discorreu-se sobre a opção do legislador no CPC de 2015 pelo termo probabilidade do direito e não mais verossimilhança, requisito exigido pelo CPC de 1973. Feita a explanação teórica, foi investigado nas correntes doutrinárias o que seria de fato a probabilidade do direito e em qual grau necessário deverá o autor demonstrá-la no processo. É possível refletir que a corrente mais adequada para a resposta é aquela que indica que a probabilidade é demonstrada por meio de provas, que além de evidenciar o direito do autor, são suficientes para resistir a um exercício de refutação. Nessa atividade valorativa do juiz, devem ser consideradas as máximas de experiência como balizas do cálculo, levando-se também em consideração a gravidade social do direito material em litigio e a dificuldade da obtenção da prova no caso concreto.

Palavras Chave: cognição sumária, cognição exauriente, tutela provisória, probabilidade do direito, verossimilhança, máximas de experiência.

ABSTRACT

The present work investigated the real meaning of the expression probability of the alleged claim contained in art. 300 of the Code of Civil Procedure (CCP) and which could be the elements that evidence the probability in the scope of granting interlocutory relief. To answer the question, firstly, the characteristics of the procedural techniques of summary and final cognizance were outlined, which both can be used by the magistrate to provide the jurisdictional protection of the law. Then, it dealt specifically with the interlocutory reliefs, analyzing their species and legal requirements for its concession. The legislator's option in the 2015 CCP for the term probability of the alleged claim and no longer verisimilitude was discussed, as it was a requirement made by the 1973 CCP. After the theoretical explanation, an investigation through the doctrinal was made in order to identify what would actually be the probability of the alleged claim and which degree the author should demonstrate it in the process. Based on the research, it was concluded that the most adequate doctrine for the answer is the one that indicates that the probability is demonstrated by means of evidence, which, in addition to evidencing the author's right, are sufficient to resist an exercise in rebuttal. In this evaluative activity of the judge, the rules of common experience must be considered as benchmarks for the evaluation, taking into account, also, the social gravity of the material law in litigation and the difficulty of obtaining evidence in the concrete case.

Key words: summary cognizance, final cognizance, interlocutory relief, probability of the alleged claim, verisimilitude, rules of common experience.

Coisas boas acontecem. Confie no processo.

Ana Zulma

Sumário

| | |
|--|-----------|
| 1. Introdução | 9 |
| 2. Cognição Sumária como Técnica Processual e as Tutelas Provisórias..... | 11 |
| 2.1. Cognição como Atividade Jurisdicional | 11 |
| 2.2. Cognição Vertical Sumária e Exauriente | 15 |
| 2.3 A Técnica da Tutela Provisória..... | 19 |
| 2.3.1 Tutela Provisória de Urgência..... | 24 |
| 2.3.1.1. Tutela Provisória de Urgência de Natureza Antecipada | 26 |
| 2.3.1.2. Tutela Provisória de Urgência de Natureza Cautelar | 32 |
| 2.3.2 Tutela Provisória de Evidência | 35 |
| 3. Juízo de Probabilidade e Verossimilhança..... | 39 |
| 4. A Prova nas Tutelas Provisórias | 48 |
| 5. Conclusão | 58 |
| Bibliografia..... | 60 |

1. Introdução

As mudanças sofridas pela sociedade, sobretudo em decorrência das novas tecnologias, tornaram as relações interpessoais mais velozes e instantâneas, o que acaba por exigir uma solução cada vez mais rápida e adequada dos litígios levados ao Poder Judiciário.

Tal quadro acaba por aprofundar a problemática da morosidade na justiça brasileira, cujas raízes são anteriores ao presente século. O legislador buscou endereçar a questão por meio da reforma de 1994 ao Código de Processo Civil (CPC), que inseriu o instituto da antecipação de tutela, e por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que positivou o princípio da duração razoável do processo, refletido no artigo 4º do Código atual.

Hoje entende-se que o processo é instrumento de tutela do direito material, e não um fim em si mesmo. Por isso, o procedimento deve ser concebido à luz do direito material que se busca tutelar. Isto é, o procedimento deve se adequar, por meio da utilização de novas técnicas processuais, às peculiaridades do direito posto em debate, para que se lhe possa tutelar da forma mais adequada possível.

Trata-se, portanto, de adaptar o rito procedimental em função do direito material. Com isso, busca-se uma verdadeira aproximação do processo com o direito material.

É nesse contexto que ganha relevância a cognição sumária como técnica processual que surge para adequar o processo aos direitos materiais e às novas necessidades da sociedade contemporânea, visando privilegiar a celeridade processual e a adequada tutela dos direitos.

A fim de viabilizar o exercício da cognição sumária pelo juiz, criou-se no âmbito do processo civil o instituto das tutelas provisórias. As tutelas provisórias servem de instrumento para que o juiz, mediante cognição superficial e não exauriente, tutele de modo célere e eficaz o direito do autor que possui um direito provável, redistribuindo o ônus na demora do processo, a fim de que aquele autor, portador de um direito provável, não seja prejudicado pela demora natural de um processo judicial levado a cabo até a sentença proferida em cognição exauriente definitiva.

Não obstante a importância das tutelas provisórias na sistemática processual vigente, os requisitos para sua concessão devem ser cuidadosamente analisados no caso concreto, sob pena de se criar uma injustificada situação de prejuízo ao réu.

É que o CPC de 2015 exige das decisões judiciais adequação e previsibilidade, importantes valores de um sistema processual justo.

Por isso, revela-se necessário o estudo a respeito do significado da expressão “probabilidade” exigida pelo novo Código de Processo Civil para a concessão de tutelas provisórias. Relevante, também, saber o que seriam os “elementos que evidenciem a probabilidade do direito do autor”. Perquirir acerca dessas questões revela-se essencial para que se garanta um processo previsível, justo e atento aos direitos e necessidades da sociedade moderna.

O presente estudo foi elaborado a partir de revisão bibliográfica, cujo objetivo inicial foi delinear as características das técnicas processuais de cognição sumária e exauriente. Em seguida, tratou-se especificamente das tutelas provisórias e suas espécies, urgência e evidência. Mais adiante, discorreu-se sobre a temática da probabilidade do direito e da verossimilhança, e a opção do legislador pelo emprego do primeiro termo no Código de Processo Civil de 2015. Por fim, investigou-se nas correntes doutrinárias o que é de fato a probabilidade do direito e em qual grau necessário deverá o autor demonstrá-la no processo.

2. Cognição Sumária como Técnica Processual e as Tutelas Provisórias

Dentre as preocupações que permeiam os debates acerca da ciência processual, desponta a questão da eficácia do processo civil como instrumento apto a tutelar adequadamente os direitos na sociedade moderna.¹

O processo, atualmente, é visto como meio – instrumento – de tutela do direito material, e não como um fim em si mesmo.² Para que possa tutelar adequadamente os direitos materiais, o processo deve ser desenhado à luz das mais diferentes técnicas processuais capazes de adaptar o procedimento ao direito debatido.³

Nesse contexto, surge a cognição sumária como técnica processual de fundamental importância para se buscar um processo civil mais atento às peculiaridades dos direitos materiais que procuram tutela no Poder Judiciário.⁴

2.1. Cognição como Atividade Jurisdicional

A cognição pode ser entendida como a atividade do juiz consistente em conhecer e analisar as razões das partes de um litígio submetido ao Poder Judiciário, visando solucionar o conflito de interesses à luz do direito vigente.⁵ Essa atividade de conhecimento do juiz – cognição – passa pela análise das alegações das partes e das provas carreadas ao processo para, ao final, prestar a tutela jurisdicional do direito reclamado.⁶

Como ensina 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

¹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 15.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1994, p. 322.

³ WATANABE, op. cit., p. 83.

⁴ Ibidem, p. 29.

⁵ Ibidem, p. 29-30.

⁶ Ibidem, p. 44.

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.⁷

A fim de simplificar o tema, Watanabe propõe visualizar a cognição como uma atividade de silogismo na qual o juiz, partindo da lei, premissa maior, em confronto com o caso concreto, premissa menor, chega a uma conclusão, a tutela jurisdicional.⁸ É nesse sentido a sua lição:

Procura-se reduzir a atividade do juiz, didaticamente, ao esquema de um silogismo, no qual a regra jurídica abstrata constituiria a premissa maior, os fatos representariam a premissa menor e o provimento do juiz seria a conclusão. A cognição abrangeria a premissa maior e a premissa menor, sendo assim um mecanismo preparador da conclusão última, vale dizer, do provimento do juiz.⁹

Para a adequada prestação da tutela jurisdicional, é imprescindível o exercício da cognição.¹⁰ A partir do momento em que o Estado traz para si o poder de solucionar os conflitos de interesses que surgem na sociedade, faz-se necessário que o juiz atue no sentido de conhecer as razões das partes do conflito, pois somente dessa forma será possível julgar o caso concreto de forma justa¹¹.

Kazuo Watanabe, citando Cândido Rangel Dinamarco, lembra que, quando se fala em cognição, a atividade de conhecimento do juiz no processo civil tem por objeto três grandes temas: questões sobre a regularidade do processo, condições da ação e o mérito da causa.¹² Vale dizer, o juiz, para julgar o feito e tutelar o direito material em debate, deve analisar questões que aludem à regularidade do processo (como os pressupostos processuais), às condições da ação¹³ (interesse

⁷ Ibidem, p. 44.

⁸ WATANABE, 2011, p. 44.

⁹ Ibidem, p. 44-45.

¹⁰ Ibidem, p. 34.

¹¹ Ibidem, p. 34.

¹² Ibidem, p. 51.

¹³ Ciente de que parte da doutrina entende que as condições da ação foram superadas pelo Código de Processo Civil de 2015, tal como dispõe Didier: “[n]ão há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito ‘condição da ação’. A legitimidade ad causam e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais. A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Volume I. 21ª ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2019, p. 363-364.

processual e legitimidade *ad causam*) e, ainda, ao próprio mérito. Tudo isso é objeto da análise exercida pelo juiz – isto é, da cognição.¹⁴

Modernamente, entende-se que a cognição comporta várias classificações, na medida em ela pode ser prestada de forma mais ou menos profunda, bem como ser limitada ou não quanto às matérias que perfazem seu objeto.¹⁵

Nessa linha de raciocínio, a cognição pode ser analisada sob duas perspectivas principais: extensão e profundidade. A extensão nos remete aos limites materiais da atividade cognitiva do juiz, ou seja, se há ou não limite de matérias que o magistrado pode analisar em sua atividade de conhecimento do feito. A profundidade, por sua vez, diz respeito ao quanto o juiz pode se aprofundar na análise de fatos, alegações e provas para firmar sua convicção, alcançando, assim, maior ou menor grau de certeza a depender da profundidade de sua cognição.¹⁶

Sobre a questão, Marcus Vinicius Rios Gonçalves explica:

A cognição, na lição de Kazuo Watanabe, pode ser examinada em dois aspectos: extensão e profundidade. O primeiro diz respeito à existência de limites quanto às questões que podem ser apreciadas no processo; o segundo, ao grau de certeza com que o juiz profere a sua decisão.¹⁷

O aspecto da extensão da cognição também é chamado pela doutrina de plano horizontal. A questão da profundidade, por sua vez, é tida como plano vertical da atividade cognitiva.¹⁸

No plano horizontal, a cognição do juiz pode ser plena ou limitada. Será plena se não houver limites ou restrições quanto às matérias que o juiz pode analisar para construir seu convencimento. Será limitada, por outro lado, se tais limitações existirem.¹⁹

Como procedimentos limitados no plano horizontal, podem ser citados a ação de embargos de terceiro e o processo de desapropriação. Quanto ao primeiro, o artigo 680 do CPC limita as matérias que o embargado pode alegar contra os embargos de credor com garantia real²⁰.

¹⁴ *Ibidem*, p. 51.

¹⁵ *Ibidem*, p. 35-36.

¹⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2020, p. 415.

¹⁷ *Ibidem*, p. 415.

¹⁸ WATANABE, 2011, p. 75.

¹⁹ *Ibidem*, p. 75.

²⁰ *Ibidem*, p. 78.

No processo de desapropriação, por sua vez, o Decreto-Lei 3.365/41 limita o procedimento ao dispor em seu art. 9º que o magistrado da causa não poderá decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública. O Decreto-Lei promove outra limitação material no procedimento, no art. 20, ao estabelecer que a contestação somente poderá versar sobre vício processual ou impugnação quanto ao preço ofertado.²¹

No plano vertical, a depender do grau de profundidade com que o magistrado exerce a cognição – análise das alegações e provas –, sua atividade será classificada em sumária ou exauriente. Diz-se sumária quando o magistrado não se aprofunda em seu juízo cognitivo para decidir – como acontece nas tutelas provisórias. Será exauriente a cognição quando o juiz puder se aprofundar sem restrições nos elementos da causa, a fim de proferir decisão definitiva, apta a produzir coisa julgada material.²²

Partindo dessas bases teóricas, vale notar que a tutela provisória é instrumento que materializa a atividade cognitiva sumária do juiz – isto é, aquela atuação judicial caracterizada pela plenitude na perspectiva horizontal e limitação sob o ponto de vista vertical (profundidade). Ou seja, as tutelas provisórias consistem em técnica criada pelo legislador para viabilizar o exercício da cognição prestada de forma superficial e precária, culminando em provimentos provisórios, proferidos com apoio em atuação carente de profundidade na análise das alegações e provas contidas no processo.²³ Com clareza, Marcus Vinicius Rios Gonçalves explica a questão:

Do ponto de vista da extensão, a cognição é plena nas tutelas provisórias, porque não há restrições quanto às matérias cognoscíveis pelo juiz. O CPC atribui a ele poder geral de deferir a medida que considerar adequada para a sua efetivação.

Do ponto de vista da profundidade, a cognição do juiz é superficial, porque ele não decide com base na certeza da existência do direito – o que seria incompatível com a urgência exigida – mas em mera verossimilhança, plausibilidade do alegado.²⁴

²¹ Ibidem, p. 78.

²² Ibidem, p. 76.

²³ GONÇALVES, 2020, p. 415-416.

²⁴ Ibidem, p. 415-416.

Considerando que, em matéria de cognição, o traço distintivo das tutelas provisórias reside na questão da profundidade com que o juiz analisa os elementos do processo,²⁵ necessário aprofundar o estudo das espécies de cognição vertical: sumária e exauriente.

2.2. Cognição Vertical Sumária e Exauriente

No tocante à possibilidade de o juiz aprofundar-se na análise dos elementos contidos no processo, ou seja, análise no plano vertical, a doutrina classifica a atividade cognitiva em sumária ou exauriente.²⁶

Na cognição exauriente, regra geral do procedimento comum,²⁷ deve o magistrado aprofundar-se no exame e sopesamento das alegações do autor e do réu, bem como no acervo probatório, a fim de proferir decisão fruto de um esgotamento das matérias e questões versadas no processo²⁸.

A cognição sumária, ao contrário da cognição exauriente, funda-se em análise superficial das alegações e provas contidas no processo. Nessa espécie de tutela, não cabe ao magistrado aprofundar-se nos elementos da causa.²⁹ Trata-se, portanto, de atividade cognitiva marcada pela superficialidade.³⁰ Contudo, vale pontuar que, ainda que se trate de atividade cognitiva superficial, a análise feita pelo magistrado é realizada com seriedade e rigor sobre o que já se produziu no curso do processo.

Como não há aprofundamento nos elementos do processo para firmar sua convicção, o juiz, em sede de cognição sumária, somente pode proferir juízos de probabilidade, que são as chamadas tutelas provisórias.³¹ Tais provimentos, por derivarem de atividade cognitiva superficial e incompleta, não são aptos a produzir coisa julgada.³²

²⁵ *Ibidem*, p. 416.

²⁶ WATANABE, 2011, p. 75.

²⁷ *Ibidem*, p. 77.

²⁸ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 415.

²⁹ WATANABE, 2011, p. 81.

³⁰ *Ibidem*, p. 84.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção, de acordo com o CPC de 2015*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018, p. 83.

³² *Ibidem*, p. 84.

É verdade que a atividade cognitiva realizada de maneira exauriente permite um amplo contraditório no processo, franqueando às partes produzir todas as provas pertinentes para influir no convencimento do juiz.³³ Uma vez garantido o amplo contraditório das partes, a decisão proferida com base em cognição exauriente revela-se apta produzir coisa julgada material, diferentemente do que ocorre com as decisões fundadas em cognição sumária.³⁴

Tratando da questão, Luiz Guilherme Marinoni assevera com propriedade:

A tutela de cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório, ou seja, não permite a postecipação da busca da “verdade e da certeza”. Por isso mesmo, a tutela da cognição exauriente, ao contrário da tutela sumária, é caracterizada por produzir coisa julgada material.³⁵

Por outro lado, a ausência de pleno contraditório é característica marcante da cognição sumária. Com efeito, os juízos derivados de atividade cognitiva sumária são proferidos em momento procedimental anterior à plena participação das partes no processo visando influir no convencimento do juiz.³⁶

Por causa disso, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao conceituarem a cognição sumária e a cognição exauriente, partem estritamente do ponto de vista das partes, e não do juiz.³⁷ Para eles, a cognição é exauriente quando às partes foi franqueada a oportunidade de atuar de forma ampla no feito, alegando e produzindo provas para defender seu direito. Já a cognição sumária é vista como aquela em que as partes tiveram pouca ou nenhuma possibilidade de atuar no processo, produzindo provas e alegando o que de direito para convencer o magistrado.³⁸

Quanto a esse modo de ver a cognição sumária, Marinoni, Arenhart e Mitidiero explicam:

A tutela é baseada em cognição sumária quando é prestada mediante um procedimento em que apenas uma das partes teve a oportunidade de se manifestar ou em que o material probatório recolhido ainda é passível de enriquecimento ao longo do procedimento ou ainda de outro procedimento. A tutela sumária, assim, é caracterizada pela incompletude material da causa (“materielle Unvollständigkeit der causae cogntio”). Exemplos de

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 35.

³⁴ *Ibidem*, p. 35.

³⁵ *Ibidem*, p. 35.

³⁶ MARINONI; ARENHART, op cit, p. 87.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. Vol II. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020, p. 44.

³⁸ *Ibidem*, p. 44.

tutelas que podem ser prestadas mediante a técnica da cognição sumária são as tutelas de urgência e de evidência (arts. 300 e 311).³⁹

Portanto, para os autores citados acima, o juízo fundamentado em participação limitada das partes certamente caracteriza-se como sumário e possui natureza provisória, visto que as partes ainda terão a oportunidade de atuar no sentido de convencer o juiz acerca de seu direito, seja alegando fatos, seja produzindo provas.⁴⁰ Ainda para os autores,

Quando o juiz é obrigado a decidir com base em uma participação restrita das partes, o seu juízo é obviamente sumário, não porque o seu conhecimento sobre os fatos apenas possa ser dito provável, mas sim porque as partes ainda não se utilizaram de forma plena das suas oportunidades de participação para o convencimento do juiz. Nesse sentido, a probabilidade deve ser compreendida apenas como uma palavra que quer indicar que o juízo ainda é passível de ser modificado pela influência das partes.⁴¹

Nessa linha de pensamento dos autores, conclui-se que, na cognição dita sumária, não há exaustiva produção de provas, assim como não há espaço para a efetivação do contraditório amplo e irrestrito. Nessa espécie de cognição, o juiz, na maioria das vezes,⁴² se limita a ouvir, uma das partes, proferindo decisão provisória, fundada em poucas provas ou até mesmo na ausência delas, com possibilidade de confirmação ou reversão da decisão após aprofundamento nos elementos do processo e plena participação das partes.⁴³ Por isso, diz-se que há uma incompletude material da causa quando o magistrado profere uma tutela provisória, decisão apoiada em cognição sumária.⁴⁴

A despeito de algumas conclusões corretas dos autores, a classificação por eles empreendida não parece ser a melhor. De fato, o nível de participação das partes no processo varia a depender da profundidade cognitiva exigida para o juiz proferir sua decisão. É dizer, na cognição exauriente, em que o juiz se aprofunda sem restrições nos elementos do processo – alegações e provas – a participação das partes é plena; já quando o juiz decide com base em conhecimento sumário da causa, a participação das partes no seu convencimento tende a ser reduzida.

³⁹ Ibidem, p. 44.

⁴⁰ MARINONI; ARENHART, 2018, p. 87.

⁴¹ Ibidem, p. 87.

⁴² De acordo com o §2º, do art. 300 do CPC, a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. Na prática, o que se verifica é o pedido de antecipação de tutela sendo deferido liminarmente, embora possa ser deferido após a oitiva do réu e até mesmo após toda a fase instrutória, inclusive na sentença ou em grau recursal.

⁴³ MARINONI; ARENHART, 2018, p. 87.

⁴⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 44.

Todavia, a despeito dessa equivalência, não é o nível de participação das partes que classifica a cognição do juiz em sumária e exauriente. É, em verdade, a própria atividade do juiz, exercida com maior ou menor profundidade, que caracteriza a cognição. Ora, o que caracteriza a atividade cognitiva é a maior ou menor profundidade da atuação do juiz, e não o grau de participação das partes, já que se está classificando uma atividade exercida pelo magistrado, e não pelas partes.

É o juiz quem conhece, quem exerce cognição. Não se revelaria adequado classificar uma atividade do juiz à luz da participação das partes. O enquadramento da atividade do juiz nesta ou naquela categoria deve refletir as diferenças de sua própria atuação.

Em que pese a cognição sumária refletir uma menor participação das partes no processo, não é isso que a distingue da cognição exauriente. Trata-se apenas de um dos reflexos da atividade superficial do juiz, visto que nesta exige-se do juiz um grau de certeza menor, fundado em mera probabilidade do direito, sendo dispensável, por isso mesmo, uma participação mais ampla das partes.

Nesse sentido, a linha de pensamento dos autores parece conter um erro de premissa, já que parte de um ponto de vista equivocado, o da parte, para conceituar e classificar a atividade de outro sujeito processual, o juiz.

Portanto, o que se deve ter em mente para classificar a atuação cognitiva do magistrado em sumária ou exauriente é justamente a profundidade dessa atuação, que permite ao juiz alcançar maior ou menor grau de certeza no caso concreto. A participação das partes no processo pode, no máximo, ser considerada um reflexo do grau de profundidade empreendido pelo magistrado em sua cognição.

Superada esta questão, tem-se que à luz da noção de instrumentalidade do processo, a cognição sumária revela-se como técnica processual capaz de tutelar de modo adequado os direitos na era moderna, adaptando o procedimento para acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade, sobretudo aquelas decorrentes da massificação das relações e do surgimento das novas tecnologias.⁴⁵ Sobre o ponto, vale destacar:

⁴⁵ WATANABE, 2011, p. 94.

Na ótica do instrumentalismo substancial a que aludimos no capítulo inicial do trabalho, a cognição sumária constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de processo que tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.⁴⁶

Assim, cabe ao legislador conceber e positivar procedimentos, com base na cognição sumária, aptos a tutelar da melhor forma os direitos materiais. O procedimento deve se adequar às peculiaridades e necessidades que os direitos apresentam, a fim de se alcançar um processo civil justo e efetivo, que tutele de maneira ágil e rápida o direito das partes.⁴⁷

Ressaltando essa ideia de que o processo, à luz das técnicas processuais, deve se adequar ao direito material, Kazuo Watanabe pontifica que:

É por meio do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do “devido processo legal”.⁴⁸

Considerando que a tutela provisória é o instrumento processual que viabiliza a atividade cognitiva sumária no processo civil, o próximo tópico será dedicado ao estudo das tutelas provisórias, notadamente quanto às suas espécies e requisitos para concessão.

2.3. A Técnica da Tutela Provisória

O instituto das tutelas provisórias foi concebido como o instrumento apto a viabilizar a prestação jurisdicional exercida mediante cognição sumária no processo civil. É por meio da concessão de tutelas provisórias que o magistrado presta atividade cognitiva superficial e não

⁴⁶ Ibidem, p. 95.

⁴⁷ Ibidem, p. 98.

⁴⁸ Ibidem, p. 83.

exauriente, proferindo decisões projetadas para serem substituídas por provimento definitivo - fruto de atividade cognitiva exauriente.

De forma simples, a tutela provisória pode ser conceituada como espécie de tutela diferenciada, concedida pelo juiz mediante cognição sumária e precária, fundada na probabilidade do direito, a qual pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo,⁴⁹ sendo idealizada, ainda, para ser substituída por provimento final e definitivo.⁵⁰

Trata-se de matéria que possui fundamento constitucional, visto que a possibilidade de concessão de tutelas provisórias, de modo geral, deriva do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁵¹ Em reforço à previsão constitucional, o legislador infraconstitucional repetiu a garantia de inafastabilidade de jurisdição no artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015.⁵²

A temática das tutelas provisórias prevista no Código de Processo Civil de 1973 passou por inúmeras alterações como, por exemplo, na reforma de 1994, vindo a receber tratamento inovador em muitos aspectos pelo novo diploma processual civil no ano de 2015.

O CPC de 2015 dedicou todo o Livro V da sua parte geral à disciplina das tutelas provisórias. A sistemática abarca tanto as tutelas provisórias fundamentadas na urgência – de natureza antecipada ou cautelar – quanto aquelas fundamentadas na evidência (art. 294, CPC⁵³).

A nova disciplina legal das técnicas de tutelas provisórias acabou aproximando suas espécies, de tal modo que a lei estabeleceu disposições gerais aplicáveis indistintamente a todas elas.

⁴⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2, 10ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 585.

⁵⁰ GONÇALVES, 2020, p. 416.

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 5º, inciso XXXV.

⁵² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 3º.

⁵³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 294.

Segundo a normativa geral, a tutela provisória conserva sua eficácia durante todo o processo, podendo, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada (art. 296, *caput*, do CPC⁵⁴). Na ausência de revogação, a eficácia se mantém, inclusive, durante o período de suspensão do processo.

A competência para concessão de tutela provisória requerida em caráter antecedente, isto é, antes mesmo do oferecimento do pedido principal, será do juízo competente para conhecer do pedido principal. Se requerida de forma incidental – durante o processo –, o próprio juízo da causa será o competente (art. 299, CPC⁵⁵).

Ademais, no que toca à efetivação da tutela provisória porventura concedida, observar-se-ão as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença, naquilo que não contrariar a natureza provisória e sumária das tutelas. Além disso, o CPC autoriza que o juiz determine quaisquer providências que considerar necessárias à efetivação da tutela, deixando, aí, ampla margem de liberdade para que o magistrado lance mão das medidas que entenda mais adequadas para tutelar o direito da parte (art. 297, CPC⁵⁶).

É preciso esclarecer, ainda, que no âmbito das tutelas provisórias, o que se antecipa não é propriamente a tutela definitiva pretendida pelo autor, isto é a declaração, (des)constituição do direito ou a condenação do réu, vez que esta somente pode ser concedida após atividade cognitiva exauriente do juiz. O que se antecipa, na verdade, são os efeitos práticos que adviriam da tutela final almejada pelo requerente. Teori Albino Zavascki explica melhor:

O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendida como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença;

⁵⁴ BRASIL. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 296.

⁵⁵ BRASIL. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 299.

⁵⁶ BRASIL. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 297.

antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos.⁵⁷

Assim, não se revela tecnicamente correto falar em antecipação de tutela, como corriqueiramente se verifica na prática forense. A antecipação é, em verdade, dos efeitos da tutela definitiva, a fim de que a parte possa gozar do próprio direito almejado – tutela antecipada ou satisfativa – ou ver seu direito garantido para que, futuramente, possa ser devidamente satisfeito – tutela cautelar ou conservativa.

As tutelas provisórias, por meio da antecipação dos efeitos da tutela final, possuem a finalidade de conferir maior efetividade ao processo. Elas antecipam ou garantem o provimento final, retirando da esfera jurídica do autor o ônus da demora do processo. Daí dizer que a antecipação dos efeitos da tutela acaba por inverter o ônus da demora na realização do processo, repassando-o, ainda que de forma precária, ao réu, tendo em vista a probabilidade do direito do autor.

Em regra, exige-se pedido expresso da parte para que se dê a concessão de tutela provisória. É o que resulta de uma interpretação literal do texto legal. Trata-se, porém, de questão polêmica, havendo doutrinadores que defendem tanto a necessidade quanto a desnecessidade do requerimento.

Há quem sustente ser possível a concessão de tutelas provisórias de forma livre pelo juiz, mesmo quando ausente qualquer requerimento nesse sentido. Tal entendimento fundamenta-se no poder geral de cautela, que confere ao magistrado o poder-dever de conservar as partes, os direitos e os objetos envolvidos no litígio para se garantir a efetividade do processo e até mesmo a utilidade do provimento final. É nesse sentido o magistério de Cássio Scarpinella Bueno:

à luz do ‘modelo constitucional do processo civil’, a resposta mais afinada é a positiva. Se o juiz, analisando o caso concreto, constata, diante de si, tudo o que a lei reputa suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, à exceção do pedido, não será isso que o impedirá de realizar o valor ‘efetividade’, máxime nos casos em que a situação fática

⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante*, in *Inovações do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 38.

envolver a urgência da prestação da tutela jurisdicional (art. 273, I), e em que a necessidade da antecipação demonstrar-se desde a análise da petição inicial.⁵⁸

Outros doutrinadores, por sua vez, entendem pela impossibilidade absoluta de concessão de tutelas provisórias sem que haja provocação nesse sentido⁵⁹. Esse posicionamento se justifica, principalmente, por duas razões: primeiramente, não há previsão legal permitindo a atuação de ofício do magistrado no âmbito das tutelas provisórias; segundo, a revogação de tutela eventualmente concedida poderia gerar responsabilidade patrimonial para aquele que dela se beneficiou, mesmo sem tê-la pedido.

A segunda corrente parece ser a mais correta à luz da sistemática processual civil vigente. É que o CPC, em seu artigo 302,⁶⁰ prevê a responsabilidade objetiva da parte beneficiária da tutela pelos danos que ela causar à parte contrária nos casos de sua revogação ou perda da eficácia. Assim, em vista da possível responsabilidade por indenização devida ao réu, não parece razoável que o juiz possa conceder tutelas sem o prévio requerimento, sob pena de permitir que se crie com isso uma situação de prejuízo ao autor, derivada de atividade de ofício do magistrado e não desejada pela parte.

Ademais, a ausência de previsão legal da possibilidade de deferimento de tutelas provisórias de ofício pelo juiz parece ter sido uma omissão consciente do legislador na elaboração do novo diploma processual civil. Isso porque o projeto aprovado pelo Senado foi enviado à Câmara dos Deputados contendo dispositivo que admitia essa concessão sem provocação da parte, nos seguintes termos: “art. 277 Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”. O dispositivo foi excluído do projeto final, o que culminou na aprovação do texto do novo CPC sem essa possibilidade.⁶¹ A omissão, nessa linha de raciocínio, parece ter sido proposital, a fim de inviabilizar concessões de tutelas provisórias carentes de requerimento.

⁵⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Volume V. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 11.

⁵⁹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 526.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 302.

⁶¹ GONÇALVES, 2020, p. 429.

2.3.1. Tutela Provisória de Urgência

Sabe-se que as tutelas provisórias podem ter como fundamento para sua concessão a urgência ou a evidência. Sejam antecipadas ou cautelares, as tutelas fundadas na urgência possuem os mesmos requisitos para sua concessão, os quais se encontram insculpidos no *caput* do artigo 300, cuja relevância justifica sua transcrição:

A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.⁶²

A unificação dos requisitos⁶³ para a concessão das tutelas fundadas na urgência é salutar, considerando que nem sempre é fácil distinguir, no caso concreto, se se trata de situação que reclama tutela de natureza antecipada ou cautelar.

Essa uniformização dos requisitos, somada à fungibilidade que há entre as tutelas de urgência instituída pelo CPC de 2015 – artigo 305, parágrafo único⁶⁴ –, permite ao juiz conceder a tutela que lhe parecer mais adequada ao caso, não ficando limitado à espécie expressamente requerida pela parte.

A “probabilidade do direito” exigida no *caput* do artigo 300 do CPC⁶⁵ “constitui descrição em maior ou menor grau aproximada da verdade”.⁶⁶ A probabilidade “concerne a uma alegação concreta e indica a existência de válidas razões para tomá-la como correspondente à realidade”.⁶⁷ É dizer, o código impõe ao juiz lançar mão de um juízo de probabilidade acerca da existência do direito do autor. A probabilidade deve estar fundada em elementos que indiquem, em um juízo

⁶² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 300.

⁶³ Nesse sentido, veja-se enunciado doutrinário: **Enunciado 143/FPPC**: A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 305.

⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 300.

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela. Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 115.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 115.

sumário, apenas a probabilidade do direito alegado, e não propriamente a sua existência. Trata-se do antigo *fumus boni iuris*, entendido como a “fumaça do bom direito”.

Acerca do termo “probabilidade do direito”, Didier, Braga e de Oliveira ensinam:

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa avaliar se há “elementos que evidenciem” a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC).⁶⁸

A definição e alcance da expressão “probabilidade do direito” será trabalhada com mais detalhes em tópico próprio deste trabalho.

Ao lado do requisito da probabilidade, a legislação condiciona a concessão de tutelas provisórias de urgência à existência de elementos que evidenciem o “perigo de dano” ou o “risco ao resultado útil do processo”. É justamente o que se convencionou chamar de *periculum in mora*.

Com esse requisito, quis a legislação erigir, de forma clara, a urgência como fundamento para concessão dessas tutelas. O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, para se configurar, exige que seja demonstrada uma situação de risco, no plano fático, que ameaça o direito almejado pelo autor. Dito de outra forma, a parte deverá trazer aos autos elementos que denotem situação de urgência na qual seu direito corre risco de perecer por algum motivo, de modo que seja necessária a concessão de tutela com vistas a conceder o bem da vida buscado de forma antecipada, por meio de tutela antecipada, ou a assegurar que o direito possa ser devidamente satisfeito em momento futuro, por meio de tutela cautelar.⁶⁹

Para conceder tutelas de urgência, pode o juiz, a depender do caso, exigir caução real ou fidejussória, com a finalidade de garantir o ressarcimento de quaisquer danos que a outra parte possa sofrer, caso a tutela seja posteriormente revogada ou perder sua eficácia. Quando se tratar de

⁶⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA; 2015, p. 595-596.

⁶⁹ GONÇALVES, 2020, p. 407.

parte economicamente hipossuficiente, permite-se ao juiz dispensar a caução, quando não se puder oferecê-la (art. 300, §1º, CPC⁷⁰).

Ambas as espécies de tutela provisória de urgência, antecipada e cautelar, podem ser concedidas tanto em caráter antecedente – antes mesmo do início do processo, com o oferecimento do pedido principal – como incidental – durante o procedimento.

As hipóteses de requerimento de tutela de urgência, antecipada ou cautelar, em momento antecedente receberam do novo Código de Processo Civil disciplina procedimental própria, a ser trabalhada em momento oportuno. A seguir, serão analisadas as espécies de tutelas provisórias de urgência.

2.3.1.1. Tutela Provisória de Urgência de Natureza Antecipada

Como o nome já supõe, a tutela antecipada é aquela que antecipa os efeitos da tutela definitiva, concedendo ao autor, de maneira provisória, o bem da vida por ele desejado.⁷¹

Trata-se de tutela de natureza satisfativa, já que acaba por satisfazer o direito do autor de forma antecipada,⁷² por meio de decisão calcada em cognição sumária e superficial⁷³, sempre fundada na probabilidade do direito e inserida em um contexto de perigo de dano ao direito do requerente ou de risco ao resultado útil do processo, conforme leitura do art. 300, *caput* do CPC/15.

Pela tutela de natureza antecipada, portanto, o juiz, à vista de uma situação de risco, em que o perigo na demora da concessão de uma tutela definitiva fundada em cognição exauriente põe em xeque a satisfação do direito, antecipa os efeitos satisfativos que somente seriam alcançados ao

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 300.

⁷¹ GONÇALVES, op. cit., p. 432-433.

⁷² Ibidem, p. 432-433.

⁷³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 157.

final do processo e concede ao autor o bem da vida almejado, permitindo a imediata satisfação da pretensão da parte.⁷⁴

Considerando que o pedido de tutela antecipada se baseia na probabilidade do direito, o CPC veda sua concessão na hipótese de haver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.⁷⁵

Muito se discute se a proibição acima referida seria absoluta ou se haveria hipóteses em que o magistrado está autorizado a conceder a tutela mesmo quando caracterizado perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Há corrente doutrinária que defende que a vedação é absoluta, sobretudo pela interpretação literal do dispositivo que a prevê. Entende que a ausência de exceções à regra é legítima, na medida em que não se pode, por meio de decisão naturalmente precária (decorrente de um juízo superficial), criar prejuízo definitivo para a outra parte.⁷⁶

Todavia, existe corrente em sentido oposto. Para alguns, a vedação absoluta de concessão da medida em casos de possível irreversibilidade de seus efeitos fere a própria garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁷⁷). Seria possível, portanto, a concessão da tutela, ainda que em um contexto fático de possível irreversibilidade, devendo o magistrado tutelar o direito mais relevante dentre os postos em conflito, sempre à luz do princípio da proporcionalidade.

Consoante o magistério de Alexandre Freitas Câmara:

Diante de dois interesses na iminência de sofrerem dano irreparável, e sendo possível a tutela de apenas um deles, caberá ao juiz proteger o interesse mais relevante, aplicando-se o *princípio da proporcionalidade*, o que lhe permite, nestas hipóteses, antecipar a tutela jurisdicional (ainda que, com tal antecipação, se produzam efeitos irreversíveis).⁷⁸

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 56ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 140.

⁷⁵ Art. 300. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 611.

⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 5º, XXXV.

⁷⁸ CÂMARA, 2009, p. 453.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero sustentam não haver lógica na vedação legal⁷⁹. É que a concessão de tutela antecipada assenta-se na probabilidade do direito do requerente. Sendo assim, o juiz apenas cogitará deferi-la quando reconhecer que é plenamente provável que o direito do autor exista. Se assim entende, é porque o réu, a seu ver, tem a seu lado um direito improvável. Dessa feita, a vedação legal acaba por impedir a concessão de um provável direito do autor em benefício de um improvável direito do réu:

Como está claro, nos casos em que o direito do autor (que deve ser mostrado como provável, uma vez que a probabilidade do direito é requisito para a própria concessão da tutela antecipada), está sendo ameaçado por perigo na demora, é ilógico não se conceder a tutela sumária com base no argumento de que ela pode trazer um dano ao direito que é improvável. O direito fundamental à adequada tutela jurisdicional estaria sendo negado se o juiz estivesse impedido de conceder tutela antecipada apenas porque corre o risco de causar prejuízo irreversível.⁸⁰

Superado este debate, vale lembrar que a tutela de urgência de natureza antecipada pode ser requerida a qualquer momento processual, tendo como limite o trânsito em julgado do feito (artigo 294, parágrafo único, CPC⁸¹).

A tutela pode ser requerida até mesmo antes de formulado o pedido principal. O CPC, nos casos em que a urgência seja contemporânea à propositura da ação, permite que o autor se limite ao requerimento de tutela antecipada, apenas indicando o pedido de tutela final. Trata-se da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Nos casos em que requerida de forma antecedente, o autor deverá deixar isso claro em sua petição, como manda o CPC (art. 303, §5^o⁸²).

O procedimento da tutela requerida de forma antecedente está previsto no artigo 303 do CPC.⁸³ O autor limitar-se-á ao pedido de tutela, indicando o pedido de tutela final, com a exposição

⁷⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 246.

⁸⁰ Ibidem, p. 246.

⁸¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 294.

⁸² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 303.

⁸³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 303.

da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Cabe ao autor, ainda, indicar o valor da causa na mesma oportunidade, o qual refletirá o pedido de tutela final.

Em sendo deferida a antecipação de tutela, cabe ao requerente aditar a petição, com a complementação da argumentação e juntada de novos documentos, acompanhados da confirmação do pedido de tutela final, no prazo de 15 dias ou em outro que o juiz fixar.

Pelo que prescreve o artigo 304 da mesma lei,⁸⁴ a antecipação de tutela concedida torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso, no caso, o agravo de instrumento.

A possibilidade de estabilização da tutela de urgência é técnica processual nova no processo civil brasileiro, importada do direito francês⁸⁵ pelo CPC de 2015. Com isso, o legislador quis simplificar aquelas situações em que as partes se encontram satisfeitas com a concessão da simples tutela antecipada, não havendo interesse em seguir com o processo em busca de uma decisão definitiva⁸⁶.

Para evitar o fenômeno da estabilização, o artigo 304 do diploma processual civil impõe a interposição do recurso cabível. A exigência legal de interposição de recurso para evitar a estabilização da tutela acabou por gerar enorme polêmica na jurisprudência. Afinal, a legislação reclama a interposição de “recurso” no sentido técnico do termo,⁸⁷ ou seria suficiente a mera demonstração de irrisignação com a tutela concedida, mediante simples impugnação, veiculada, por exemplo, em contestação?

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui decisões em ambos os sentidos. No ano de 2018, a Terceira Turma do STJ entendeu que qualquer meio de impugnação seria válido para afastar a estabilização da tutela provisória quando do julgamento do Recurso

⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 304.

⁸⁵ GONÇALVES, 2020, p. 453.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 453.

⁸⁷ Segundo a clássica lição de Barbosa Moreira, recurso é “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 233.

Especial nº 1.760.966/SP.⁸⁸ Por outro lado, em 2019, a Primeira Turma do STJ acabou entendendo que o Código utilizou a palavra “recurso” em acepção técnica, sendo este o único meio legítimo para afastar a estabilização no julgamento do Recurso Especial nº 1.797.365/RS.⁸⁹

Sem embargo da discussão acima exposta, uma vez concedida, e não sendo impugnada na forma devida, a tutela antecipada conservará sua eficácia enquanto não for revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida em ação proposta especificamente com esse intuito.

As partes possuem o prazo de dois anos para propor a ação visando a reanálise da tutela antecipada, cuja contagem terá início da ciência da decisão que extinguiu o processo (art. 304, §

⁸⁸ RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (...)

3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", **a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária**, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, **a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença.**

5. Recurso especial desprovido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.760.966/SP*, Terceira Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF. Julgado em 04/12/2018, Dje em 07/12/2018).

⁸⁹ PROCESSUAL CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA.

I - Nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada, deferida em caráter antecedente (art. 303), estabilizar-se-á, quando não interposto o respectivo recurso.

II - Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis.

III - A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão.

IV - A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento.

V - Recurso especial provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.797.365/RS*, Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF. Julgado em: 03/10/2019, DJe em: 22/10/2019).

5º, do CPC⁹⁰). O CPC ainda prevê que o juízo que tiver concedido o pedido de tutela antecipada será prevento para a ação de revisão, nos termos do parágrafo 4º do artigo 304.

A decisão que defere a tutela antecipada não faz coisa julgada. Isso fica claro pelo que dispõe o artigo 304, §6º, do CPC⁹¹. Dada a sumariiedade da cognição exercida para a concessão da tutela antecipada, o Código permite afastar a estabilidade de seus efeitos por meio do procedimento acima referido (decisão proferida em ação que vise especificamente à revisão, reforma ou invalidação da tutela). Todavia, a legislação não deixa claro o que ocorre após o transcurso do prazo de dois anos para revisão. Posto isso, indaga-se: o que ocorre com a decisão antecipatória após o transcurso *in albis* do prazo para sua revisão? Caberia ação rescisória no prazo de mais dois anos? São questionamentos ainda não respondidos pela jurisprudência.

Quanto à primeira indagação, prevalece no âmbito doutrinário que após o prazo de dois anos previsto na lei haverá uma estabilização qualificada da tutela, não chegando a se igualar à coisa julgada.⁹² Essa estabilidade qualificada teria efeitos semelhantes à coisa julgada, porém não teria as qualidades da imutabilidade e indiscutibilidade próprias desta, de modo que qualquer juiz poderia decidir de forma diversa se provocado em outro processo.

Já no tocante à segunda questão, parece se destacar o entendimento de que, após o prazo de dois anos previsto na lei para a propositura da ação de revisão da tutela, abre-se prazo de mais dois anos para ajuizamento de ação rescisória, à semelhança do que ocorre com as decisões qualificadas pelo trânsito em julgado. No ponto, valiosas as lições de Humberto Theodoro Júnior, que pontifica:

Essa estabilização definitiva gera efeito similar ao trânsito em julgado da decisão, que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada. Admitida a equivalência com a coisa julgada, o prazo de dois anos para a modificação da decisão estabilizada não abrangeria nem anularia o prazo correspondente à ação rescisória, uma vez que este somente começa a correr após o trânsito em julgado das decisões. Assim, apenas após a estabilização

⁹⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 304.

⁹¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 304.

⁹² GOUVEIA, Lúcio Grassi; PEREIRA, Mateus Costa. *Breves considerações acerca da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente*, in RePro 280/206. 2017. No mesmo sentido: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória*, in Temas Essenciais do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 206-207.

definitiva da decisão sumária é que se iniciaria eventual prazo para o manejo da rescisória.⁹³

Não é outra a conclusão a que chega Araken de Assis, para quem:

A partir do trânsito em julgado, vencido os dois anos do art. 304, § 5º, fluirá o prazo da rescisória (art. 975), remédio cabível nos termos do art. 966, não se confundindo com a ação do art. 304, § 2º, por seu pressuposto (coisa julgada) e fundamentos.⁹⁴

Interessante mencionar ainda que, ao lado da tutela requerida em caráter antecedente, cabe requerimento feito incidentalmente no processo, ou seja, após ter sido iniciada a demanda principal. Quanto a esta modalidade não há grandes questionamentos, visto que pode ser requerida por simples petição dirigida ao juízo com a comprovação dos requisitos informados no caput do artigo 303 do CPC.⁹⁵

2.3.1.2. Tutela Provisória de Urgência de Natureza Cautelar

Juntamente com a tutela de natureza antecipada, o CPC prevê outra espécie de tutela fundada na urgência, qual seja, a tutela de natureza cautelar. Diferentemente da tutela antecipada, a tutela cautelar não visa conceder ao autor o gozo do direito almejado no provimento final, mas sim garantir (proteger) este direito, para que, afastando uma situação de risco, possa ser fruído ao final do processo, quando concedido por sentença definitiva.

Consiste, pois, em tutela eminentemente conservativa, destinada a assegurar o direito do autor que, por quaisquer razões, encontra-se inserido num contexto de risco, a ensejar perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.⁹⁶ Não há, portanto, antecipação dos efeitos buscados

⁹³ THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 670.

⁹⁴ ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*. Vol. II, Tomo II, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 494.

⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 303.

⁹⁶ GONÇALVES, 2020, p. 407.

com a tutela definitiva, nem se concede de forma precipitada a fruição do bem da vida. O que há na tutela cautelar é apenas a tomada de medidas práticas visando a conservação do direito do autor, para que possa ser tutelado adequadamente no momento processual oportuno.

Na mesma linha, Leonardo Ferres da Silva explica que:

A tutela cautelar serve ao propósito de simplesmente proteger determinada situação, evitando-se, com isso, ineficácia do processo ou mesmo resultado futuro desfavorável. Não há fruição do bem da vida ou de algum de seus efeitos, mas tão somente a proteção para que a fruição seja possível num momento ulterior. Nesse contexto, a tutela de urgência assume função conservativa. Protege-se para viabilizar, no futuro, a satisfação.⁹⁷

Semelhante à tutela antecipada, a tutela cautelar pode ser requerida tanto incidentalmente, isto é, no curso do processo, quanto de forma antecedente – prévia à propositura do requerimento final.

Quando pretender fazer uso da tutela cautelar antecedente, deve o autor, ao fazer o pedido, indicar a lide e seu fundamento, trazer breve exposição do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 305, CPC⁹⁸).

Em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo, o CPC estabelece a fungibilidade entre a tutela cautelar e antecipada (art. 305, caput⁹⁹). Dessa forma, permite-se que o juiz conceda tutela de natureza diversa da que foi pedida, desde que se afigure a mais adequada ao caso concreto, não ficando vinculado ao pedido do autor.

A esse respeito, precisas são as lições de Arruda Alvim:

No CPC/2015, dada a proximidade entre os tipos de medida de urgência, essa fungibilidade deve existir, e o exame da possibilidade dessa conversão deve ser feito *ex officio* pelo juiz. Assim, o art. 305, parágrafo único, do CPC/2015, ordena que, se o autor requerer uma medida cautelar que tiver natureza de medida antecipada, o juiz deve seguir o procedimento desta, e não daquela. Parece estar subjacente à *mens legis* dotar o juiz de poderes amplos para, em situações de urgência, evitar que um simples engano formal

⁹⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória*, in Temas Essenciais do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 181.

⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 305.

⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 305, caput.

prejudique o autor, tolhendo-o de seu direito fundamental à efetividade do processo. Assim, desde que presentes os pressupostos da falta da tutela antecipada ou da medida cautelar, é imperiosa a concessão da tutela de urgência, ainda que o autor se tenha formalmente equivocado em seu pedido.¹⁰⁰

Cuida-se de regra louvável, que se destina a prestigiar a efetividade do processo, valor de extrema importância para o direito processual moderno. A fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar vai ao encontro da moderna diretriz de simplificação e operacionalização do sistema processual, na qual o legislador se baseou para a construção do diploma de 2015.

Uma vez concedida a tutela cautelar em caráter antecedente, impõe-se ao autor a apresentação do pedido principal nos mesmos autos em que deduzido o pedido da cautelar, não dependendo de novas custas processuais, já que tudo ocorre dentro do mesmo processo. Na mesma oportunidade, pode o autor aditar a causa de pedir que embasou o requerimento cautelar, para adequá-la ao pedido principal (art. 308, §2º, CPC¹⁰¹).

Da mesma forma como ocorre na tutela antecipada, o indeferimento da tutela cautelar não impede a formulação do pedido principal, não possuindo qualquer reflexo no julgamento deste (art. 310, CPC¹⁰²). Vale dizer, o simples indeferimento da medida cautelar não tem o condão de obstar a parte de requerer a tutela definitiva.

Entretanto, há exceção à regra. Se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou prescrição, a decisão impedirá o autor de formular o pedido principal e definitivo, conforme determina a parte final do *caput* do artigo 310 do CPC.¹⁰³

¹⁰⁰ ALVIM, Arruda. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 180.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 308.

¹⁰² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 310.

¹⁰³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 310.

2.3.2. Tutela Provisória de Evidência

Como dito acima, a sistemática do novo CPC prevê que as tutelas provisórias podem fundar-se em dois motivos: urgência ou evidência. Aquelas baseadas na urgência foram analisadas no capítulo anterior. Será examinada agora a tutela fundada na evidência.

A tutela da evidência foi criada pelo legislador com o objetivo de tutelar o autor que possui uma alta probabilidade do direito, mas que não necessita demonstrar um contexto de urgência em que a demora do processo represente risco para seu direito. Por meio da tutela da evidência, antecipa-se os efeitos da tutela final requerida por aquele que demonstra alta probabilidade de seu direito, ainda que não sofra com uma situação de risco gerada pela demora normal de um processo.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

A tutela da evidência não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. Justifica-se pela possibilidade de aferir a liquidez e certeza do direito material, ainda que sem o caráter de definitividade, já que o debate e a instrução processuais ainda não se completaram. No estágio inicial do processo, porém, já se acham reunidos elementos de convicção suficientes para o juízo de mérito em favor de uma das partes.¹⁰⁴

Cuida-se, assim, de autêntica tutela de natureza antecipada, fundada apenas na comprovação suficiente do direito material do autor, que tem por finalidade satisfazer antecipadamente seu direito, invertendo o ônus da demora do processo¹⁰⁵. Em outros termos, repassa-se ao réu o ônus da demora do processo, permitindo que o autor goze antecipadamente do seu direito altamente provável.¹⁰⁶

A tutela da evidência, instrumento que busca dar maior efetividade ao processo civil, ancora-se na ideia básica de que não se mostra razoável que o autor, portador de um direito altamente provável, e por isso mesmo evidente, tenha que sofrer os danos decorrentes da natural

¹⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 674.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 675.

¹⁰⁶ GONÇALVES, 2020, p. 437.

demora de um processo judicial, até a prolação de sentença definitiva.¹⁰⁷ Para os casos assim, optou o Código por permitir a concessão de tutela antecipada, transferindo ao réu toda sorte de danos porventura gerados pela morosidade da marcha processual.

No ponto, convém trazer a seguinte lição da doutrina:

Há situações em que o direito invocado pela parte se mostra com um grau de probabilidade tão elevado, que se torna evidente. Nessas hipóteses, não se conceber um tratamento diferenciado, pode ser considerado como uma espécie de denegação de justiça, pois, certamente, haverá o sacrifício do autor diante do tempo do processo.¹⁰⁸

A essa altura, percebe-se a diferença elementar entre a tutela da evidência e a tutela da urgência: enquanto esta pressupõe o *periculum in mora* – o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; a tutela da evidência, por sua vez, prescinde da urgência, contentando-se com a alta probabilidade da existência do direito do autor – situação de evidência.¹⁰⁹

Cândido Rangel Dinamarco, discorrendo sobre o assunto, sintetiza a ideia na seguinte passagem:

A tutela da evidência é substancialmente uma *tutela antecipada*, com a especial peculiaridade consistente em não ser condicionada a urgência alguma, ou seja, ao risco de perecimento do direito por força do tempo inimigo (*periculum in mora*).¹¹⁰

A evidência de que trata o Código em seu artigo 311 pode ser entendida como o fato jurídico processual que autoriza a concessão da tutela provisória e se confunde com a alta probabilidade de existência do direito do autor. Sobre a questão, válido trazer a explanação de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

¹⁰⁷ GONÇALVES, 2020, p. 437.

¹⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 523.

¹⁰⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 416.

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 7ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 857.

Perceba-se que a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela.¹¹¹

Esclarecida a ideia geral do instituto, não se pode olvidar que o novo CPC trouxe um rol taxativo de situações em que a tutela da evidência poderá ser concedida em seu artigo 311 do CPC¹¹². Todas as hipóteses retratam situações em que o autor possui alta probabilidade de que seu direito exista, somada a uma pequena chance de real existência do direito por parte do réu.

A tutela da evidência somente pode ser requerida em caráter incidental¹¹³, isto é, após o início do feito, na medida em que todas as hipóteses legais de tutela da evidência pressupõem o anterior oferecimento de pedido de tutela final. Isso pode ser retirado da própria redação dos incisos do artigo 311 do CPC.¹¹⁴ Todos retratam situações em que já há um processo constituído com o pedido final devidamente proposto pelo autor, não havendo espaço para se falar em requerimento antecedente¹¹⁵.

Diferente do que ocorre com as tutelas fundadas na urgência, o CPC limita as hipóteses em que o magistrado poderá deferir, em caráter liminar, a tutela fundada na evidência. Somente se faz possível a concessão, em caráter liminar, de tutelas da evidência nos casos que se enquadrem nos incisos II e III do artigo 311 do CPC,¹¹⁶ ou seja: quando as alegações de fato puderem ser

¹¹¹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 617.

¹¹² Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. BRASIL. **Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 311

¹¹³ GRECO, Leonardo. *A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil, in Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015, Pág. 130.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 311.

¹¹⁵ GRECO, op. Cit., p. 130.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2021. Art. 311

comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; ou quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito.

Feita essa explanação geral acerca das tutelas provisórias, importa notar que a probabilidade do direito figura como requisito de suma importância para a concessão de qualquer espécie de tutela provisória. É o que se extrai do *caput* do artigo 300 do CPC.¹¹⁷ Todavia, a lei não deixa claro o que significa esta “probabilidade”, nem o que seriam os “elementos que evidenciem a probabilidade do direito”, expressão também contida no referido dispositivo.

Diante desses conceitos legais abertos, faz-se necessário perquirir acerca do preciso significado de probabilidade, bem como do que se deve entender por elementos que evidenciem a probabilidade para fins de concessão de tutela provisória.

¹¹⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10/12/2021. Art. 300.

3. Juízo de Probabilidade e Verossimilhança

O Código de Processo Civil de 2015 endereçou uma importante situação que era questionada há muito pela doutrina no contexto da tutela de urgência: o convencimento a partir da verossimilhança da alegação. O art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 dispunha: “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”.¹¹⁸

O art. 300 do CPC/2015 estabelece novos requisitos para a concessão da tutela de urgência: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.¹¹⁹

Passa a ser requisito para o deferimento da tutela de urgência a probabilidade do direito e não mais a verossimilhança da alegação. Dentro do processo civil, na prática, há uma grande diferença não só entre o significado dos termos, mas o seu alcance para a cognição do juízo que irá analisar o pedido de antecipação da tutela.

De acordo com o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis, o significado da palavra probabilidade consiste na “[p]erspectiva positiva de que alguma coisa aconteça ou seja factível; chance, possibilidade. Possibilidade extremamente favorável da realização de um acontecimento, entre inúmeros possíveis, baseada na frequência relativa dos acontecimentos do mesmo tipo numa sequência de tentativas”.¹²⁰

¹¹⁸ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em 12/10/2021.

¹¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 12/10/2021.

¹²⁰ Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis. Editora Melhoramentos Ltda., 2015. Acesso em 12/10/2021. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=probabilidade+>.

Já a palavra verossimilhança significa “[p]ropriedade do que é verossímil.¹²¹ Verossímil, por sua vez, consiste naquilo “[q]ue tem aparência de algo verdadeiro. Em que há condições de ter ocorrido realmente; acreditável”.¹²²

O Dicionário da Língua Portuguesa Aurélio define probabilidade como “[m]otivo ou indício que deixa presumir a verdade ou a possibilidade dum fato; verossimilhança”.¹²³ Verossímil significa “[s]emelhante à verdade; que parece verdadeiro. Que não repugna à verdade; provável”.¹²⁴

Veja que a definição dada pelo Dicionário Aurélio utiliza a palavra verossimilhança como sinônimo da palavra probabilidade. De fato, no uso cotidiano não se percebe uma diferença prática entre as duas palavras.¹²⁵ Porém, a introdução da palavra probabilidade pelo Código de 2015 traz importante diferença para o aspecto processual civil.

Primeiro, deve se ter em mente que a antecipação da tutela ocorre em momento de juízo de cognição sumária e não objetiva a obtenção da verdade dentro do processo. A cognição sumária gera um juízo de probabilidade.¹²⁶

Sustenta Michele Taruffo que a discussão acerca da utilização dos termos se iniciou a partir da tradução da palavra alemã *Wahrscheinlichkeit* por Piero Calamandrei.¹²⁷ Para Taruffo, o problema reside na tradução conceitual realizada por Calamandrei. Ainda que numa análise terminológica *Wahrscheinlichkeit* signifique tanto probabilidade quanto verossimilhança, o termo para a doutrina alemã, conceitualmente, significa probabilidade, e tal questão não foi endereçada por Calamandrei, que utilizou as palavras como sinônimas. De acordo com Taruffo,

En efecto, se reconducen al mismo dos significados distintos: a) según el primero, verosimilitud se refiere a algo que tiene la apariencia de ser verdadero, afecta a la alegación del hecho y es una valoración independiente y preliminar respecto al

¹²¹ Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis. Editora Melhoramentos LTDA, 2021. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=verossimilhan%C3%A7a>. Acesso em 12/10/2021.

¹²² Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis. Editora Melhoramentos LTDA, 2021. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=veross%C3%ADmil>+. Acesso em 12/10/2021.

¹²³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999, p. 1640.

¹²⁴ *Ibidem*, pg. 2063.

¹²⁵ As definições das palavras probabilidade e verossimilhança foram trazidas para o texto numa tentativa de demonstrar que a questão não é tão simples assim. Certo de que se o fosse, uma simples consulta ao dicionário bastaria para elucidar a questão e a discussão se encerraria aí.

¹²⁶ MITIDIERO, 2019.

¹²⁷ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

procedimiento probatorio; b) en el segundo sentido, verosimilitud equivale a probabilidad, advirtiendo, sin embargo, que en el proceso la verosimilitud-probabilidad se usa como sustituto de la verdad.

Para o italiano, o problema não está na tradução em si do termo, mas na aplicação indistinta das palavras, conjuntamente ou alternativamente, “como si no hubiese diferencia entre ellos, en un contexto que tenga pretensiones de ser científicamente aceptable”.¹²⁸

A verossimilhança corresponderia a um grau da capacidade representativa de uma descrição a respeito da realidade.¹²⁹ Não seria necessário, portanto, conhecer a realidade posta para que se pudesse descrever a verossimilhança do que se alega:

se puede de todos modos observar que el juicio de verosimilitud se puede formular sensatamente teniendo, por un lado, una descripción y, por el otro, una hipótesis (a menudo fundada sobre alguna concepción acerca del orden normal de las cosas) sobre la eventualidad de que exista una realidad parecida al objeto representado. Desde este punto de vista, la referencia del juicio de verosimilitud puede no ser la realidad, sino una hipótesis que se formula acerca de ésta y que se emplea como parámetro para valorar si una aserción es o no verosímil.¹³⁰

Para Taruffo, probabilidade refere-se ao “grado de fundamentación, de credibilidad y de aceptabilidad sobre la base de los elementos de prueba disponibles en un contexto dado”.¹³¹ Ou seja, a probabilidade de uma alegação corresponde à sua credibilidade e aceitabilidade dentro de um determinado arcabouço probatório fornecido que corrobora, ou não, uma alegação específica.

Em contrário, a verossimilhança corresponderia a uma hipótese plausível conforme a ordem de normalidade das coisas, “en una situación en la que esa aserción no haya sido sometida todavía a verificación probatoria o demostrativa”.¹³² Isto é, a verossimilhança prescinde de elementos probatórios, ao passo que, a probabilidade estaria pautada em elementos que justificam a crença na veracidade da afirmação e não na sua verossimilhança.

Daniel Mitidiero segue a mesma corrente. Para o autor, “a probabilidade constitui descrição em maior ou menor grau aproximada da verdade”.¹³³ Ou seja, quando se diz que uma

¹²⁸ Ibidem, p. 185.

¹²⁹ Ibidem, p. 185.

¹³⁰ Ibidem, p. 185-186.

¹³¹ TARUFFO, 2005, p. 187-188.

¹³² Ibidem, p. 188.

¹³³ MITIDIERO, 2019, p. 115.

alegação é provável, se está dizendo que, em alguma proporção, ela corresponde à verdade. Assim, “a probabilidade concerne a uma alegação concreta e indica a existência de válidas razões para tomá-la como correspondente à realidade”.¹³⁴ Ao contrário, verossimilhança não corresponderia a qualquer grau da verdade.¹³⁵ Trata-se apenas de um indicativo da conformidade da alegação com uma coisa que normalmente acontece. Dessa forma, a verossimilhança “vincula-se à simples possibilidade de que algo tenha ocorrido ou não em face de sua precedente ocorrência em geral”.¹³⁶

Verossímil é portanto aquilo que costuma acontecer, aquilo que normalmente ocorre, enquanto que probabilidade diz respeito à parcela da realidade, à parcela do que de fato ocorreu e que se tenta replicar dentro do processo com o intuito de se alcançar o mais próximo grau da verdade.¹³⁷

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart não são adeptos à corrente de Michele Taruffo. Para os autores, não há distinção entre probabilidade e verossimilhança, ou então qualquer outro termo que se utilize na tentativa de indicar o conteúdo da alegação.¹³⁸ Em se tratando de juízo de cognição sumária, momento processual cuja produção de prova é limitada, “não há como se quantificar o grau de probabilidade de uma prova e, muito menos, o grau de convicção judicial”.¹³⁹ Não seria objetivo do juiz, nesse momento processual, a busca pela verdade, mas sim formar uma convicção a partir do número limitado de provas.¹⁴⁰

Ainda que digam ser indiferente a distinção entre os termos, os autores são adeptos à ideia de verossimilhança desenvolvida por Calamandrei. A verdade dentro do processo, questão que será abordada em seguida, seria inalcançável, inatingível. O que se alcança, nos melhores dos esforços, é o que aparenta ser verdadeiro, é o que parece ser – verossimilhança¹⁴¹ –, de forma que, “quando se afirma que um fato é verdadeiro, apenas se diz que a consciência de quem emite o juízo atingiu o grau máximo de verossimilhança”.¹⁴² A verossimilhança é atingida a partir da máxima de

¹³⁴ *Ibidem*, p. 115.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 115.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 115.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 116.

¹³⁸ MARINONI; ARENHART, 2018, p. 101.

¹³⁹ MARINONI; ARENHART, 2018, p. 101.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 101.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 43.

¹⁴² *Ibidem*, p. 43.

experiência, ou seja, com base naquilo que em regra acontece do ponto de vista de experiência da pessoa comum.¹⁴³

Segundo Arenhart e Marinoni, ainda na teoria de Calamandrei, existe uma ordem aproximativa com o conceito ideal de verdade entre a possibilidade, a verossimilhança e a probabilidade:

Se se toma como termo de referência a declaração da verdade, pode-se dizer que estas três qualificações (possível, verossímil, provável) constituem, nesta ordem, uma gradual aproximação, uma progressiva acentuação em direção ao reconhecimento daquilo que é verdadeiro. Quem diz que um fato é verossímil é mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro de quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável, é ainda mais adiante de quem diz que é verossímil, porque vai além da aparência, e começa a admitir que existem argumentos para fazer compreender que à aparência corresponde a verdade. Mas se trata de delineações psicológicas, que cada julgante entende ao seu modo.¹⁴⁴

Assim, “[p]ossível é aquilo que pode ser verdadeiro; verossímil é aquilo que tem a aparência de ser verdadeiro. Provável, seria, etimologicamente, aquilo que se pode provar como verdadeiro”.¹⁴⁵ No entanto, consoante os autores, trata-se de uma delimitação de conceitos imprecisa e tênue, cujos limites serão subjetivamente ditados pelo juízes que avaliarão as causas e ditarão a distância entre cada uma dessas ideias, aproximando-as mais ou menos da verdade.¹⁴⁶

Arenhart e Marinoni inclusive discorrem que o art. 300 do CPC autoriza expressamente o juiz a decidir conforme convicção formada na probabilidade ou verossimilhança do direito.¹⁴⁷ Contudo, o legislador autoriza a concessão da tutela de urgência uma vez apresentados elementos que evidenciem a probabilidade do direito e não a verossimilhança do direito. Portanto, a escolha pela palavra probabilidade e não verossimilhança possui uma justificativa, caso contrário haveria a manutenção do termo e não a troca, ponto que será abordado em seguida.

Em síntese, o juízo do verossímil reside no exame fundado nas máximas de experiência enquanto o juízo de probabilidade reside no exame fundado em provas.¹⁴⁸ Referindo-se ao pedido

¹⁴³ Ibidem, p. 43-44.

¹⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, p. 170-171, apud MARINONI; ARENHART, op. Cit., p. 47-48.

¹⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, p. 170-171, apud MARINONI; ARENHART, 2018, p. 47-48.

¹⁴⁶ MARINONI; ARENHART, 2018, p. 48.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 102.

¹⁴⁸ COSTA, Lorena Faleiros. *A Probabilidade Do Direito No Exame Do Pedido De Tutela Provisória De Urgência*. Revista Caderno Virtual. Volume 2, n. 43. 2019.

de tutela provisória do Livro V do CPC/2015, a discussão do que seria verossímil ou provável é feita em cognição sumária. Nesse sentido, destaca-se dizer do professor Daisson Flach:

Não parece haver tão drástica fratura a justificar o abandono da expressão verossimilhança para significar grau de probabilidade, de aproximação à verdade em um dado contexto. Faltando elementos probatórios conclusivos, e mesmo nas necessárias conexões entre os elementos probatórios adquiridos no processo (e aqui se põe a relevante questão da prova indiciária, extremamente comum, por exemplo, nos casos de tutela preventiva), o juízo de probabilidade resta amparado justamente na verossimilhança da alegação (sua proximidade ao que normalmente ocorre).¹⁴⁹

Em cognição sumária não há produção exaustiva de provas e não há contraditório. Mas, ausentes “elementos probatórios conclusivos”, não pode o juiz deferir a tutela, até mesmo por impeditivo legal. Veja que a concessão da tutela depende de elementos que evidenciem a probabilidade do direito. Assim, o perigo de dano ou do risco útil ao processo por si só não é suficiente para o deferimento do pedido. Tanto que, em se tratando de tutelas de evidência, o elemento da demonstração do *periculum in mora* é dispensado, mas não a demonstração dos elementos que evidenciam a probabilidade do direito. O legislador fez essa opção.

A simples valoração daquilo que normalmente acontece, isto é a verossimilhança da alegação, não é mais suficiente para a antecipação da tutela pelo Código de Processo atual. Inclusive, se assim fosse feito, “correr-se-ia o risco de agredir a esfera jurídica da parte sem suficiente grau de certeza a respeito da veracidade das alegações”.¹⁵⁰ A respeito do emprego de provas, Mitidiero sustenta:

o juízo necessário para a antecipação da tutela não prescinde da prova das alegações. Não basta alusão ao que normalmente acontece. É preciso provar as alegações, ainda que o juiz possa decidir com base em grau de confirmação menor do que aquele exigido para a sentença definitiva. É a probabilidade da posição jurídica defendida pela parte no processo que viabiliza o emprego da técnica antecipatória.¹⁵¹

O Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo Marcus Vinicius Rios Gonçalves sintetiza a problemática do uso do termo verossimilhança pelo Código de 1973:

¹⁴⁹ FLACH, Daisson. *A Verossimilhança nos Provimentos de Cognição Sumária*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2006. Sua tese de mestrado foi convertida em livro em 2009 pela Editora Revista dos Tribunais.

¹⁵⁰ MITIDIERO, 2019, p. 124.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 124.

A redação do CPC atual é mais cuidadosa do que a do art. 273, caput, do CPC anterior, que aludia à “prova inequívoca” e à “verossimilhança”. A crítica que se fazia a essa redação é que a expressão “prova inequívoca” traduziria a ideia de uma prova definitiva, feita em cognição aprofundada, ao passo que a “verossimilhança” transmitiria a ideia de algo examinado em cognição superficial. O CPC atual exige elementos de convicção que evidenciem a probabilidade do direito. As evidências exigidas não são da existência ou da realidade do direito postulado, mas da sua probabilidade.¹⁵²

Ou seja, o juízo de verossimilhança no Código de 73 seria analisado em cognição superficial, mas uma cognição superficial fundada a partir de uma prova que deveria ser inequívoca. No entanto, não se pode falar em prova inequívoca em fase de cognição sumária, uma vez ausente o contraditório. Daí decorre o correto uso da expressão “elementos que evidenciem a probabilidade do direito” pelo Código atual. Nesse sentido, Mitidiero é preciso:

Quando existe a necessidade de aproximação à verdade, como há quando o juiz tem de decidir a causa provisória ou definitivamente, já que constitui condição para uma decisão justa à adequada verificação da verdade a respeito das alegações de fato do processo, importa empregar o conceito de probabilidade e não o de verossimilhança. Era equivocada, portanto, a alusão que o Código Buzaid fazia ao termo verossimilhança no art. 273, caput, CPC. Nesse particular, o Código de 2015 atendeu à crítica da doutrina, falando corretamente em probabilidade em seu art. 300.¹⁵³

Assim, confirmado o acerto pelo legislador do uso do termo probabilidade, torna-se relevante tecer algumas considerações sobre suas espécies. Inspirado em Taruffo,¹⁵⁴ Mitidiero apresenta duas espécies de probabilidade, que serão importantes para análise feita no presente estudo mais a frente. São elas: a probabilidade quantitativa e a probabilidade qualitativa.

“A probabilidade quantitativa pode ser definida como a medida de incerteza sobre a existência de um fenômeno sobre o qual não se pode afirmar nem a falsidade, nem a verdade”.¹⁵⁵ A probabilidade quantitativa por sua vez, é dividida em objetiva e subjetiva. A primeira é estatística, uma vez relacionada à frequência com que ditos acontecimentos do mundo físico ocorrem num contexto considerada uma classe ou série de fenômenos.¹⁵⁶

¹⁵² GONÇALVES, 2020, p. 330-331.

¹⁵³ MITIDIERO, 2019, p. 117.

¹⁵⁴ TARUFFO, 2005, ver capítulo III, “*Verdad, Verosimilitud y Probabilidad*”.

¹⁵⁵ MITIDIERO, op. cit., p. 117.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 117.

A probabilidade quantitativa objetiva, em regra, não serve para a verificação da veracidade das alegações de fato no processo judicial, visto que são utilizadas apenas no sentido de comprovar a frequência em si daquelas alegações no processo, quando a estatística de ocorrência daquele fato é importante para a construção argumentativa e constitui o objeto da prova.¹⁵⁷ Porque dela o juízo poderá extrair apenas a “frequência de determinada classe de eventos, mas nada diz sobre o caso particular”.¹⁵⁸

A probabilidade quantitativa subjetiva diz respeito “à aferição do grau de crença racional na ocorrência ou não de certo evento a partir de determinado elemento de julgamento”.¹⁵⁹ Por meio do teorema de Bayes,¹⁶⁰ a probabilidade subjetiva é auferida por meio de cálculo matemático o qual permite mensurar a “racionalidade de determinada valoração de uma hipótese empreendida a partir de um elemento de julgamento”.¹⁶¹ O que se obtém da aplicação do teorema é a aferição da correção interna do raciocínio utilizado pelo juízo para a obtenção da probabilidade da alegação, mas não pode garantir a correspondência do resultado desse cálculo matemático à realidade de fato. Tampouco se trata de método adequado para valoração probatória.¹⁶²

Para Mitidiero, a probabilidade que serve ao processo judiciário é aquela eficaz na demonstração da correspondência de determinada alegação à realidade, o que não é cumprido pela probabilidade quantitativa, mas sim pela probabilidade qualitativa, a qual pode ser chamada de baconiana ou lógica. É aquela que:

se apoia na conexão lógica das provas com as normas gerais causais e mede indutivamente o grau de apoio das provas às hipóteses formuladas. A sua característica fundamental está em racionalizar a incerteza relativa às alegações de fato, reconduzindo o seu grau de correção ao âmbito de elementos disponíveis de confirmação e refutação (prova).¹⁶³

A confirmação ou não refutação da hipótese é fundada na inferência feita pelo magistrado a partir dos elementos de prova disponíveis e das máximas de experiência. Quanto maior o grau de resistência da hipótese ao cotejo com as provas dos autos, maior será o grau de suporte das

¹⁵⁷ Ibidem, p. 117.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 118.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 117.

¹⁶⁰ TARUFFO, op. cit., ver páginas 193 a 206.

¹⁶¹ MITIDIERO, op. cit., p. 118.

¹⁶² MITIDIERO, 2019, p. 118.

¹⁶³ Ibidem, p. 118-119.

alegações dentro do processo e, portanto, maior é a possibilidade delas estarem fundadas na realidade,¹⁶⁴ daí reside o acerto da probabilidade lógica qualitativa dentro do processo judiciário.

Por fim, considerando que “probabilidade é aquilo que se pode ser provado – é uma graduação da possibilidade de fundar inferências relativas às hipóteses de fato a partir de provas disponíveis”,¹⁶⁵ e, levando em conta que “o aparecimento da probabilidade lógica está condicionado ao método empregado para comprovação da hipótese”, passa-se à análise do grau da prova que configure elemento suficiente para evidenciar a probabilidade do direito em uma tutela provisória.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 121.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 119.

4. A Prova nas Tutelas Provisórias

Não há como se falar em prova no processo civil sem antes abordar a sua função. E por isso, é necessário dar um passo atrás e tratar da questão sobre a verdade no processo, afinal, é por meio da prova que se investiga “a verdade dos fatos ocorridos, sobre os quais será fixada a regra jurídica abstrata, que regerá determinada situação”¹⁶⁶ levada para apreciação do judiciário. O conhecimento dos fatos e, assim, da prova, “é pressuposto da aplicação do direito e se, para o perfeito cumprimento dos escopos da jurisdição, é necessária a correta incidência do direito aos fatos ocorridos”.¹⁶⁷

Dessa forma, é função do juiz verificar se o que se conclui do fato apresentado no processo guarda alguma conformidade com o fato que aconteceu no passado¹⁶⁸. A verificação da verdade é, portanto, um dos principais objetivos do processo. Deve o juiz descobrir a verdade sobre os fatos para então aplicar a regra jurídica mais adequada para aquela situação. Ou seja, o que será feito é uma qualificação jurídica de um fato da realidade e, “para que a hipótese prevista na norma seja devidamente aplicada, é imprescindível a adequada reconstrução dos fatos”.¹⁶⁹

A reconstrução dos fatos no processo é feita por meio das alegações e das provas. Assim, não se pode esquecer que, em tutelas provisórias, essa reconstrução é feita muitas vezes com base em uma versão apenas da realidade, ou seja, a construção da verdade é limitada pelos fatos informados por um único ponto de vista. Não diferente, o Código de Processo ressalva a hipótese de não concessão da tutela de urgência de natureza antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão,¹⁷⁰ já que se trata de decisão precária em que as partes não puderam, na mesma medida, participar do convencimento do juízo.

A reconstrução dos fatos sobre os quais incidirão as decisões judiciais é a forma de fazer crer o cidadão na legitimidade dessas decisões e no papel jurisdicional do Estado. Conhecer é

¹⁶⁶ MARINONI; ARENHART, 2018, p. 29.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 29.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 30.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 30.

¹⁷⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 12/10/2021. Acesso em 11/10/2021. Art. 300, §3º.

portanto função basilar do processo civil e origem da legitimação da atividade do judiciário.¹⁷¹ A prova se mostra, então, como o instituto do direito processual pelo qual o juiz poderá dizer a respeito da verdade ou falsidade de uma afirmação¹⁷² e o processo, por sua vez, é o “instrumento público que deve buscar a verdade sobre os fatos investigados”.¹⁷³

A reconstrução de fato histórico, isto é, de fato que aconteceu no passado, passa por influência das próprias pessoas que o narram e também do juízo cognitivo que há de valorar a evidência concreta, visto que todos podem atribuir ao fato uma carga de subjetividade e valoração pessoal.¹⁷⁴ Deve se ter em mente que a contribuição das partes para a construção da verdade por essência é parcial e tendenciosa, visto que cada um acredita na sua versão dos fatos, ou os manipula, com o intuito de alterar - ou manter - o *status quo*.

Nessa linha, sustentam Arenhart e Marinoni que “as provas não têm a aptidão para conduzir seguramente à verdade sobre o fato ocorrido – apenas mostram elementos de como, provavelmente, o fato ocorreu”.¹⁷⁵ Assim, jamais será possível ter a certeza de que a verdade sobre o fato pretérito foi alcançada, mas tão somente a probabilidade sobre como o fato histórico aconteceu.¹⁷⁶ Para os autores,

a função da prova é se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal.(...) A prova assume, então, um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o Magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efetivamente ocorreu, merece crédito.¹⁷⁷

Segundo Taruffo, “[l]a prueba desarrolla, pues, el papel de fundamento para la elección racional de la hipótesis destinada a constituir el contenido de la decisión final sobre el hecho”.¹⁷⁸

Apresentado o significado de prova e definida a sua função no processo, o objetivo que se tentará alcançar até o final do presente texto é responder ao questionamento lançado no capítulo

¹⁷¹ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 33.

¹⁷² Ibidem, p. 33.

¹⁷³ Ibidem, p. 34.

¹⁷⁴ MARINONI; ARENHART, 2018, p. 39.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 42.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 42.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 63.

¹⁷⁸ TARUFFO, 2005, p. 47.

anterior: qual seria a prova suficiente a evidenciar a probabilidade do direito em uma tutela provisória.

A resposta não é simples, tampouco clara. A doutrina muito diz a respeito, mas de maneira que a pergunta ao final não é respondida. Mas aqui será adotada a resposta, ou aquilo que se acredita responder a pergunta, apresentada por Daniel Mitidiero.¹⁷⁹

Mitidiero discorre sobre um método de comprovação de alegação de hipótese dividido em três etapas, que parece ser suficiente para dizer sobre a prova necessária a apoiar a probabilidade do direito, por meio de uma análise indutiva da probabilidade. São elas: “i) a adequada formulação da hipótese, ii) a individualização analítica da prova e iii) a adequada confrontação entre a hipótese e a prova com fins de confirmação e não refutação”.¹⁸⁰

Quanto à primeira etapa, a hipótese, para ser adequadamente formulada, deverá preencher 3 requisitos. O primeiro é que a hipótese “i) deve ser logicamente consistente, significativa e referente a fatos juridicamente relevantes”¹⁸¹. Ou seja, é dizer que a hipótese, da maneira em que foi construída, não poderá ser contraditória em si mesma. Ela deve guardar uma coerência com os próprios fatos narrado. A narrativa construída não pode conter um começo e fim incoerentes. Mas não só isso. A alegação de fato que se tenta provar deve ser juridicamente relevante, isto é, algo que verdadeiramente merece a atenção do judiciário já que dele decorrerá consequências jurídicas.

O segundo requisito é que a hipótese “ii) deve ser fundada no conhecimento disponível”¹⁸². Isto significa que o que se sustenta pode ser cognoscível dentro dos limites do conhecimento humano. Por fim, o terceiro requisito é que a hipótese “iii) deve ser contestável empiricamente e de forma imediata”.¹⁸³ Em outras palavras, é dizer que a alegação poderá ser demonstrada por meio de prova.

A segunda etapa de comprovação da alegação é a individualização analítica da prova e pode ser dividida em duas fases. Será necessário, primeiro, aferir a credibilidade da prova e, segundo, definir o seu significado.¹⁸⁴ Esta etapa tem por objetivo confirmar a idoneidade da prova

¹⁷⁹ MITIDIERO, 2019, p. 121.

¹⁸⁰ MITIDIERO, 2019, p. 121.

¹⁸¹ Ibidem, p. 121.

¹⁸² Ibidem, p. 121.

¹⁸³ Ibidem, p. 121.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 122.

que será posteriormente confrontada com a hipótese. O que aqui se busca é verificar se a prova é autêntica, verdadeira e o que de fato representa.

Por fim, a última e mais importante etapa consiste no procedimento de confrontação entre hipótese e prova. De acordo com Mitidiero, “[a] probabilidade da hipótese é fruto do grau de confirmação que essa obtém com o procedimento de comprovação”.¹⁸⁵

O autor se vale,¹⁸⁶ então, dos ensinamentos da autora espanhola Marina Gascón Abellán, que discorre sobre o “cálculo” – em aspas, pois se sabe que esse cálculo não é feito matematicamente – da obtenção desse grau de comprovação:

El grado de confirmación de una hipótesis por las pruebas es, pues, equivalente a su probabilidad (inductiva). Lo que, a su vez, en ausencia de instrumentos matemáticos que midan esa probabilidad, equivale a la credibilidad de la hipótesis a la luz del conjunto de conocimientos disponibles.

Siendo expresión del grado de confirmación, la probabilidad inductiva de una hipótesis aumenta o disminuye con: a) el fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las generalizaciones (regularidades o «máximas de experiencia») usadas, b) la «calidad» epistemológica de las pruebas que la confirman, c) el «número de pasos inferenciales» que componen la cadena de confirmación, y d) la «cantidad» y «variedad» de pruebas o confirmaciones.¹⁸⁷

Segundo Mitidiero, ainda conforme Abellán,¹⁸⁸ são quatro as balizas disponíveis que permitem aferir o grau de probabilidade indutiva:

i) o grau de probabilidade de uma hipótese é diretamente proporcional ao fundamento e ao grau de probabilidade incrustado nas máximas de experiência utilizadas para confirmação; ii) a probabilidade de uma hipótese é tendencialmente maior quando vem confirmada por constatações (provas documentais e provas testemunhais) ou conclusões (provas periciais) do que quando vem confirmada por hipóteses (provas indiciárias); iii) o grau de probabilidade de uma hipótese é menor quanto maior seja o número de passos inferenciais que compõe o procedimento que conduz à sua confirmação; e iv) a

¹⁸⁵ MITIDIERO, 2019, p. 122.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 122.

¹⁸⁷ ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos em el derecho – Bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 161.

¹⁸⁸ De acordo com a autora, as balizas são as seguintes: i. “El grado de probabilidad de una hipótesis es directamente proporcional al fundamento y al grado de probabilidad expresado por las regularidades o máximas de experiencia usadas en la confirmación.”; ii. “La probabilidad de una hipótesis es tendencialmente mayor cuando viene confirmada por constataciones o conclusiones que cuando viene confirmada por hipótesis.”; iii. “La probabilidad de una hipótesis es menor cuanto mayor sea el número de pasos que componen el procedimiento probatorio que conduce a su confirmación.”; e iv. “La probabilidad de una hipótesis aumenta con la cantidad y la variedad de las pruebas que la confirman.”. ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos em el derecho – Bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 161-163.

probabilidade de uma hipótese aumenta com a quantidade e a variedade de provas que a confirmam.¹⁸⁹

Embora todo o exposto, o que de fato faz compreender a linha doutrinária adotada por Mitidiero como a que melhor responde a questão levantada é a sua conclusão final sobre o teste de não refutação da hipótese para que ela seja, então, considerada provável. Conforme o autor:

Ademais, hipótese precisa passar no teste da não refutação para ser considerada provável. Não basta a hipótese ser confirmada pelos elementos probatórios dos autos – para ser provável, essa deve igualmente não ser refutada por nenhuma das provas disponíveis no processo. Somente a partir daí é que se pode afirmar que determinada hipótese é provável.¹⁹⁰

A prova que evidencia a probabilidade do direito, ela não só confirma a hipótese, como suficientemente afasta qualquer refutação. A conclusão está em conformidade com aquilo que foi proposto pelo legislador. O art. 300 do Código Processual autoriza o magistrado a “decidir antecipar a tutela com base em menor grau de probabilidade do que aquele exigido para julgar definitivamente o pedido formulado pela parte”.¹⁹¹ Segundo Mitidiero:

A diferença está, portanto, no grau de confirmação da hipótese – no grau de certeza ofertado pelo resultado da cognição judicial. Enquanto a sentença fundada em cognição exauriente fornece maior grau de certeza sobre a veracidade da alegação de fato, a decisão sobre a antecipação de tutela oferece grau de certeza menos robusto sobre a veracidade da hipótese afirmada pela parte em juízo.¹⁹²

Embora Mitidiero seja adepto à teoria da probabilidade de Taruffo, o acima exposto dialoga muito bem com a teoria de Calamandrei que propõe uma gradação da obtenção da verdade, de modo que a probabilidade está no grau mais próximo ao da verdade.¹⁹³

Essa conclusão também vai ao encontro do que Marinoni defende. De acordo com o autor,

o processo é um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não a tem, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de

¹⁸⁹ MITIDIERO, 2019, p. 122.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 122.

¹⁹¹ Ibidem, p. 123.

¹⁹² Ibidem, p. 123.

¹⁹³ MARINONI; ARENHART, 2018, p. 47-48.

antecipação da tutela, que nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo.¹⁹⁴

O juízo de probabilidade atua de forma a impedir que a demora do processo beneficie sempre o réu que não tem razão. Haverá ocasiões, conforme dito acima, em que a prova de tão forte, além de confirmar a hipótese, inviabilizará qualquer juízo de refutação, de maneira que não existirá outra medida senão o deferimento do pedido de tutela provisória.

A temática remete à ideia das máximas de experiência tratada no capítulo anterior quando da discussão entre verossimilhança e probabilidade. Marinoni e Aranhart, tal como exposto anteriormente, creem num juízo de verossimilhança fundado nas máximas de experiência. Veja que Mitidiero, embora adepto à teoria amparada na probabilidade e não na verossimilhança, também faz uso da máxima de experiência como baliza da aferição do grau de probabilidade indutiva. Para o autor, o juízo de probabilidade é feito a partir do confronto da hipótese entre aquilo que normalmente acontece, art. 375, CPC, com as provas disponíveis nos autos, art. 371, CPC.¹⁹⁵

A máxima de experiência está prevista no Código de Processo Civil no art. 375: “[o] juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

196

A máxima de experiência é definida pela doutrina como

as noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro – possuem as características da generalidade e abstração.¹⁹⁷

De acordo com o desembargador aposentado Adroaldo Furtado Fabrício, “[a]s ‘regras de experiência’ são aquelas que se podem extrair da quotidiana observação da vida”,¹⁹⁸ “[a]

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado – Parte Incontroversa da Demanda*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

¹⁹⁵ MITIDIERO, 2019, p. 121.

¹⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, Acesso em: 10/10/2021. Art. 375.

¹⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*, Volume I. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 475.

¹⁹⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente*. São Paulo: Renovar, 2009, p. 52.

experiência comum a que se refere a lei é a experiência de vida, no sentido mais amplo, ou seja, o conhecimento adquirido pela prática e pela observação no cotidiano”.¹⁹⁹

Para Marinoni e Arenhart, “[a]s regras de experiência dizem respeito às noções, generalizações e critérios que fazem parte do senso comum do homem médio e são retiradas da sua experiência de mundo”,²⁰⁰ “[a]s regras de experiência comum decorrem de generalizações formadas no seio da sociedade, as quais podem ter base em crenças religiosas, regras de moral ou mesmo em leis naturais, lógicas ou científicas”.²⁰¹

Depreende-se das passagens colacionadas que a máxima de experiência é, na verdade, a percepção de mundo da pessoa comum. Porém, a máxima de experiência prevista no art. 375, CPC, deveria ser vista como a experiência do juiz enquanto sujeito que exerce a magistratura e não as experiências da pessoa comum.

Embora o juiz idealmente seja “um ser humano como qualquer outro”²⁰², na prática, aquele que personifica o Poder Judiciário não pode pautar suas decisões na experiência de uma pessoa comum, já que “[o] juiz, assim como todo sujeito vivente, é influenciado por critérios políticos, sociais, econômicos, históricos, etc.”.²⁰³

A máxima de experiência do magistrado deveria ser concebida como a experiência que o juiz adquire exercendo a atividade judicante. Isto é, uma percepção daquilo que ordinariamente acontece no âmbito dos processos. Práticas costumeiramente levadas a cabo pelas partes e que podem ser percebidas em um grau reiterado.

Até mesmo por vontade legislativa o juiz poderá aplicar as máximas de experiência, mas é muito frágil dizer que o magistrado poderá decidir com base nas máximas de experiência da pessoa comum. A regra de experiência, como apresentado anteriormente, funciona como baliza, mas nunca como fundamento para a decisão. Não por outra razão, o juízo de verossimilhança – aquele fundado nas máximas de experiência – foi abandonado pelo Código de Processo atual.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 65.

²⁰⁰ MARINONI; ARENHART, 2018, p. 128.

²⁰¹ Ibidem, p. 169.

²⁰² Ibidem, p. 40.

²⁰³ Ibidem, p. 66.

O art. 375, CPC, está contido no Capítulo XII do Código, capítulo que dispõe sobre as provas, mais um indicativo de que a máxima de experiência não poderia ser utilizada de forma independente, desvinculada da análise das provas. Necessário, portanto, o contraponto com o art. 371, CPC, “[o] juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.²⁰⁴

Outros dois critérios que devem ser levados em consideração quando da verificação das provas no juízo de probabilidade é a gravidade social do litígio no plano do direito material e a dificuldade ou impossibilidade de prova sobre determinada alegação. A relevância do tema é abordada tanto por Mitidiero quanto por Marinoni. O primeiro dispõe que

o nível de convicção exigido sobre as alegações processuais para a concessão da antecipação da tutela pode variar de maneira significativa de acordo com o direito material debatido em juízo. (...) Mesmo no módulo de cognição sumária, o nível de certeza exigido do órgão jurisdicional tem de obedecer às particularidades do direito afirmado em juízo.

A variação no nível de probabilidade exigido do julgador para a concessão de antecipação da tutela concerne tanto à eventualidade da dificuldade ou impossibilidade da prova de determinada alegação como à maior ou menor gravidade social associada ao litígio. A maior ou menor certeza sobre a veracidade das alegações flutua de acordo as peculiaridades do direito material em juízo.²⁰⁵

A bem verdade, Mitidiero fundamenta estas conclusões na doutrina de Marinoni. Necessário destacar que Mitidiero reconhece que haverá momentos em que será impossível a produção da prova que comprova determinada alegação de fato, de maneira que o juiz deverá valorar a alegação a partir da “coerência narrativa” e das “máximas de experiência”. O que é curioso, visto que, tal como discorrido ao longo do texto, o juízo fundado nas máximas de experiência é um juízo de verossimilhança e não de probabilidade, e Mitidiero é adepto à segunda corrente. Veja:

No limite, no entanto, diante da absoluta impossibilidade da prova de fatos conhecidos para a extração de consequências a respeito de situações ainda não ocorridas, pode a ordem jurídica contentar-se com a valoração da alegação em termos de mera credibilidade a partir de coerência narrativa e das máximas de experiência. Em semelhantes situações, não há propriamente a prova da alegação, mas simples valoração da hipótese à luz de critérios racionais de controle discursivo.²⁰⁶

²⁰⁴ BRASIL. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, Acesso em: 10/10/2021. Art. 375.

²⁰⁵ MITIDIERO, 2019, p. 125-126.

²⁰⁶ Ibidem, p. 127.

Não reconhecer que os diversos conflitos que são colocados para apreciação do judiciário não possuem a mesma importância social seria o mesmo que fechar os olhos para a realidade do mundo fora do processo. Natural pensar que litígios cuja discussão trata de questões civis extrapatrimoniais são socialmente mais graves que litígios cuja discussão trata somente de questões civis patrimoniais. Nesse pensar, ainda que em cognição sumária, a gravidade social associada ao caso funcionará como baliza do nível de convencimento exigido para a decisão proferida pelo magistrado.²⁰⁷ Dessa forma,

os standards probatórios da prova clara e convincente e da preponderância de prova também servem para auxiliar o juízo para concessão de antecipação de tutela - nos litígios envolvendo questões civis extrapatrimoniais exige-se probabilidade um pouco mais alta do que nos litígios que versam apenas questões civis patrimoniais. Também aqui é a especificidade do direito material que influencia o processo para a concessão da tutela jurisdicional do direito mediante técnica antecipatória.²⁰⁸

Para Marinoni, a convicção fundada em verossimilhança também deverá ser alcançada levando em consideração as circunstâncias do direito material do caso concreto, sobretudo aquelas cuja produção da prova seja notadamente difícil.²⁰⁹ Não considerar tais possibilidades seria negar uma tutela jurisdicional adequada a esses direitos. De acordo com o autor:

a convicção de verossimilhança deve ser justificada não só com base nas provas produzidas, mas também mediante a explicação racional da dificuldade de produção de prova, considerando que, quanto maior for essa dificuldade, menos se deve exigir do juiz. A lógica é bastante simples, pois todos sabem que não se pode exigir de quem tem um direito algo que inviabilize o seu exercício (no caso o direito à tutela jurisdicional). para conceder a tutela final ou - com a "prova possível da alegação".²¹⁰

Note-se, por exemplo, que alguém pode estar articulando, ou praticando, atos de agressão a direitos da personalidade de forma velada, cuidando para não deixar provas. Em casos desse tipo, torna-se muito difícil produzir prova, ainda que seja para fazer surgir convicção de verossimilhança. Porém, não é justo deixar o titular do direito de personalidade ao desamparo ou nas mãos daquele que, com astúcia e cuidado, pretende infringir ou voltar a violar o direito.²¹¹

²⁰⁷ MITIDIERO, 2019, p. 127-128.

²⁰⁸ Ibidem, p. 127-128.

²⁰⁹ MARINONI, 2011, p. 185-186.

²¹⁰ Ibidem, p. 185-186.

²¹¹ Ibidem, p. 185-186.

Ante a impossibilidade da produção de prova, Marinoni apresenta como solução – tomada emprestada por Mitidiero – a “credibilidade das alegações”. Esta credibilidade deve ser baseada em regras de experiência consolidadas na sociedade no momento da cognição, incluindo a sumária, de modo que, tanto a credibilidade das alegações quanto as máximas de experiência as quais fundamentam a referida alegação são critérios cuja racionalidade deve ser devidamente justificada.²¹² Marinoni conclui:

Se a impossibilidade de prova pode ser suprida pelo critério da credibilidade das alegações – que não pode se desligar da idoneidade das regras de experiência – , tanto a impossibilidade da produção de prova, quanto a legitimidade de tais critérios, dependem da racionalidade da justificativa judicial. Vale dizer: a racionalidade da argumentação é que deve justificar a dificuldade de prova, a credibilidade das alegações e idoneidade das regras de experiência que fundaram.²¹³

Esta é a análise que se mostrou suficiente para responder o questionamento de qual seria o grau da prova que configura elemento suficiente para evidenciar a probabilidade do direito em uma tutela provisória.

Evidencia, suficientemente, a probabilidade do direito a prova que não só é suficiente para confirmar uma alegação de fato ou hipótese como também, em um cotejo hipótese vs. prova, afastar a possibilidade de refutação por meio de outras provas. A prova apresentada quando do pedido de tutela provisória é tão forte que, ainda que o réu apresente outras evidências, estas não serão suficientes para afastar a conclusão obtida pela cognição sumária do juiz.

Nesse contexto, a máxima de experiência não substitui a necessidade de prova e funciona como baliza da aferição do grau de evidência de probabilidade do direito reclamado. O juiz, na análise das provas, deverá levar em consideração a relevância do direito material em discussão e também a dificuldade da obtenção da prova, considerando que estes fatores podem aumentar ou diminuir a exigência do grau probatório pra a concessão do pedido de tutela provisória.

²¹² MARINONI, 2011, p. 186.

²¹³ Ibidem, p. 186.

5. Conclusão

Não há dúvidas de que a técnica da cognição sumária soluciona um importante problema, que é a distribuição do ônus do tempo no processo. Por meio dessa técnica processual, aproxima-se o processo civil da população, de modo que este passa a não mais ser visto como um fim em si mesmo, mas como instrumento que viabiliza a adequada tutela dos direitos materiais.

Para que seja possível tutelar adequadamente os direitos materiais, o legislador criou o instituto das tutelas provisórias, instrumento por meio do qual o magistrado atua em cognição sumária, proferindo decisões com fundadas na probabilidade do direito do autor, quando evidente o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu uma importante alteração no campo das tutelas provisórias ao optar pelo requisito “elementos que evidenciem a probabilidade do direito” e não mais “verossimilhança da alegação”. Isso porque a decisão de cognição sumária não mais será pautada nas máximas de experiência, mas sim em provas.

Todavia, ainda há uma grande confusão doutrinária na doutrina a respeito dos termos. Na maioria das vezes, as palavras são utilizadas como sinônimas, embora, como dito ao longo do texto, exista uma diferença considerável entre elas. O que se pode concluir é que os doutrinadores atuais se valem dos ensinamentos de doutrinadores tradicionais, cujos livros e textos foram escritos antes da alteração do Código Processual em 2015. Ou seja, antes da substituição da verossimilhança pela probabilidade.

Então há um uso das palavras como sinônimas – embora não sejam – de forma que, tal como discorreu Taruffo, a questão ainda não foi endereçada pela doutrina. Não foi endereçada porque não foi o objetivo do autor naquele momento ou, talvez, porque de fato as palavras foram utilizadas conceitualmente de forma equivocada. Existem essas duas hipóteses. É unânime entre todos, no entanto, que as decisões devem ser suficientemente motivadas, independente se se parta do pressuposto da verossimilhança ou probabilidade.

De toda forma, por entender que sim existe uma gradação entre possibilidade, verossimilhança e probabilidade, sendo esta a mais próxima da verdade, optou-se pela filiação à

doutrina que entende que as palavras não são sinônimas e que probabilidade é o que melhor expressa a vontade do legislador quando da edição do Código Processual Civil em 2015.

Assim, a probabilidade do direito deve ser aferida a partir de provas. A análise da probabilidade passa por um método de comprovação da alegação, o qual foi muito bem elaborado por Marina Gascón Abellán e replicado por Mitidiero. A partir da conclusão deste foi possível compreender qual seria o grau da prova que suficientemente evidencia a probabilidade do direito.

A prova deve ser tão sólida que, além de apontar para a existência do direito do autor, é suficientemente firme para afastar refutações à hipótese.

Para balizar essa análise, deve o magistrado se valer das máximas de experiência, entendidas como os conhecimentos por ele adquiridos em sua atividade judicante. As máximas de experiência, embora relevantes para auxiliar o juiz em sua tarefa, não se revelam suficientes para dispensar a existência efetiva de provas que evidenciem a probabilidade do direito autoral. Isto é, as máximas de experiência são elementos que ajudam o juiz a valorar as provas da alegação de probabilidade do direito, mas nunca poderão substituir tais provas, numa combinação dos art. 371 e art. 375, ambos do CPC.

Além da máxima de experiência, o juiz deve considerar a relevância do direito material em debate, além da dificuldade da produção da prova. Tais elementos revelam-se importantes na medida em que norteiam a análise do juiz acerca da robustez da prova do autor, influenciando o grau de certeza que o juiz deve exigir da prova em juízo de cognição sumária.

Bibliografia

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos em el derecho – Bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ALVIM, Arruda. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*. Vol. II, Tomo II, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.760.966/SP*, Terceira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF. Julgado em: 04/12/2018, DJe em: 07/12/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.797.365/RS*, Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF. Julgado em: 03/10/2019, DJe em: 22/10/2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil Volume V*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

COSTA, Lorena Faleiros. *A Probabilidade Do Direito No Exame Do Pedido De Tutela Provisória De Urgência*. Revista Caderno Virtual. Volume 2, n. 43. 2019.

Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis. Editora Melhoramentos LTDA, 2021. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=veross%C3%ADmil+>>, acesso em 12/10/2021.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. 2*. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil, Volume I*. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm.

_____. *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Volume I. 21ª ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2019, p. 363-364.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente*. São Paulo: Renovar, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999.

FLACH, Daisson. *A Verossimilhança nos Provimentos de Cognição Sumária*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2020.

GOUVEIA, Lúcio Grassi; PEREIRA, Mateus Costa. *Breves considerações acerca da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente*, in RePro 280/206. 2017.

GRECO, Leonardo. *A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil*, in *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado – Parte Incontroversa da Demanda*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Antecipação da tutela*. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção, de acordo com o CPC de 2015*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. Vol II. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela. Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória*, in *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante*, in *Inovações do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.