

CAROLINA TREVILINI GARCIA

PROVA DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA

CURITIBA
2003

PROVA DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni

CURITIBA
2003

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINA TREVILINI GARCIA

PROVA DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Professor Doutor **LUIZ GUILHERME MARINONI** (Orientador)

Professor Doutor **SÉRGIO CRUZ ARENHART**

Professor Doutor **EDSON RIBAS MALACHINI**

Curitiba, 12 de setembro de 2003

DECLARAÇÃO

Declaro, para todos os fins e a quem interessar possa, que estou ciente e de acordo com o fato de que a aluna CAROLINA TREVILINI GARCIA, minha orientanda na monografia de graduação da Faculdade Federal do Paraná – UFPR, ultrapassou, no seu trabalho monográfico, “Prova dos Pressupostos da Tutela Antecipada”, o número de páginas originalmente estabelecido; o que se justifica pela larga abrangência do tema objeto de trabalho.

Outrossim, declaro-me de acordo com a entrega da monografia tal como se encontra na data de hoje.

E por ser expressão da verdade, firmo a presente declaração.

Curitiba, 12 de setembro de 2003.

Luiz Guilherme Marinoni (Orientador)

*Aos meus pais, que são os grandes amores de
minha vida.*

*Aos amigos e familiares, que me apoiaram
durante toda minha empreitada.*

*Aos colegas e professores com quem convivi
durante os últimos cinco anos e com quem,
certamente, bastante aprendi.*

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
1. INTRODUÇÃO.....	1
2. A EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS.....	3
3. O DIREITO À TEMPESTIVIDADE PARA UMA ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL.....	5
3.1. A distribuição do tempo no processo.....	5
3.2. A lentidão do processo sempre beneficia o réu.....	6
3.3. A tempestividade é um direito garantido pela Constituição.....	9
4. A SATISFATIVIDADE DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA.....	10
4.1. Satisfatividade não se contrapõe à provisoriedade.....	10
5. A TÉCNICA DA ANTECIPAÇÃO DO ARTIGO 273.....	12
5.1. Os pressupostos da tutela antecipada.....	13
5.2. As diferenças entre as tutelas antecipada e cautelar.....	14
6. A TUTELA ANTECIPADA EM CASO DE FUNDADO RECEIO DE DANO.....	17
6.1. Prova inequívoca e juízo de verossimilhança.....	17
6.2. Antecipação da tutela na ação inibitória e na ação repressiva.....	19
6.3. Da irreversibilidade do provimento antecipatório.....	21
6.4. Da aplicação do princípio da proporcionalidade.....	21
7. A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO.....	24

7.1 A relação entre verdade e prova.....	24
7.2. A verdade formal e a verdade substancial.....	25
7.3. Verdade e verossimilhança.....	27
8. A PROVA NO PROCESSO.....	30
8.1. Conceito de prova.....	31
8.2. Objeto da prova no processo.....	32
8.3. Meio de prova, conteúdo de prova, prova obtida e prova produzida.....	34
9. VALORAÇÃO DA PROVA.....	36
9.1. Conceito.....	36
10. REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA.....	38
11. A TÉCNICA DA COGNIÇÃO.....	41
11.1. Conceito.....	41
11.2. A técnica da cognição sumária.....	43
12. DO RACIOCÍNIO PRESUNTIVO.....	46
12.1. Noção de indício.....	50
13. PROVA DO FUNDADO RECEIO DE DANO IMINENTE AO DIREITO.....	52
14. CONCLUSÕES.....	58
15. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62
16. ANEXOS.....	66

RESUMO

O trabalho apresentado procura analisar um tema de fundamental importância no processo civil brasileiro, sobretudo para a prática forense: a prova, mais especificamente, a cognição sumária utilizada pelo juiz para a análise da prova da probabilidade da ocorrência de fatos pretéritos e/ou futuros, em virtude da necessidade de se obter uma tutela antecipada. O estudo das técnicas de cognição do juiz implica um esforço no sentido de construir procedimentos ajustados às reais necessidades de tutelas. A complexidade do tema se dá quanto à dificuldade de valorar o provável, ou seja, perceber, diante dos fatos apresentados em juízo (fatos estes indiciários), as evidências da concretização do fato principal e a real necessidade de se conceder a antecipação dos efeitos da decisão final. Essa valoração probatória realizada pelo magistrado se dá conforme o princípio do livre convencimento do juiz ou da persuasão racional do juiz, pela qual o magistrado pode se convencer livremente com qualquer das evidências presentes nos autos, desde que justifique as razões da sua decisão (art. 131 do CPC). Essa etapa da valoração das provas é o processo intelectual em que o juiz procura buscar nas provas produzidas e a ele apresentadas a verdade dos fatos ocorridos, mesmo que se trate de uma verdade meramente formal, vez que a verdade material dos fatos é inatingível. Embora seja atividade exclusiva do magistrado, a valoração das provas não pode ser realizada subjetiva e arbitrariamente. Analisa-se, portanto, neste trabalho quais os parâmetros que vêm sendo utilizados pela magistratura quando da valoração de provas de probabilidade, produzidas de maneira sumária, em relação aos requisitos legais para se conceder uma tutela antecipada e, principalmente, em virtude das necessidades da realidade fática de se antecipar os efeitos da sentença, sob pena do perecimento do direito. O estudo de jurisprudências de tribunais diferenciados evidencia a busca do magistrado pela certeza quando o requisito legal é a mera prova da probabilidade (verossimilhança), no ato do requerimento da antecipação da tutela. Há a necessidade de se compreender e delimitar o provável nesses casos, assim como traçar os parâmetros da substancialidade da prova da probabilidade e da prova quando da instrução probatória do processo de conhecimento, a fim de que não se restrinja o acesso à justiça em razão de uma certeza exigida em momento impróprio.

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho monográfico reflete a preocupação em se estudar mais a fundo como estão sendo compreendidas e valoradas as provas produzidas em cognição sumária, sobretudo em relação às provas dos pressupostos da tutela antecipada. Pretende-se, num primeiro momento, um breve estudo sobre as técnicas da tutela antecipada e sua importância para o direito processual e, sobretudo, para o direito material. Num segundo momento, procura-se compreender o significado do instituto da prova no processo civil e a sua importância para o sistema jurídico e para sociedade, de modo geral. Após uma análise mais aprofundada sobre o instituto da prova, objetiva-se estudar, a cognição do juiz quando da análise da prova da verossimilhança e da probabilidade do perigo da demora em se tutelar.

Com escopo no artigo 273 do Código de Processo Civil, o magistrado, mediante as provas dos pressupostos da antecipação da tutela, antecipa os efeitos da sentença final, garantindo a efetividade do processo e a adequada tutela jurisdicional. Para a concessão da tutela antecipatória em questão deve-se provar: 1) a probabilidade da existência do direito; e 2) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso de direito de defesa do réu ou manifesto intuito protelatório.

A alegação do autor não impugnada pelo réu trata-se de direito evidente e incontroverso, podendo também ser satisfeito de imediato, por meio de uma liminar de antecipação da tutela, conforme parágrafo 6º do artigo 273 do CPC, que foi introduzida no ordenamento jurídico pela Lei nº 10.444 de 7 de maio de 2002.

A antecipação da tutela trata-se de uma técnica inovadora, de relevante importância para o processo civil e, principalmente, para a sociedade consumidora de tutelas jurisdicionais. Esta técnica tem por escopo a melhor distribuição do ônus do tempo no processo e se baseia em juízos de probabilidade (prova da verossimilhança dos fatos alegados), considerando-se que a crença na verdade absoluta trata-se de pensamento já superado.

Importante dizer que, assim como a técnica da antecipação da tutela, todas as demais que implicam uma adequada tutela dos direitos devem ser pensadas sob a perspectiva da instrumentalidade do processo e do princípio da efetividade das técnicas e procedimentos processuais, a fim de melhor equipar a sociedade para lutar pelos seus direitos.

Devido à relevância social e à importância da tutela antecipada para estrutura jurídica processual, deve-se analisar como se provar em juízo, tempestivamente, seus pressupostos. Daí o estudo da tutela antecipada conjuga-se ao estudo da prova e também ao estudo da cognição do juiz em relação a provas produzidas sumariamente (fora da instrução probatória, devido à necessidade de urgência que a devida tutela do direito material impõe).

A problematização se dá quando da análise de julgados, em que se percebe que grande parte dos juízes entende a prova inequívoca requerida pelo 273 do CPC como a prova da certeza. Esta só é possível após instrução probatória, com a utilização de todos os meios de prova aceitos em juízo e com o tempo devido para tanto.

Em razão do princípio da efetividade processual e, sobretudo, da urgência que a tutela do direito material em questão requer, faz-se necessária a concessão da tutela antecipada com a postecipação do contraditório.

As novas necessidades da sociedade moderna requerem estudos mais aprofundados, sobretudo a respeito da figura central do processo, qual seja: o juiz.

De nada adianta o trabalho de pesquisa, análise e as descobertas a respeito de técnicas de tutelas mais eficientes, fundamentadas em novos paradigmas, se o gestor do processo e não as utiliza.

Por esta razão, procura-se analisar as técnicas de cognição utilizadas pelos magistrados, ao valorar um pedido de antecipação da tutela. Procura-se, sobretudo, demonstrar a necessidade de se superar paradigmas, principalmente quanto ao tema da verdade e da certeza no processo, a fim de aplicar técnicas inovadoras, para melhor se tutelar direitos.

2. A EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS

Para que se possa cogitar sobre a efetividade do processo civil é mister pensar a tutela jurisdicional dos direitos, conforme ensinamentos do eminente processualista Mauro Cappelletti¹, na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais. Só assim, far-se-á uma análise considerando-se as reais condições fáticas sobre as quais a tutela jurisdicional irá atuar, o que revela uma preocupação com o resultado jurídico-substancial do processo e não meramente formal.

Sob o pensamento da instrumentalidade do processo², as técnicas processuais devem ser construídas para a finalidade de atuação do direito material, ou seja, para que os resultados práticos destas decorrentes sejam capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas ali envolvidas. Afirma-se que o processo deve atender ao direito material e estar atento às necessidades sociais, pensando-se assim no que se convencionou chamar “efetividade do processo”.

Certamente não se pode falar em efetividade ou em instrumentalidade sem reportar-se ao tema do acesso à justiça. O princípio do acesso à justiça tem por objetivo evitar que pessoas menos favorecidas economicamente, em razão do alto custo da justiça brasileira, fiquem à margem do Poder Judiciário. Todo indivíduo que se sentir injustiçado tem direito ao devido processo legal, para que seus conflitos sejam resolvidos, conforme artigo 5º, XXXV da Constituição da República.

José Cichocki Neto³ considera ser impossível pensar o acesso à justiça à parte do processo, e completa dizendo que:

A expressão “acesso à justiça” engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enforça o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1982.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo:RT, 1996.

³ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998, p.61.

competete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.

Segundo o mesmo autor, esses três aspectos do conceito de “acesso à justiça” se relacionam aos conceitos de processo, quais sejam: um de caráter eminentemente intermo, como fim em si mesmo; outro, como instrumento da jurisdição; e, um terceiro, como instrumento ético para realização da justiça.

O acesso, portanto, desmonta a gana dos processualistas de se pensar o processo civil em particular, como uma ciência independente, com objeto e método próprio, à distância do direito material e da realidade fática. Nas palavras do mestre Luiz Guilherme Marinoni:⁴:

~~Quebrou-se, por assim dizer, quando se descobriu que o processo não vinha servindo às pessoas, o “encanto”, ou a ilusão, de que o direito processual pudesse ser tratado como “ciência pura”, que se mantivesse eternamente distante do direito material e das vicissitudes dos homens de carne e osso.~~

O Estado, ao proibir a auto-tutela, assume o monopólio da jurisdição e conseqüentemente o compromisso de tutelar efetivamente todo direito demandado em juízo. A adequada tutela jurisdicional, que deve estar no centro das atenções dos sistemas jurídicos, é garantida pela Constituição no artigo 5º, XXXV, e pelo Código Civil, no artigo 75.

Constituição Federal:

Art. 5º.

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Código Civil de 1916:

Art. 75. A todo direito corresponde uma ação que o assegura.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000, p.13.

Esse artigo 75 do CC, tão mal compreendido pela doutrina, quer dizer que para todo o cidadão que se sentir injustiçado ou abalado em algum dos seus direitos deve existir um instrumento processual que viabilize a discussão desse direito em juízo e a inteira satisfação do mesmo.

No entanto as atuais demandas pedem por novos instrumentos, obrigando o processualista a deixar de lado o procedimento ordinário para buscar tutelas que sejam mais eficazes, buscando assim a exata adequação das medidas jurisdicionais às necessidades fáticas.

3. O DIREITO À TEMPESTIVIDADE PARA UMA ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL

3.1. A distribuição do tempo no processo

Na realidade em que vivemos, de uma sociedade massificada, onde as informações são processadas em segundos e as soluções devem ser imediatas, não mais se admite a morosidade da Justiça, para a qual muito contribui a sistematização do clássico procedimento ordinário.

Muitos direitos perdem a razão de ser se não forem satisfeitos sumariamente. O tempo, em grande parte dos casos, passa a ser o principal inimigo do sujeito que tem seu direito violado. A lentidão e os custos que terá que suportar, ao buscar eventual solução jurisdicional, causar-lhe-á tal sofrimento, que lhe é preferível a inércia e a conformidade à busca por um Estado-jurisdição oneroso, lento e pouco eficaz.

Ensina o professor Luiz Guilherme Marinoni⁵ que o procedimento ordinário faz com que o ônus do tempo do processo recaia sempre sobre o autor que tem razão. Completa dizendo que:

Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que ocorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois neste plano há direitos evidentes e não evidentes e, na realidade da vida, a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e, até mesmo, miséria.

É necessário que o tempo do processo seja distribuído de forma igualitária, tanto para o réu quanto para o autor, a fim de que os conflitos sejam tutelados de forma mais eficaz possível. E não se pode negar que na maioria das vezes o sujeito que faz o esforço de ir à Juízo buscar uma resposta da Justiça para o seu problema está de posse da razão. Por isso, quanto mais rápido se resolver a demanda do autor e conseqüentemente o conflito em questão, maior a probabilidade de solucionar com justiça tal litígio.

3.2. A lentidão do processo sempre beneficia o réu

Com a tutela antecipada, procurou-se balancear a distribuição do tempo no processo de forma a sanar uma evidente disparidade entre as partes, qual seja, o benefício do réu com a morosidade do processo. Segundo o professor Barbosa Moreira⁶:

Antes da concessão da tutela antecipada, o tempo militava contra o autor; concedida que seja ela, entretanto, passa a militar contra o réu. Sobre ele, daí em diante, é que recai o peso da sujeição à pretensão do adversário. Nem é desprezível a possibilidade de que o autor, colocado em posição de vantagem, não só se desinteresse de colaborar

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito à tempestividade da tutela jurisdicional*. Gênese 17/543, Curitiba, 2000.

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Antecipação da Tutela: algumas questões controvertidas*. Revista de Processo nº104. Editora dos Tribunais, 2001.

para o prosseguimento normal do feito, mas até venha a atuar no sentido de protelá-lo o desfecho.

Contudo, parece-me no mínimo estranho o autor que pleiteia tutela antecipada, crente de seus direitos, tendo sido esta concedida, não torcer por tornar-se efetiva por meio de sentença favorável que venha confirmá-la. Sabe-se a antecipação embora satisfativa do direito é uma decisão provisória, que pode ser alterada a qualquer tempo, se assim entender o juiz, porém principalmente após a instrução probatória, quando são dados ao juiz maiores condições e fundamentos para formulação do seu juízo sobre determinado caso. Se pode ter uma decisão permanente e imutável porque se satisfaria com uma provisória? Além disso, mesmo sob os efeitos de uma tutela favorável, ainda que provisória, sabe-se que um conflito jurisdicional traz um estado constante de desconforto para seus participantes, sobretudo para as partes, seja réu ou autor.

Pouco provável, portanto, que o autor tenha interesse em protelar um estado de desconforto e uma proteção provisória e vulnerável de modificação ao invés de diligenciar no sentido de ratificar seus direitos o quanto antes.

Na prática, o mais comum é que o autor seja aquele que pede a modificação de determinada situação que o incomoda (fere determinado direito) e o réu, aquele que deseja a manutenção do *status quo*, alongando o máximo possível o curso do processo.

O processo jamais pode dar ao autor tudo e exatamente o que deseja ter, e por isso sempre prejudica o autor que tem razão. Quanto maior a demora do processo, maior será o dano imposto ao autor e conseqüentemente maior o benefício conferido ao réu que não tem razão.

A morosidade do processo prejudica o autor de várias formas, mas principalmente quando, mesmo obtendo a sentença condenatória a seu favor, não pode desfrutar de seu direito em razão da dissipação dos bens do devedor. Nesse caso, a título de precaução bastaria a tutela cautelar.

Porém, há situações em que o autor precisa esperar a coisa julgada material, para poder executar a sentença que lhe foi favorável. O réu, além de ter mantido um

bem que não lhe pertencia sob o seu poder durante todo o decurso do processo, ainda é beneficiado pela demora da realização da tutela do direito em questão.

Ainda, é interessante pensar na possibilidade de o réu não ter interesse em demonstrar que o autor não tem razão, talvez porque não queira, mas muito provavelmente porque lhe faltem argumentos para tal. Nesse caso, o réu procurará atrasar o máximo o curso do processo, a fim de manter o bem junto ao seu patrimônio o maior tempo possível, o que não é mais possível, devido às inovações que a Lei 10.444 de 7 de maio de 2002 trouxe ao artigo 273 do CPC, no seu parágrafo 6º. Tal inovação permite que o juiz antecipe a tutela quando um ou mais pedidos, ou ainda, apenas parcela de um pedido, seja incontroverso.

Mediante tudo o que vem sido demonstrado, é possível perceber que a ordinariiedade do processo beneficia o réu que não tem razão, além de onerar a máquina jurisdicional estatal. Deve-se dar mais atenção à importância que o tempo tem para a adequada tutela dos direitos. Para tanto, nada mais oportuno que se pensar novas técnicas jurisdicionais a fim de melhor tutelar as demandas, de maneira célere e efetiva. Assim, a antecipação de tutela nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo. Nas palavras do professor Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela antecipatória (ou mesmo a execução imediata da sentença), contudo, justamente porque o juiz não é mágico, e não pode, assim, deixar de prejudicar o autor a não ser correndo o risco de prejudicar o réu, pode gerar danos. Tal possibilidade, contudo, pode ser aceita com naturalidade por aqueles que percebem que o autor que tem razão é sempre prejudicado pela demora da justiça e que o risco é algo absolutamente inerente à necessidade de distribuição do tempo processual e de construção de um processo mais justo e isonômico.

A não concessão da tutela antecipada certamente irá prejudicar o autor, mas, ao contrário do que se diz, não traz nenhuma ameaça aos direitos do réu. O prejuízo ao autor é certo quando este não pode esperar o término do processo para ter seu bem tutelado. Como, por exemplo, ocorre com o pedido de antecipação na ação de alimentos. Evidentemente trata-se de uma tutela de urgência, pois a criança que necessita de alimentos não pode esperar anos, nem mesmo meses para obter seu direito

aos alimentos. Neste caso, a demora do processo incorreria na perda do objeto da ação, qual seja a vida da criança.

Além disso, ao contrário do que diz grande parte da doutrina, a concessão da antecipação dos efeitos da sentença final não fere o princípio do contraditório. A liminar que antecipa o direito demandado não implica uma decisão baseada na certeza processual (que como já discutido trata-se de uma certeza meramente formal, porém muito buscada no processo), mas na probabilidade, e também não corresponde à decisão final sobre a questão em discussão, de tal forma que o processo continuará no seu curso normal e será dada a oportunidade de o réu se defender, assim como produzir todas as provas que achar necessárias para impedir, modificar ou extinguir o direito do autor.

O direito de resposta do réu não é dele retirado, mas apenas postecipado. Prorroga-se a apresentação de defesa do réu e antecipa-se o pedido do autor, sob pena de não mais existir tal direito em decorrência da demora do processo (*periculum in mora*).

3.3. A tempestividade é um direito garantido pela Constituição

O direito à tempestividade da tutela jurisdicional é um direito constitucionalmente previsto, pois, o direito ao acesso à justiça, garantido no artigo 5º, XXXV da CF, não quer dizer apenas que todos têm direito de buscar a solução de seus problemas em juízo, mas que tal solução deve ser dada por meio de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Sendo este um direito previsto pela Constituição, o legislador infraconstitucional tem o dever de criar procedimentos que concretizem tal preceito constitucional, ou seja, viabilizar tutelas efetivas, adequadas e tempestivas dos direitos constitucionais.

Apesar de muito criticada atualmente, a doutrina clássica sempre deixou de lado a discussão a respeito da duração do processo, por entender ser questão irrelevante e sem importância científica. Sabe-se, porém, que o tempo é elemento de grande importância na sociedade moderna em que vivemos, e a demora no processo traz graves prejuízos a todos nele envolvidos: autor, réu e Estado-jurisdição. É necessária a retomada da importância da discussão da correta distribuição do tempo no processo, à luz dos princípios constitucionais, dentre aos quais principalmente o da efetividade, igualdade e acesso à justiça.

Sabe-se que os direitos constitucionais operam de *iure condendoe* e de *iure conditio*, o que significa que não só o legislador deve buscar construir técnicas e procedimentos jurisdicionais capazes de propiciar o direito material, mas também que todos aqueles que irão analisar a norma para aplicá-la ao caso concreto – advogado, juiz, membros do Ministério Público – são obrigados a interpretá-la à luz dos princípios da efetividade, tempestividade, acesso à justiça, desde que com isso não seja pago o direito da defesa.

Assim, não basta aos operadores das técnicas processuais ler as normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais, devem também procurar viabilizar técnicas adequadas à efetiva realização dessas tutelas.

4. A SATISFATIVIDADE DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA

4.1. A Satisfatividade não se contrapõe à provisoriedade

O problema que se põe à tutela sumária satisfativa é que se satisfaz a pretensão do autor baseado num mero juízo de probabilidade, sob o risco de se causar prejuízo irreparável ao réu. Contudo, é necessário percebermos que do contrário colocar-se-ia

em risco o direito do autor que tem razão, vez que a não concessão da tutela sumária satisfativa implicar-se-ia na frustração do direito demandado.

Percebe-se um conflito de direitos: a tempestividade do direito do autor versus o direito de defesa do réu. Neste caso, necessário se faz a aplicação do princípio da probabilidade e do princípio da proporcionalidade. O primeiro implica a análise do direito que tem a maior probabilidade de ser real diante do caso concreto; já o segundo defende a ponderação dos valores em questão, de acordo com a realidade de cada caso, e a opção pelo valor mais importante para determinada situação e conjuntura analisada. Porém, ambos os princípios, tanto o da probabilidade quanto o da proporcionalidade devem ser analisados em conjunto, conforme os ensinamentos do mestre Luiz Guilherme Marinoni⁷: “A ética da jurisdição de urgência exige que o princípio da probabilidade seja aplicado à luz do princípio da proporcionalidade”.

Não se pode confundir a idéia de satisfatividade com a idéia de definitividade. Esta só pode ser conferida mediante cognição exauriente, ou seja, após a fase instrutória do processo, quando o juiz confere sua decisão baseada na “certeza”, e não em mero juízo de probabilidade, como nos casos de cognição sumária. Já aquela não tem tal requisito como pressuposto, pode existir tanto em decisões de cognição sumária, como em decisões de cognição exauriente.

Quanto à provisoriedade, a tutela é provisória porque o juiz não diz que o direito existe, mas que é verossímil, ou seja, que, com base nas evidências apresentadas, há uma grande possibilidade de que o tal direito exista. A provisoriedade consiste na limitação temporal da eficácia da tutela sumária satisfativa proferida antecipadamente (antes da ouvida do réu) no processo. Essa tutela provisória, no entanto, persiste apenas até a superveniência da decisão de cognição exauriente ao final do processo, quando poderá ser confirmada, ou revogada.

Luciana Tesler⁸ faz uma interessante observação a respeito dessa característica da provisoriedade das tutelas antecipatórias. Diz que é propriamente tal característica

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: SAFE, 1994.

⁸ TESSLER, Luciana. *A Satisfatividade na Antecipação da Tutela*. Revista Jurídica Themis. Curitiba: Imprensa Universitária da UFPR, n.11, 1998/99.

que as salvam de serem taxadas de inconstitucionais por desrespeito aos princípios do contraditório e do devido processo legal.

Ainda é necessário diferenciar satisfatividade fática de satisfatividade jurídica. A primeira realiza apenas provisoriamente a pretensão, como no caso da tutela antecipada que, se revogada pela sentença final, quando do não provimento do pedido do autor, possibilitando a indenização por perdas e danos do prejudicado. Já a segunda implica a imutabilidade do provimento, que só é possível com a sentença de cognição exauriente e com os devidos efeitos da coisa julgada material.

5. A TÉCNICA DA ANTECIPAÇÃO DO ARTIGO 273 DO CPC

A tutela antecipada pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, em qualquer tempo, assim que verificados os requisitos legais, sendo viável não apenas para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação, mas também, para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção das condições fáticas das partes, ou seja, considerando-se a evidência do direito do autor e a capacidade de defesa do réu. O juiz, portanto, mediante determinados requisitos previstos no artigo 273 do CPC, pode antecipar o pedido, parcela do pedido ou um dos pedidos cumulados.

É certo que a morosidade características dos processos judiciais sempre prejudicou o autor que tem razão. Daí a necessidade da aplicação da técnica da antecipação da tutela a fim de distribuir democraticamente o ônus do tempo do processo.

A lei não criou a antecipação de tutela como mera hipótese de julgamento antecipado da lide, cabível em processo com instrução já madura, pronto para a decisão de mérito, conforme já defendeu o processualista Calmon de Passos⁹. O

⁹ CALMON de PASSOS. *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, n.1.2.1, p.13.

legislador, na realidade, visava à eliminação da situação de perigo ou de injustiça que a manutenção do estado fático das partes, em razão da demora do processo, representa para o direito subjetivo material do autor. Por isso, o que há é a antecipação dos efeitos da sentença (baseada em cognição sumária) e não a antecipação do julgamento de mérito (quando há cognição exauriente).

Tal idéia foi muito bem defendida pelo Desembargador Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, integrante do Tribunal Federal Regional da 4ª Região, em seu voto no acórdão que decidiu pela antecipação de tutela, determinando a suspensão da exigibilidade de valores apurados no processo administrativo nº 10314.01017/00-22, em Agravo de Instrumento de nº 2002.04.01.060051-0/RS, cujo acórdão está em anexo.

A tutela antecipada pode ser requerida tanto no procedimento ordinário quanto no sumário. Há procedimentos especiais direcionados a certas peculiaridades do direito material, que admitem tutela antecipada mediante alguns requisitos também específicos. Nesses casos, direitos evidenciados de plano, assim como direitos de elevada relevância social apresentam procedimentos que obrigam o juiz a tutelar, ainda que provisoriamente no plano processual o direito em questão.

No entanto, é certo que o legislador não pode considerar todas as hipóteses concretas de antemão. Por essa razão o artigo 273 do CPC traz a regra geral da tutela antecipada, que deve ser aplicada supletivamente aos procedimentos especiais, pretendendo preencher possíveis espaços vazios deixados pelas normas relativas a esses procedimentos, e a situações gerais que exigem uma tutela de urgência.

5.1. Os pressupostos da tutela antecipada

Conforme o artigo 273 do Código de Processo Civil, para se obter uma tutela de urgência, é necessário que se convença o juiz, por meio de prova inequívoca, da verossimilhança (“*fumus boni iuris*”) das alegações, assim como do fundado receio de

dano irreparável ou de difícil reparação (“periculum in mora”) ou do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Tendo percebido tais requisitos, pode o juiz conceder a antecipação dos efeitos de uma provável sentença de procedência, por meio de decisão fundamentada. O magistrado pode, ainda, modificar tal decisão, a qualquer tempo, se assim entender necessário, desde que fundamente sua opção.

A lei nº 10.444 de 7 de maio de 2002 traz algumas inovações, já defendidas pela doutrina de vanguarda, as quais, apesar de não serem objeto deste trabalho de pesquisa, serão então citadas, e estão no artigo 273, parágrafos 6º e 7º do CPC: aquele estabelece a concessão da tutela antecipada nos casos de pedidos ou parte do pedido não tenha sido contestado pelo réu e este traz o princípio da fungibilidade aplicado à tutela antecipatória e cautelar, em caso de dúvida objetiva. O parágrafo 7º do artigo 273 prevê que se o autor requerer providência de natureza cautelar e nomeá-la antecipatória, caso presentes os requisitos necessários, pode o juiz deferir medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

5.2. A diferença entre as tutelas antecipatória e cautelar

Antes da Reforma do Código Civil de 1994, em virtude da ausência da positivação de um instrumento específico e da imprecisão existente sobre qual o real significado e função da cautelaridade, utilizava-se a ação cautelar para antecipação dos efeitos da tutela final do direito litigado.

Essa utilização era tida pela jurisprudência como incorreta, vez que a ação cautelar tem natureza meramente assecuratória do direito tutelado e não satisfativa, como se pretendia. Assim, fazia-se necessário o surgimento de uma técnica que implicasse a celeridade em se obter o direito pretendido no processo de conhecimento, quando evidenciadas certas circunstâncias fáticas.

O legislador então corrigiu o Código de Processo Civil inserindo neste o artigo 273, a fim de viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de fundado receio de dano, de abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu ou de pedido incontroverso.

O Código de 1973 trazia em seu artigo 798 o poder do juiz de determinar medidas provisórias em casos de fundado receio de que uma parte cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação, antes mesmo de findo o julgamento da lide.

Porém, parte da doutrina entendia que o juiz não podia conceder medidas de natureza satisfativa com base no artigo 798, vez que se tratava de tutela cautelar de natureza meramente assecuratória do direito.

O fato de não existir remédio jurisdicional próprio no ordenamento processual pré-1994 levou à ocorrência de vários equívocos na doutrina e na jurisprudência. A inefetividade do procedimento ordinário fez com que os tribunais falassem, por exemplo, de “ação cautelar satisfativa”. Além disso, a doutrina e jurisprudência achavam que a natureza satisfativa da tutela antecipada implicava a dispensa de uma ação principal. Confundia-se, portanto, satisfatividade e definitividade. Mas, sabe-se que a tutela satisfativa só dispensa a ação principal quando de cognição exauriente, ou seja, quando já cumpridas as etapas determinadas para o contraditório e ampla defesa. A tutela satisfativa de cognição sumária exige a “ação principal”, vez que a sentença, para fazer coisa julgada material, deve ser proveniente de processo de cognição exauriente, que implica o juízo de certeza, sob pena de infração aos preceitos constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

A inclusão do artigo 273, com a reforma do Código de Processo Civil, possibilitou a antecipação da tutela no processo de conhecimento, eliminando a necessidade da utilização incorreta do artigo 798, que gerava ações sumárias satisfativas e ações de cognição exauriente com tutela satisfativa interinal.

O artigo 273 deixou evidente a substancial diferença entre a tutela cautelar e a antecipada. A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz o direito, mesmo sob juízo de probabilidade é a tutela sumária satisfativa.

A tutela cautelar não tem satisfatividade. Apresenta a referibilidade¹⁰, ou referência, a direito acautelado. Se não há esta referibilidade, não há tutela de natureza cautelar.

O professor Ovídio Batista¹¹ explica a referibilidade da tutela cautelar como uma idéia proveniente da ligação entre a tutela cautelar e a tutela principal, na medida em que a cautelar destina-se apenas a assegurar uma pretensão que será satisfeita na principal. A medida de arresto, por exemplo, quando preparatória ou incidente em relação à pretensão condenatória, evidencia a existência de direito acautelado e, conseqüentemente, a referibilidade da qual se fala.

Portanto, a cautelar refere-se à necessidade de se garantir a integridade do direito caso este seja procedente quando do término da ação principal. Nesse sentido, o direito à cautelaridade, em geral, trata-se de um direito secundário, vez que não teria sentido se não relacionado a uma tutela principal.

Assim, percebe-se que a referibilidade é pressuposto da cautelaridade. Na tutela satisfativa inexistente a referibilidade a um direito assegurado, pois a pretensão é satisfeita, embora sob juízo de mera probabilidade.

A principal diferença que existe entre a tutela antecipada e a tutela cautelar é que aquela tem natureza satisfativa do direito e esta tem natureza meramente acautelatória do direito. Ambas são tutelas de urgência de cognição parcial e sumária; porém, são técnicas processuais com objetivos diversos, vez que a tutela cautelar não pode satisfazer, ainda que provisoriamente, o direito acautelado, como ocorre com a tutela antecipada.

A técnica da antecipação da tutela, apesar de fundada em cognição sumária (*fumus boni iuris*), dá ao autor o resultado prático que ele procura obter através da própria tutela final. Já a tutela cautelar apenas garante que, caso seja procedente o direito então requerido, o autor tenha seu pedido satisfeito no plano fático.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela*. Ed. Malheiros. 6ª edição, São Paulo, 2000, p.93.

¹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *A ação cautelar inominada no Direito brasileiro*. p.67.

6. A TUTELA ANTECIPADA EM CASO DE FUNDADO RECEIO DE DANO

O pedido da tutela antecipada em caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação implica a prova de dois pressupostos básicos: 1) alegação verossímil (“*fumus boni iuris*”) e 2) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (“*periculum in mora*”).

6.1. Prova inequívoca e juízo de verossimilhança

Segundo o artigo 273 do CPC “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” (grifo nosso).

Barbosa Moreira¹² entende que ambos os pressupostos, prova inequívoca e juízo de verossimilhança, expressam idéias antagônicas de difícil conjugação, e acrescenta:

Deixa certo a lei que, para a concessão do provimento antecipatório, basta a convicção de ser “verossímil” a alegação do requerente, isto é, não se exige a certeza de que ela seja veraz. Como entender, então, a referência a “prova inequívoca” – expressão que à primeira vista aponta no sentido da formação de convencimento certo? É sensível o desconforto que assalta os expositores do instituto e os julgadores que têm de aplicá-lo, quando se esforçam por juntar as fuás pontas do fio. É igualmente sensível o artificialismo, para não dizer a precariedade do nó com que costumam atá-las.

Para sanar este problema da contradição dos termos levantado pelo ilustre processualista Barbosa Moreira, o professor Luiz Guilherme Marinoni¹³ explica que

¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Antecipação da Tutela: algumas questões controvertidas*. Revista de Processo nº104. Editora dos Tribunais, 2001.

no caso do artigo 273 do CPC, estuda-se a “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz da “verossimilhança” da alegação como sendo aquela necessária para a concessão da tutela antecipatória de cognição sumária baseada em fundado receio de dano. A “prova inequívoca”, portanto, deve ser entendida como suficiente para o surgimento do verossímil, um estado que permite ao juiz antecipar os efeitos da tutela, baseado em juízo de probabilidade, conforme previsões legais, mas que é insuficiente para que declare a existência ou inexistência do direito em si.

O mestre professor Luiz Guilherme Marinoni¹⁴ atenta para uma questão terminológica de fundamental importância à compreensão da prova no processo civil. Explica que o legislador se equivocou ao se referir ao juízo provisório como “prova da verossimilhança das alegações”, pois, considerando-se que a verdade é inatingível, toda prova produzida no processo, seja para cognição sumária ou exauriente do juiz, é mera prova de verossimilhança dos fatos. E conclui:

Falar que a prova deve formar um “juízo de verossimilhança”, como preceitua o art. 273, constitui tautologia. Isso porque toda prova, esteja finalizado ou não o procedimento, só pode permitir a formação de um “juízo de verossimilhança” quando se parte da concepção de que a verdade é algo absolutamente inatingível. Entretanto, se por “juízo de verossimilhança” deseja-se significar juízo não formado com base na plenitude de provas e argumentos das partes, o mais correto é falar de “juízo-provisório”.

O juízo de probabilidade do direito para cuja proteção se invoca tutela jurisdicional antecipada não é simples pressuposto, mas está implícito à mesma, vez que se justifica porque o juiz não tem meios de averiguar, na premência de tempo determinada pela urgência, se o direito realmente existe.

Junto à petição inicial, o interessado pode juntar provas documentais, prova testemunhal ou pericial, anteriormente realizadas, e laudos ou pareceres de especialistas, que substituem a prova pericial, em razão da situação de urgência.

As provas têm diferentes valores, conforme são produzidas e apresentadas em juízo. Tais valores, em virtude do princípio da livre convicção motivada do juiz, não

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. /Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. 2 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p.97.

¹⁴ Ibidem, p.22.

obedecem a uma ordem pré-determinada. O magistrado analisa as provas e lhes atribui a importância que entender necessária e justa para determinado caso.

As provas testemunhal e pericial, quando produzidas anteriormente¹⁵, mesmo que na presença das partes contrárias, são consideradas provas documentadas. A documentação da declaração testemunhal prova apenas a realização da declaração da testemunha e não os fatos por esta narrados; já o documento é uma coisa e representa o fato.

Quando da análise da prova da verossimilhança exigida pela tutela antecipada, há algumas circunstâncias que devem ser consideradas pelo juiz: 1) o valor do bem jurídico ameaçado em contraposição ao sacrifício imposto ao réu para o cumprimento da tutela de urgência; 2) a dificuldade que o autor encontra para provar suas alegações; 3) a existência da necessidade da urgência na concessão da tutela; 4) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência.

Como no procedimento ordinário o tempo maior é gasto com a instrução probatória, a tutela antecipada, quando requerida no início do processo, deve ser concedida antes da produção das provas em juízo. O que há, portanto, não é a supressão do contraditório, mas, a prorrogação, ou adiamento, ou ainda a postecipação do contraditório e, sobretudo, da produção de provas.

Em virtude da urgência da tutela, a prova inequívoca, requerida pela lei, não importa a prova da certeza, nem mesmo uma prova com alto grau de substancialidade, mas aquela que foi possível de ser produzida em um tempo reduzido, compatível com a imediatidade, em que a tutela deve ser concedida.

6.2. Antecipação da tutela na ação inibitória e na ação repressiva

¹⁵ Pode ser requerida imediata e informalmente, no mesmo processo, nos dias seguintes ao pedido da tutela ou pode ser proveniente de outro processo em que o autor litiga ou litigou com o réu.

Sabe-se que a tutela antecipada é técnica útil necessária tanto em ações de natureza preventiva, quanto nas ações de natureza repressiva ou ressarcitória. Deve-se ressaltar os diferentes objetivos das provas em ambas as ações:

A tutela antecipada em ação inibitória visa impedir a ocorrência futura de um ilícito, a continuação do ilícito ou sua repetição e por esta razão as provas apresentadas são provas dos indícios constatados na realidade fática de que o ilícito *muito provavelmente* ocorrerá. O juízo provisório deve ser atinente à prova do indício de que o fato da causa pode ocorrer e principalmente, se ocorrer o dano causado será tamanho que nada mais haverá a fazer para salvaguardar o direito em questão. Neste caso, o requisito necessário é a prova inequívoca da probabilidade da ocorrência futura, da continuação ou repetição do ato ilícito. Apesar de contraditório, o termo “prova inequívoca da probabilidade” implica a existência de indícios concretos e objetivos de que o ilícito pode vir a ocorrer (ou seja, deve haver o justo receio, na sua leitura mais objetiva, como veremos adiante).

Já em tutela antecipada requerida em ação de conhecimento de cunho repressivo, o juízo provisório deve recair sobre o fato violador que já ocorreu e sobre a necessidade de se conceder esta tutela de forma antecipada sob uma análise de ponderação entre os valores em questão, a fim de que o indeferimento da tutela de urgência não venha a causar um mal maior, em razão da pretendida “segurança jurídica”. Por exemplo, no caso de tutela antecipada requerida em ação indenizatória decorrente de um acidente com determinada empresa de ônibus, por provável irresponsabilidade do empregado da empresa, ou seja, o motorista. Nessa situação importa a probabilidade de responsabilidade da empresa de ônibus pelo acidente e o fundado receio de que, se o ressarcimento não ocorrer urgentemente, o autor não possa realizar operação cirúrgica necessária para sua recuperação de saúde.

Observa-se que este último exemplo apresenta claramente dois valores, em jogo: a segurança jurídica, que pede produção de provas mais substanciais para atestar a responsabilidade da empresa de ônibus, para a qual seria necessário mais tempo, e a vida do autor.

Assim, percebe-se que a análise da prova inequívoca da verossimilhança das alegações deve considerar, não apenas os meios de prova produzidos sumariamente; a dificuldade do autor de produzir provas, a credibilidade das alegações, a existência da urgência na concessão da tutela, como também os valores que estão sendo colocados em questão.

6.3. Da irreversibilidade do provimento antecipatório

Segundo o artigo 273, § 2º, do CPC, “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Essa regra possibilita se pensar que o juiz, ao verificar perigo de prejuízo irreversível ao réu, não deve conceder a antecipação da tutela. O professor Luiz Guilherme Marinoni entende que negar provimento antecipatório por razão de risco de irreversibilidade de prejuízo de direito improvável é cercear direito constitucional à adequada tutela jurisdicional.

A irreversibilidade, se analisada isoladamente, de fato não implica razão suficiente para se negar o provimento de urgência. Daí o juiz terá que se utilizar de seu prudente arbítrio na ponderação dos bens em confronto, pois apesar de ser o direito do autor provável, o valor jurídico dos bens em questão deve ser levado em consideração quando há risco de prejuízo irreversível ao réu.

6.4. Da aplicação do princípio da proporcionalidade

Em virtude da necessidade de se contrapor valores, em determinados casos, vem sendo aplicada a “teoria da proporcionalidade” (também chamada teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses), desenvolvida na antiga Alemanha

Federal. Por meio desta teoria interesses e valores em questão são sopesados e analisados conforme o caso concreto, sobrepondo-se um em relação ao outro. Esta teoria traz a idéia de “razoabilidade”, que surgiu na jurisprudência norte-americana.

A teoria da proporcionalidade é uma construção jurisprudencial e doutrinária que, em face a conflitos de determinados bens jurídicos em litígio, permite a ponderação de valores constitucionalmente relevantes em confronto, de acordo com a realidade de cada caso.

O professor Paulo Bonavides¹⁶ tece as seguintes considerações a respeito do princípio da proporcionalidade:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre os direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

GUERRA FILHO¹⁷ observa que a idéia subjacente à ‘proporcionalidade’ (Verhältnismässigkeit), proveniente do direito germânico, é de limitar o poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados. Isso ocorre por meio de uma Constituição que, objetivando manter o equilíbrio de forças entre Estado e seus súditos, confere a estes direitos fundamentais inalienáveis.

Segundo Teori Albino Zavascki¹⁸, a Constituição Federal de 1988 garante vários direitos fundamentais que em certos casos concreto podem entrar em conflito, originando as denominadas tensões de direitos fundamentais ou colisões de direitos. Nestes casos, as regras de conformação a serem aplicadas a eventuais direitos tensionados podem ser criadas por vias do legislativo ordinário ou por via judicial direta, quando no julgamento de casos concretos. A primeira ocorre sempre que o legislador prever fenômenos de conflitos e procedimentos para solucioná-los. Já a segunda se torna necessária em duas hipóteses: quando inexistir regra legislada de

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1994, p. 334.

¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza- Ceará- 1989, p.71.

¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3 ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2000, p.61-63.

solução, ou não raro se apresenta com características diferentes das que foram imaginadas pelo legislador. Assim, como não há hierarquia positivada entre os direitos fundamentais conflitantes, a solução implica a ponderação dos bens e valores concretamente tensionados, de modo a que se identifique, nas palavras do professor Teori Albino Zavascki, “uma relação específica de prevalência de um deles”.

Ao aplicar o princípio da proporcionalidade, com o intuito de sanar determinado conflito de princípios fundamentais, faz-se necessário observar determinados princípios decorrentes do princípio da proporcionalidade, quais sejam:

- a) princípio da necessidade, segundo o qual o conflito objeto de solução deve ser real, ou seja, quando não houver qualquer possibilidade de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão;
- b) princípio da menor restrição possível¹⁹ ou princípio da proibição de excessos²⁰, que prega que a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida;
- c) princípio da salvaguarda do núcleo essencial, segundo o qual não é legítima a regra de solução que, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles ou lhe retira a sua substância elementar.

No juízo sumário, se comprovado fundado receio de dano e a verossimilhança das alegações, o juiz está apto a conceder a tutela de urgência. No entanto, se perceber que a tutela do provável direito do autor implica prejuízo irreversível ao réu, deve analisar e ponderar os bens jurídicos em questão, a fim de verificar se é justificável correr o risco do prejuízo irreversível ou não.

Para verificar e ponderar os bens jurídicos em questão, o magistrado terá que estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores sociais e históricos vigentes.

¹⁹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2ªed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 500.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra, Almedina, 1992, p. 657.

Segundo Karl Larenz, o princípio da proporcionalidade exige uma “ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o “peso” que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação. Explica ainda que “ponderar” e “sopesar” não se tratam de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas de imagens utilizadas na valoração de bens de determinado caso concreto.²¹

O professor Luiz Guilherme Marinoni insiste na necessidade de o juiz frente ao risco de prejuízo irreversível ao réu não se ver obrigado a negar a tutela antecipada, pela mera irreversibilidade, mas sim analisar se o prejuízo que pode vir a ser causado justifica ou não a tutela do direito requerido. Segundo o professor:

É inegável que a tutela sumária que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo. A tutela antecipatória fundada no inciso I do art. 273 deve ser utilizada nos limites em que é necessária para evitar um mal maior, já que o juiz, por lógica, para evitar um mal menor, não pode correr o risco de assistir ao mal maior.²²

A ponderação implica contrapor valores e interesses de igual relevância constitucional, legal e até mesmo fática. O objetivo é delimitar adequação e exigibilidade, por meio de sustentação principiológica, a fim de decidir o litígio de forma mais democrática e humana.

7. A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL

7.1. A relação entre a verdade e a prova

Sempre que se fala em produção de prova no processo, busca-se a verdade sobre determinado acontecimento. Durante a fase instrutória do processo, as partes

²¹ Idem.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela*. Ed. Malheiros. 6ª edição, São Paulo, 2000, p.184.

procuram reconstruir os fatos pretéritos por meio das diversas técnicas probatórias que o processo viabiliza.

Certamente a investigação dos fatos no processo de conhecimento é absolutamente essencial, razão pela qual a fase probatória ocupa quase que a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema no Código de Processo Civil brasileiro. A esse respeito o professor Luiz Guilherme Marinoni²³ traz interessante crítica, de que apesar de o tema da prova ter grande relevância no processo de conhecimento, observa-se nítido desdém da doutrina em tratar desta matéria, pois prefere debater questões de direito a questões de fato.

Para a aplicação do direito é necessário o conhecimento dos fatos, e os fatos devem ser reconstruídos por meio de provas e levados para o conhecimento do juiz, que os deve valorar e aplicar a regra da subsunção dos fatos à norma, a fim de decidir determinada demanda, objeto de discussão em juízo.

Justifica-se esse esforço de reconstrução dos fatos pretéritos pelo princípio da busca da verdade, um dos princípios pilares do processo civil.

Ocorre que a reconstrução de um fato pretérito exatamente como ocorreu é impossível, vez que cada um que participou deste acontecimento tem uma visão diferente sobre ele e as partes, imbuídas de seu interesse particulares, procurarão demonstrar em juízo aquilo que mais convém a cada qual. A verdade dos fatos no processo, portanto, é um ideal que sempre deve ser buscado, no intuito de se aproximar o máximo possível da realidade.

7.2. Verdade formal e verdade substancial

²³MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao código de processo civil, v. 5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363, tomo I* / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart; [coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Com a modernidade o Estado ganhou poder e passou a ditar a solução para os conflitos de interesses, impondo a proibição da autotutela e assumindo o monopólio da jurisdição. Por esta razão, todo aquele incapaz de resolver seus problemas pela própria força passou a ter que recorrer à justiça e ao direito de ação.

Para que o Estado possa compor os litígios levados a juízo, deve conhecer dos fatos versados na demanda. Essa idéia de busca incessante pela verdade dos fatos sempre constituiu o fundamento do processo.

O professor Luiz Guilherme Marinoni²⁴ lembra que ligados à idéia de busca da verdade material, estão diversos dos mais importantes institutos do direito processual, sendo que o principal deles, é a prova. Segundo o douto processualista o povo crê nas decisões judiciais apenas porque acreditam que estas incidem sobre fatos reais, reconstruídos durante o processo, porém verdadeiros. Aí estaria, portanto, a legitimidade do Estado em arbitrar as situações de fato – a verdade substancial.

Em Roma buscava-se de tal forma a verdade substancial que, caso o *iudex* entendesse que os fatos não estavam suficientemente esclarecidos no processo, podia se abster de decidir a determinada questão.

Até algum tempo atrás, sustentava-se que o processo penal trabalhava com a verdade substancial enquanto ao processo civil bastava a verdade forma. Tal distinção se sustentava com a idéia de que o processo penal, por lidar com bens mais importantes que o processo civil, necessitava de maior segurança jurídica e conseqüentemente maior grau de certeza. No entanto, a diferenciação entre verdade substancial e verdade formal vem sendo acertadamente abandonada e criticada pela doutrina moderna, que entende que o objeto da relação jurídica processual penal não tem particularidade nenhuma que autorize uma forma “melhor” ou mais verídica que reconstrução dos fatos pretéritos que o objeto do direito civil. Completa ainda o professor Sérgio Cruz Arenhart²⁵:

²⁴ *Idem.*

²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. “A verdade substancial”. GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, nº3, setembro/dezembro, 1996.

Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo (interdição) – pelo que é totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas.

A verdade por ser um conceito absoluto não admite tais variações. Admitir uma verdade formal é o mesmo que dizer que o processo civil se contenta com uma verdade mentirosa, imperfeita, ou, nas palavras do professor Marinoni, uma não-verdade.

Percebeu-se que a invenção dessa verdade formal servia apenas para justificar a discrepância que geralmente existia entre a realidade fática e sua reconstrução processual. Tratava-se, portanto, de mero argumento retórico, que explicava a incompetência do juiz no processo de valoração das provas e na busca pela reconstituição dos fatos pretéritos.

7.3. Verdade e verossimilhança

É certo que toda teoria processual está calcada na busca da verdade, porém a verdade real dos fatos é inatingível. Miguel Reale²⁶, ao tratar desta questão, constrói o conceito de *quase-verdade*, para substituir a verdade, vez que esta trata-se de mera utopia.

A produção das provas no processo é realizada pelas partes, que procuram apresentá-las de forma parcial ao julgador. A parte defende seu direito e acredita nele, por esta razão produz provas tendenciosas, cujo objetivo é o convencimento de que tem razão. Após a produção das provas, o juiz terá que valorá-las para que possa decidir o conflito a ele posto. E por mais que exista uma série de princípios e regras que regulem a atividade do juiz de aplicação das normas aos fatos (princípio da subsunção das normas aos fatos) e procure objetivar tais procedimentos, sempre

²⁶ REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

haverá subjetividade ao julgar, modificando-se novamente a realidade e comprovando-se mais uma vez a intangibilidade da verdade.

É necessário não confundir imparcialidade com neutralidade. O juiz imparcial não é o juiz neutro. Todas as pessoas têm valores e princípios que constituem a própria personalidade de cada um e não é possível admitir ou exigir que o juiz julgue afastando-se de todos os seus valores. Porém, como representante do Estado de Direito, deve ajustar tais valores aos princípios da Lei Maior, qual seja, a Constituição Federal da República.

O juiz também não é deus, capaz de descobrir toda a verdade que envolve certo litígio e valorar na medida exata as alegações apresentadas pelas partes, que entendem cada qual estar com a “verdadeira” verdade sobre os acontecimentos.

Esse juiz-deus não existe e a idéia de que o conhecimento é resultado da descoberta da realidade é um pensamento, já filosoficamente superado. Carnelutti²⁷ explica bem a idéia da relatividade da verdade, diz que:

Exatamente porque a coisa é uma parte ela é e não é; pode ser comparada a uma medalha sobre cujo anverso está inscrito o seu ser e no verso, o seu não ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos apenas da parte, é necessário conhecer tanto o verso quanto o anverso: uma rosa é uma rosa, portanto, porque não é nenhuma outra flor(...) Em suma, conclui, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. (...)A minha estrada começa com atribuir ao processo a busca da verdade, conduziu, porém, à substituição da verdade pela certeza.

A verdade, portanto, é impossível de ser obtida. Pode-se ter uma elevada probabilidade sobre acontecimentos passados, mas nunca a verdade absoluta. Neste mesmo sentido, escreve o professor Cândido Rangel Dinamarco²⁸:

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a “segurança jurídica”, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou “segurança”, com base na qual o juiz proferiria seu julgamento). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao

²⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio, certezza. Rivista di Diritto Processuale*. 2ª série. Padova: Cedam, 1965.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo, Editora Malheiros, 5ª ed., 1996.

conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos.

Ao se perceber a inconsistência da busca da verdade no processo, nota-se também a fragilidade do princípio da segurança jurídica, e principalmente da atividade do juiz, que passa a não mais descobrir a verdade, mas construí-la com base nos seus próprios pressupostos valorativos. O professor Marinoni cita em sua obra “Comentários ao Código de Processo Civil v. 5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363”, o entendimento de Sérgio Cotta, segundo o qual a decisão judicial não revela a verdade dos fatos, mas apenas impõe, como verdade, certos dados que a decisão toma por pressuposto, chamando-os de verdade, mesmo que ciente de que tais dados não necessariamente confundem-se com a verdade em essência.

Assim, por mais que o magistrado se esforce para compreender os acontecimentos passados através da valoração dos fatos a ele apresentados, consegue apenas um juízo mais ou menos aproximativo e, conforme ensina o douto processualista Calamandrei²⁹, a margem de aproximação varia de caso a caso, segundo os meios de prova de que o juiz pode servir-se para chegar à decisão.

Esse juízo aproximativo ocorre de acordo com um raciocínio daquilo que normalmente acontece e denomina-se juízo de verossimilhança.

É preciso abandonar a idéia de que a atividade do juiz possibilita encontrar a verdade substancial dos fatos, pois tal verdade trata-se de mera utopia, estado ideal inatingível. O juiz decide, portanto, com base num conceito aproximativo, convencendo-se de que ali encontra-se o ponto mais próximo da verdade.

Para Habermas, no raciocínio do paradigma da linguagem, não há verdade inerente a um fato. A verdade não se acha, mas se constrói, através da argumentação. Assim, o sujeito deve interagir com os demais sujeitos para que possa chegar a um consenso sobre certa razão. Nesse sentido, a verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso.

²⁹ CALAMENDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale. v.2, Padova: Cedam, 1930.

Dentro deste paradigma, não há conhecimento sem relação intersubjetiva. Aplicando-se tais pensamentos ao processo, é fácil perceber que o processo deixa de ser local de reconstrução dos fatos relevantes para composição de litígios para ser palco de argumentação. Conforme explica do douto processualista Luiz Guilherme Marinoni³⁰, “a verdade é aquilo que o consenso do grupo diz que é, embasado este em posições de verossimilhança e no diálogo argumentativo”.

É necessário superar o conceito ontológico a respeito da verdade. A descoberta da verdade é um mito e o processo trabalha de fato com a verossimilhança e com a argumentação.

8. A PROVA NO PROCESSO

Segundo Gerhard Walter³¹, “La forma logica del proceso judicial es la prueba. Esto equivale a decir que la historia del derecho probatorio y de la apreciación de la prueba es la historia del proceso en si”.

O processo é o momento em que as razões de cada parte sobre os fatos narrados serão analisadas pelo Estado-jurisdição, detentor do monopólio da Justiça, na figura do magistrado. Para poder declarar a procedência ou improcedência de determinado direito requerido em juízo, o julgador deverá examinar a questão em dois aspectos: o direito e o fato.

Porém, de nada adianta ser o direito favorável ao indivíduo se não há como se perceber um fato real que permita a incidência da norma. A demonstração da situação carente de tutela jurisdicional é imprescindível à atuação do juiz, desde a valoração à decisão final. Conforme ensinamentos do professor Vicente Greco Filho³² “no plano prático do processo é mais importante para as partes a demonstração dos fatos do que a

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*

³¹ WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Themis, 1985.

³² *Ibidem*, p.193.

interpretação do direito, porque esta ao juiz compete, ao passo que os fatos a ele devem ser trazidos”.

8.1. Conceito de prova

Primeiramente, é necessário lembrar que a prova não é um conceito restrito do processo civil, mas assume diversas conotações em várias ciências. Para o direito processual, de forma geral, a prova pode representar: os instrumentos, apresentados em juízo pelas partes, dos quais se serve o magistrado para construção de seu juízo a respeito do fato em litígio; ou ainda, a atividade lógica de dedução utilizada pelo juiz, para se chegar a certa conclusão.

Liebman³³ define prova como sendo “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”.

Numa perspectiva inovadora, partindo do ponto de vista da decisão judicial, defini-se a prova como um elemento argumentativo-retórico do qual o magistrado se utiliza para justificar a escolha de uma das teses apresentada pelas partes no processo.

O douto processualista Luiz Guilherme Marinoni³⁴, para melhor esclarecer a idéia de prova no processo e principalmente a prova em relação ao juiz, busca a definição de Michelle Taruffo, que afirma o seguinte: “a prova, então, assume a função de fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato”.

Nota-se que ao conceito de prova aplica-se o pensamento dialético da lógica do paradigma da linguagem e do ser comunicativo (sendo que o processo se torna palco de argumentação, que levaria ao consenso, ou seja, a verdade sobre determinada questão em demanda). A conceituação da prova como elemento retórico-

³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile – Principi* 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992, p.318.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

argumentativo permite ao direito processual civil um grande avanço, principalmente quanto à elaboração de técnicas que busquem dar maior efetividade à tutela dos novos direitos quando levados a juízo.

O professor Marinoni³⁵ segue esta mesma idéia e entende que a prova no processo civil “é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

Os professores Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talmi³⁶ conceituam prova como sendo “o modo pelo qual o magistrado toma conhecimento dos fatos que embasam a pretensão das partes”.

Conclui-se, portanto, que a prova processual civil é um instrumento regulado pela lei, que auxilia o magistrado a formar seu entendimento a respeito dos fatos que envolvem a relação jurídica carente de determinada solução jurisdicional.

8.2. Objetivo da prova no processo

O objeto da prova é aquilo sobre o que serão produzidas as provas. Segundo Chiovenda, “objeto da prova constituem os fatos que não sejam reconhecidos e notórios, porquanto os que não se possam negar ‘sine tergiversatione’ dispensam prova. As normas jurídicas, visto que devem ser conhecidas do juiz não representam objeto de prova no sentido de que a falta de prova delas possa prejudicar qualquer das partes”.

Além do posicionamento de Giuseppe Chiovenda, para quem o objeto da prova incide apenas sobre os fatos presentes na ação ou na defesa, Eduardo Cambi expõe

³⁵ Idem.

³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. [coord. Luiz Rodrigues Wambier], 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 438.

mais duas correntes: uma defendida por Santiago Sentis Melendo, que entende que o objeto de prova é as alegações dos fatos, vez que os fatos ou existem ou não existem; e outra, que implica a soma das duas anteriores, defendida por Carnelutti, segundo a qual o objeto de prova incide imediatamente sobre a afirmação do fato e, mediadamente, sobre o fato.

Num primeiro momento, a leitura do Código de Processo Civil, artigos 332,333 e 334, nos dá a idéia de que o legislador aderiu à corrente chiovendiana. É certo que o juiz deverá verificar se os fatos alegados pelas partes tem fundamento. No entanto não é obrigado a ficar restrito ao que as partes alegaram, pois os fatos podem vir aos autos de outras maneiras, que não pelas partes, como por depoimentos de testemunhas ou até mesmo inspeção judicial.

O princípio da demanda, que impõe ao juiz o julgamento da ação nos limites em que foi proposta, não restringe a liberdade do magistrado de investigar e analisar os fatos. O magistrado não se vincula às alegações das partes, mas sim aos fatos em litígio, razão pela qual existe o artigo 131 do CPC, permitindo ao juiz formar livre convicção sobre os fatos e circunstâncias dos autos, mesmo que não alegados pelas partes.

Segundo Eduardo Cambi,

Se não fosse assim, os juízes não estariam em condições de poder formar livremente a sua convicção, porque estariam impedidos de, por exemplo, perceberem, a partir da análise dos documentos constantes dos autos, a ocorrência de outros fatos, que, apesar de terem passado despercebidos pelas partes, estão diretamente implicados na solução do conflito de interesses. Além disso, os fatos a serem provados, que integram o ônus da prova, em sentido subjetivo, são distribuídos não em razão das afirmações ou das negações das partes, mas dos fatos que a norma jurídica, ao ser aplicada, contempla como pressuposto para que surtam os seus efeitos jurídicos. Conseqüentemente, após instaurada a relação jurídica processual, que tem natureza de direito público, é reconhecido ao juiz a possibilidade de indagar sobre a verdade dos fatos que integram o objeto do processo (*res in iudicium deducta*) e o *thema probandum*, ainda que não tenham sido afirmados pelas partes. Por conseguinte, apesar da atividade jurisdicional ser limitada pelo princípio da demanda (arts. 2º e 262CPC) e da correlação entre o pedido e a sentença (arts. 128 e 460/CPC), as partes não detem o monopólio de indicar os argumentos e os meios de prova.

Assim, não apenas os fatos alegados pelas partes são objeto de prova mas todos os fatos inerentes ao conflito em questão. Porém, não se fala aqui de qualquer fato, vez que este tem alcance muito amplo. Para ser objeto de prova processual o fato deve ser controvertido, pertinente e relevante.

Primeiramente o fato deve ser controvertido porque só interessa provar aquilo sobre o que existam interesses contrapostos. Para ser controvertido o fato deve ser alegado por uma parte e impugnado pela parte contrária. Caso determinado fato seja alegado pelo autor e não seja impugnado pelo réu o fato é dito incontroverso, e a alegação do autor é considerada verdadeira não necessitando mais de prova (art. 334, III do CPC).

Pertinentes são os fatos que dizem respeito à causa, sendo que os fatos impertinentes, segundo Vicente Greco Filho³⁷, “devem ter sua prova recusada sob pena de se desenvolver atividade inútil”.

Já os fatos relevantes são aqueles que, sendo pertinentes, podem influir positivamente na decisão da causa.

Não são objeto de prova ainda os fatos notórios, vez que é de conhecimento geral sendo inútil e desnecessária a prova sobre os mesmos, e aqueles sobre os quais aplicam-se presunção legal de existência ou de veracidade.

Excepcionalmente, o direito também pode ser objeto de prova, quando se tratar de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, conforme artigo 337 do CPC. Nesses casos, quando ação ou a defesa se fundar em normas de direito estadual ou municipal, a parte deve demonstrar sua vigência e teor, se assim determinar o juiz. A prova do direito municipal pode ser realizada por meio de uma certidão da Câmara dos Vereadores, a respeito da sessão na qual a lei foi aprovada e atestando sua não revogação. Em caso de direito consuetudinário, uma testemunha seria adequada para provar que determinado costume é natural de certa região.

8.3. Meio de prova, conteúdo de prova, prova obtida e prova produzida

³⁷ GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 195.

Meio de prova é a maneira pela qual os fatos chegam ao conhecimento do juiz. Há os meios diretos, como a inspeção judicial e os fatos notórios, e os meios indiretos, como documentos e testemunhas.

O conteúdo da prova implica o resultado que o meio de prova produz, ou seja, o conhecimento que este meio foi capaz de produzir. Há casos em que o meio de prova é considerado ilícito, não podendo constar nos autos (como, por exemplo, gravação clandestina de conversa telefônica). Nesses casos, o conteúdo da conversa pode constar nos autos desde que por meio de prova diverso, como a prova testemunhal.

Entre os meios de prova não há hierarquia, em virtude do nosso sistema processual civil ser fundado no princípio do livre convencimento motivado do juiz (artigo 131 do CPC). Assim, não há ordem de valores que o juiz tenha que obedecer quando da valoração das provas presentes no processo, nem quando da fundamentação de suas decisões, desde que as fundamente racionalmente.

Os meios de prova previstos no Código são: depoimento pessoa, confissão, exibição de documento ou coisa, documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial.

Outra distinção que se deve fazer é aquela entre prova “obtida” e prova “produzida”. Segundo os professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³⁸:

Prova “obtida” é aquela sobre a qual não cabe juízo de admissibilidade. É o que acontece, por exemplo, com as provas “obtidas” por meio da chamada “ação cautelar de produção antecipada de prova”; nela realiza-se a prova fora e antes do processo em que poderá ser utilizada. Com efeito, essa prova somente será “produzida” após “admitida” pelo juiz do processo em que se pretende sua utilização. Pode acontecer, por exemplo, que o resultado da prova obtida no processo cautelar (em que a prova foi produzida) seja inútil para o convencimento do juiz (que deve apreciar a causa que a prova pretendia esclarecer). Não haverá, então, razão para a prova ser utilizada quando for discutida a causa, motivo pelo qual não se há de autorizar sua produção.

³⁸ MARINONI, *Op cit.*, p. 326.

9. VALORAÇÃO DA PROVA

9.1. Conceito

Durante o processo as partes devem procurar comprovar suas alegações. Para isso, há uma fase específica, denominada fase instrutória do processo de conhecimento, em que se realiza a produção das provas em relação aos pontos controvertidos fixados pelo magistrado.

Após a produção das provas, que pelo princípio da demanda devem ser produzidas pelas partes, o magistrado deve valorá-las para que possa decidir a demanda em questão e pacificar o litígio instaurado.

Essa valoração é realizada conforme o princípio do livre convencimento do juiz ou da persuasão racional do juiz, pela qual o magistrado pode se convencer livremente com qualquer das evidências presentes nos autos, desde que justifique as razões pelas quais entende que certa prova se sobrepõe ou não em relação à outra (art. 131 do CPC).

Como lembram os professores Vicente Greco Filho³⁹ e Celso Agrícola Barbi⁴⁰, o magistrado deve se ater às provas que constam nos autos, sendo que o que não está nos autos não existe (*id quod no est in acts non est in mundus*).

Essa etapa da valoração das provas é o processo intelectual do juiz que procura buscar nas provas produzidas e a ele apresentadas a verdade dos fatos ocorridos, mesmo que, conforme já exposto, trata-se de uma verdade meramente formal, vez que a verdade material dos fatos é inatingível.

Embora seja atividade exclusiva do magistrado, a valoração das provas não pode ser realizada subjetiva e arbitrariamente. Isso porque nosso sistema não autoriza a interpretação da prova conforme exclusivamente a consciência do Magistrado,

³⁹ FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. II, Saraiva, 1984.

⁴⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, T. II, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

segundo o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, e também não se trata do sistema das provas legais ou positivas, que exclui a possibilidade de valoração pelo Magistrado.

O sistema da livre apreciação ou da convicção íntima defende a ampla liberdade do magistrado ao decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios de valoração íntima, independentemente do que consta dos autos ou de uma fundamentação de seu convencimento. Isso ocorre, por exemplo, no Tribunal do Júri, em que os jurados não precisam expor as razões de seu convencimento, vez que decidem por convicção íntima ou livre apreciação.

Quanto ao sistema da prova legal, oposto do anterior, estabelece que cada prova tem seu peso e valor, ficando o juiz vinculado à valoração já pré-determinada das provas apresentadas em juízo. O juiz deve apenas computar o valor certo às provas a ele apresentadas. Esse sistema significou uma reação extremada ao sistema anterior e, sobretudo, ao arbítrio desmedido do magistrado ao julgar as provas no processo.

Conforme o processualista Carlos Roberto Fornes Mateucci⁴¹, o Legislador optou pelo sistema misto (denominado persuasão racional). Tal sistema é formado pela junção dos dois sistemas acima citados, o que implica dizer que o juiz não pode nem deixar de valorar as provas existentes, nem valorá-las livremente, mas sim, deve obedecer a regras jurídicas, as regras da lógica, e expor na sua decisão as razões pelas quais entendeu ser algumas provas mais importantes e outras menos para o julgamento de determinada causa.

Assim, além do dever de fundamentar sua decisão de forma clara e completa, o magistrado deve obedecer aos princípios processuais e se basear nos pressupostos que disciplinam a valoração e validade das provas trazidas aos autos.

O sistema da persuasão racional está consagrado no artigo 131 do CPC: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

⁴¹ MATEUCCI, Carlos Roberto Fornes. *Valoração da Prova*. Revista de Direito Processual Civil, nº 21, Julho/Setembro 2001, Curitiba-Pr, pág. 452-453.

Portanto, verifica-se que a lei, por um lado, dá liberdade ao magistrado de apreciar as provas sem se ater a valores pré-determinados, mas, por outro, o limita aos fatos e circunstâncias constantes nos autos (princípio da verdade formal), além de exigir exaustiva fundamentação de suas razões.

Segundo o princípio da verdade formal, o juiz deve decidir com base naquilo que se apresenta nos autos e não de acordo com a “verdade” real (o que está fora dos autos). Se o juiz tem conhecimento pessoal dos fatos é tido como impedido de julgar ou, caso tenha apenas conhecimento geral e não interessado e entender que a prova apresentada é insuficiente, pode requerer seja complementada, e posteriormente submetida ao contraditório.

A obrigatoriedade da motivação da decisão é um corolário do princípio do juiz natural (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal) e está hoje prevista no artigo 93, IX, da nossa Carta Magna. Esse dever permite às partes e à sociedade como um todo controlar a atividade do Judiciário, verificando se a convicção do magistrado foi realmente extraída do material probatório constantes dos autos e se os motivos que expôs levam logicamente à conclusão apresentada.

É verdade que o Código de Processo Civil traz uma série de disposições legais sobre a prova: algumas sobre peculiaridades dos meios de prova (artigo 374), outras que instituem presunções (artigo 368), há aquelas que orientam o julgamento (artigo 365) e as que estabelecem regras especiais sobre o ônus da prova (artigo 389). Porém, todas devem sempre ser interpretadas segundo o contexto geral da persuasão racional.

10. REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA

Ao se falar em redução do módulo, deve-se destacar o tema do paradigma da verossimilhança (como probabilidade, pois faz-se mister lembrar que a verdade é um mito e até mesmo a decisão final, após todo procedimento instrutório, baseia-se, em

última instância, em um juízo meramente verossímil), como critério de avaliação da prova para o processo de urgência.

A verdade no processo civil, conforme nos ensina Calamandrei⁴², é uma aspiração ou uma meta que deve orientar a todos os operadores da cena judiciária, tomada, porém, como “valor-limite” de que o julgador poderá aproximar-se, em determinadas circunstâncias, tendo em conta a natureza especial de certos fatos, com mais facilidade de que em circunstâncias diferentes.

Portanto, trata-se de mero ideal que deve ser buscado incansavelmente pelo investigador, embora consciente de que jamais a alcançará. Ovídio Baptista da Silva⁴³ explica a utilização da verossimilhança frente a circunstâncias que requerem tutela de urgência por colocarem um bem jurídico em risco. O professor se refere, no excerto então mencionado, à medida cautelar; porém quanto ao juízo de verossimilhança, sua observação pode ser utilizada analogicamente para se pensar a prova na antecipação da tutela. Ensina-nos o eminente processualista:

~~A insuperável distância entre os índices de verossimilhança e certeza – cuja eliminação, embora desejada, mostra-se impossível – é que, em determinadas circunstâncias, pode tornar-se maior e mais aparente, seja em virtude de pressão externa imposta pela urgência, seja porque, em certos setores do conhecimento humano, o próprio índice de certeza científica é ainda significativamente reduzido, seja finalmente porque o julgador encontra-se ante o que JON ELSTER (*Juicios salomônicos – Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, p. 17) denomina o “problema dos ótimos múltiplos”, comum em direito processual, sempre que existam várias soluções para o caso, “todas igualmente boas” ou nenhuma delas dotada de um tal grau de excelência capaz de impor-se às demais sem reserva, especialmente nos casos em que a tutela a ser outorgada tenha uma importante função preventiva, quando for impossível ao julgador prever com segurança absoluta as imponderáveis circunstâncias futuras e a maneira que as partes haverão de comportar-se frente a elas.~~

Tome-se como exemplo a jurisprudência em anexo a respeito de um acidente de trabalho, em que o trabalhador não havia colocado óculos de proteção, quando

⁴² CALAMANDREI, *Verità e verossimiglianza nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale. v.2, Padova: Cedam, 1930.

⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência), volume 3, 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 158-159.

trabalhando com uma roçadeira, e um pedaço de pedra atingiu-lhe os olhos, causando-lhe grave lesão ocular.

O autor pediu tutela antecipada para cobertura dos tratamentos médicos dos quais necessitava. Para tanto, apresentou uma série de laudos médicos demonstrando a urgência no tratamento para a recuperação de sua visão. A prova unilateral, decorrente de uma única fonte médica poderia ser questionada se não se tratasse de uma questão de urgência. Neste caso, preconiza-se pela “redução do módulo da prova”, como solução possível e adequada para legitimar o julgamento.

No entanto, apesar da decisão ser proferida sem a ouvida do réu, o contraditório não será eliminado do processo de análise dos fatos, mas apenas postecipado, ou seja, será adiado para um momento após a concessão da tutela que se mostra de providência urgente.

De fato, a exigência da prova plena e exauriente, em tal caso, implicaria a impossibilidade da cirurgia em tempo útil nos olhos do ferido e muito provavelmente a perda total da visão. De forma prudente, ponderando-se os valores em questão (visão do requerente versus segurança em se afirmar juridicamente a culpa da empresa pela não utilização de equipamentos de segurança pelos seus empregados e conseqüente obrigação de indenizar), o magistrado decidiu pela concessão da tutela no que consta à cobertura dos gastos médico-hospitalares do ferido, pela empresa requerida.

A nossa Constituição Federal de 1988 utiliza-se da técnica da redução do módulo da prova nos casos em o alistado alega imperativos de consciência em razão de convicções filosóficas, políticas ou religiosas, conforme artigo 143, parágrafo 1º. Este caso trata claramente de prova impossível e, por isso, a necessidade de se reduzir o módulo da prova e dispensar o alistado com base apenas em sua alegação.

Há inúmeros outros casos em que o convencimento judicial fica impossibilitado de atingir o grau de “certeza” desejado, em face das peculiaridades do caso concreto, tendo que se contentar com a redução do módulo da prova.

Gerhard Walter⁴⁴ apresenta algumas situações típicas que necessitam da aplicação da regra, em virtude da dificuldade ou impossibilidade probatória (como por

⁴⁴ WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. da edição alemã de 1979, p. 141.

exemplo, os casos de enfermidades profissionais, acidentes de trabalho, lesões pré-natais, casos de refugiados e de vítimas do nazismo, casos de seguros).

Segundo o douto processualista “El camino correcto para tener em consideración los intereses Del derecho material consiste em reducir el módulo de prueba a la verosimilitud preponderante”. E acrescenta:

Sería también equivocado tratar de solucionar estos casos invirtiendo la carga de la prueba. Porque entonces la parte sobre la cual pesa esa carga tendría que producir cada vez una *prueba negativa*, esto es, probar algo que no ha ocurrido o no ha sido causa de algo, v. gr. Que una enfermedad renal no fue causada po trabajo. Sin embargo, el legislador utvo buenas razones para tratar de evitar laprueba negativa (que es mui difícil de producir⁴⁵.

11. A TÉCNICA DA COGNIÇÃO

11.1. Conceito

Biondo Biondo, citado pelo professor Kazuo Watanabe⁴⁶, em seu livro “Da cognição no Processo Civil”, nos dá interessantes informações a respeito da *cognitio* do direito romano. Diz que é proveniente do verbo *cognoscere* e que *cognitio* e *cognectere* indicam a “percepção e o acertamento dos fatos e sua relevância jurídica, como premissa de um provimento que a alguém é solicitado a emitir”.

Atualmente o termo “cognição” é utilizado também para se referir ao próprio processo e não apenas à atividade do magistrado. Isso ocorre quando se utiliza a expressão “processo de cognição” ou “processo de conhecimento”. No entanto, a “cognição”, objeto do presente trabalho, será aquela que se refere à natureza da atividade do órgão judiciário e é nessa acepção que será então analisada.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 142.

⁴⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 53

A cognição da qual iremos tratar é, portanto, prevalentemente, um ato de inteligência, que consiste na análise e valoração das alegações e fatos levados ao conhecimento do juiz e que tenham relevância para o julgamento do caso em questão.

Frederico Marques⁴⁷ faz interessante observação: “O juízo é fruto e resultado, sobretudo, da cognição do juiz, o que vale dizer que o elemento lógico e intelectual constitui o seu traço predominante e fundamental”. E explica ainda que o julgamento imperativo do juiz vem baseado num ato de inteligência, decorrente das indagações realizadas pelo órgão jurisdicional para investigar e resolver a respeito das questões jurídicas do caso em questão.

Portanto, a cognição é o processo de reflexão que o magistrado realiza a respeito dos fatos levados a juízo, por meio de alegações, provas testemunhais, periciais, documentais, dentre outros meios de prova admitidos em juízo, a fim de que possa fundamentar, com lógica e bom senso, suas decisões no processo.

Para Liebman,⁴⁸ o silogismo final realizado pelo juiz é a síntese de uma série de silogismos, que implicam juízos de classificação e accertamentos de caráter histórico que o preparam, resolvendo pouco a pouco os vários pontos de fatos e de direito relevantes para a causa. Faz ainda a seguinte observação a respeito da atividade do juiz especificamente quando se prepara para proferir a decisão final:

...essa atividade é muito mais complexa e compreende momentos de decisiva importância que não são de simples dedução lógica e sim de intuição e de concreta apreciação do caso, nos quais influem de maneira mais ou menos consciente, critérios de experiência, de oportunidade e de justiça, inspirados nas condições históricas, econômicas e políticas da sociedade.

O que ocorre de fato é que primeiramente o juiz examina as alegações e provas para depois formar um juízo e fundamentar sua decisão racional e legalmente. No entanto, quando do conhecimento dos fatos, entram também diversos elementos subjetivos, como fatores psicológicos, sensitivos, vivenciais, intuitivos, culturais,

⁴⁷ FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed., v. III; Rio de Janeiro: Forense, p.4.

⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. De Cândido Rangel Dinamarco. 4 ed., v. 1., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 167.

volitivos, dentre outros, que certamente irão interferir para a formação da compreensão do juiz quanto ao caso. Kazuo Watanabe⁴⁹ apresenta exemplo bastante esclarecedor:

Assim é que, não raro, são diferentes, por exemplo, no julgamento de uma ação de indenização por acidente automobilístico, a conclusão de um magistrado que sabe dirigir e o pratica diariamente e a solução de um outro magistrado que jamais dirigiu um veículo, pois a avaliação dos fatos depende de inúmeros conhecimentos prévios a respeito das circunstâncias que ordinariamente cercam um acidente. Aquele primeiro juiz é capaz de examinar o caso dentro do contexto global, considerando o que a experiência lhe sugere (fluxo de veículos, ritmo de circulação, hábito dos motoristas, sistema de sinalização, etc), enquanto o segundo será certamente levado a equacionar o caso e a solucioná-lo na conformidade do critério abstrato e teórico que o estudo do sistema jurídico lhe proporcionou.

O juiz não está preso unicamente ao processo, ele também pertence à sociedade em que vive e é, de certa forma, influenciado por esta. Por esta razão, seu conhecimento sobre determinado *factum probandum* se constitui de suas experiências particulares, convicções íntimas e do senso comum. Afirma Michele Taruffo⁵⁰:

O fundamento da ilação probatória consiste em critérios, *standarts* ou regras que permitem a passagem lógica de um a outro enunciado de fato, mas esse fundamento não consiste em normas jurídicas. O juiz não o extrai do mundo das norma, mas do mundo do senso comum: é partindo dos conhecimentos comuns que por indução ele chega a formular um juízo de verdade sobre o enunciado referente ao *factum probando*.

11.2. A técnica da cognição sumária

A cognição pode ser analisada em duas direções: vertical, que considera as provas produzidas no processo; ou seja, o grau de certeza em que a decisão proferida é baseada; e horizontal, que permite a visualização da ideologia dos procedimentos.

⁴⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 61.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Trad. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. Curitiba: Jurej, 2001, p. 16.

Aquela se subdivide em cognição superficial, sumária e exauriente, enquanto esta se apresenta sob a forma de cognição parcial e cognição plena. Analisaremos apenas a cognição sumária, que mais se faz interessante para a técnica da antecipação da tutela.

Explica o professor Luiz Guilherme Marinoni⁵¹ que a restrição da cognição no plano vertical conduz aos juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, refere-se às decisões que se limitam a afirmar o provável. Completa, afirmando:

Podemos dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizadas, no sentido vertical, objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela sumária satisfativa); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direitos e em vista do custo do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, inciso II, do Código de Processo Civil).

A doutrina não é unívoca quanto aos graus de probabilidade e suas variações, como credibilidade, plausibilidade, provável, probabilíssimo, verossimilhança. Hernando Devis Echandia⁵² fala em graus de eficácia probatória e adota a seguinte graduação: relativamente a determinado objeto, é possível uma mínima probabilidade, que denomina de verossímil, uma probabilidade média, que chama de provável e a probabilidade máxima, que seria o probabilíssimo. Acrescenta:

Es más correcto hablar de credibilidad que de posibilidad o de verosimilitud, y que “verossímil no es lo que puede ser verdad real, sino lo que tiene apariencia de serlo, no lo que se nos presente simplemente como posible, sino lo que, por razones más o menos determinadas, nos inclinamos a creer que es real”; por lo qual hace coincidir la verosimilitud con el primer grado de la probabilidad, que tiene tres: verossímil, lo probable y lo probabilísimo.

Já Calamandrei esclarece as diferenças entre possibilidade, verossimilhança e probabilidade. Diz que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro. E

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 2000.

⁵² ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia Ed., 1976, p. 317.

entende que as três classificações, nesta ordem, aproximam-se gradualmente do que seria a verdade. Conclui:

Quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável está mais avançado do que quem diz que é verossímil, já que vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumentos para fazer crer que a aparência corresponde à realidade. Trata-se, porém, de matizes psicológicas que cada juiz entende a seu modo.

A letra da lei, no artigo 273 do CPC utiliza o termo verossimilhança, no sentido de elevada probabilidade de ser verdadeiro. Porém, como já foi considerado neste trabalho, a verdade é um ideal jamais alcançado, o que faz com que a decisão final do juiz, mesmo com base em cognição exauriente, ou seja, após todo o processo probatório, não seja uma decisão com plena convicção da verdade dos fatos, mas uma decisão que procura se aproximar o máximo possível desta verdade. Por esta razão, tanto a decisão fundada em cognição sumária quanto aquela com base em cognição exauriente expressam meras verossimilhanças (decisões que se assemelham à verdade, ou seja, muito próximas desta, mas nunca a verdade em si).

Assim, para que se possa compreender melhor a tutela de urgência, baseada em cognição sumária, entende-se que se trata de uma tutela baseada na probabilidade dos fatos alegados no processo corresponderem à verdade. Este entendimento, adotado pelo professor Luiz Guilherme Marinoni, ao contrário de Calamandrei, tem o verossímil como gênero e o provável como uma espécie mais fraca. A prova da probabilidade (que se apresenta quando do requerimento da tutela antecipada), segundo este pensamento, tem menor substantividade, que, por exemplo, a prova apresentada quando da instrução probatória, e conseqüentemente as exigências para que o magistrado forme seus juízos quanto à concessão ou não das tutelas devem se dar de acordo com as circunstâncias em que estas provas são produzidas e se apresentam em juízo.

Para melhor se compreender a tutela fundada em cognição sumária, faz-se necessário compará-la àquela fundada em cognição exauriente, ou seja, após a instrução probatória.

A tutela de cognição exauriente é baseada na certeza, decorrente, sobretudo, da realização plena do princípio do contraditório, que inclui a ampla produção de provas por ambas as partes, com o fim de convencer o juiz dos direitos respectivos. A tutela de cognição exauriente não permite, portanto, a postecipação da busca da “verdade e da certeza” no processo e, ao contrário da tutela sumária, caracteriza-se por produzir coisa julgada material.

Já a tutela sumária se caracteriza como provisória, por ser baseada num juízo de probabilidade, passível de reforma caso a sentença final julgue pela improcedência do direito do autor.

A antecipação de tutela, portanto, pode se dar total ou parcialmente desde que haja prova inequívoca da verossimilhança da alegação conjugada com: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, se fundada no artigo 273, I, CPC; ou com fulcro no artigo 273, inciso I, do CPC, se fundada na probabilidade de que o direito afirmado, mas não provado, será demonstrado e declarado no decorrer do processo. A tutela sumária antecipatória baseada no artigo 273, inciso II, CPC, deve ser utilizada quando o direito do autor está evidenciado e há uma defesa provavelmente infundada.

Em suma, a sumariedade da cognição em determinados procedimentos implica a escolha do legislador pela celeridade em detrimento à perfeição. Em contrapartida, deixou de conferir a autoridade de coisa julgada material ao conteúdo declaratório assentado em cognição sumária.

Assim, na ótica do instrumentalismo substancial, a cognição sumária constitui uma técnica processual de relevante importância para o desenvolvimento de um processo civil engajado e consciente da realidade sócio-jurídica, na qual atua.

12. DO RACIOCÍNIO PRESUNTIVO

A questão que aqui se coloca é como se produzir prova do temor de um dano iminente que pode vir a ocorrer caso o direito então requerido em regime de urgência

não seja satisfeito. E ainda como convencer o juiz de que tais provas, embora pouco substantivas (talvez até consideradas fracas demais), são suficientes para se tutelar antecipadamente, em razão da necessidade de se promover novas técnicas processuais, no contexto do pensamento de um processo mais efetivo e menos prezo a dogmas tradicionais como o da busca da verdade e da garantia da segurança jurídica.

O raciocínio presuntivo, portanto, é essencial ao assunto da prova do processo civil, sobretudo quando se fala da técnica da antecipação da tutela, baseada na probabilidade.

Nem sempre o fato do qual se extrai a consequência jurídica pretendida admite prova direta. Regra geral, prova-se fato principal, constitutivo, extintivo ou modificativo do direito do autor (artigo 333 do CPC). Quando não é possível a prova direta do fato principal, procura-se fazer prova de fatos circunstanciais, aos quais se aplica o juízo de probabilidade em relação ao fato que se quer provar em juízo.

Há situações, portanto, em que não existem provas concretas a respeito dos acontecimentos fáticos então em julgamento ou não há tempo útil para que sejam levadas a juízo, mas há apenas elementos que gravitam em torno dos fatos, induzindo o juiz a convencer-se que os fatos objetos da causa de pedir efetivamente ocorreram. Tais situações não são raras e requerem um estudo mais aprofundado das presunções e das provas indiciárias.

A presunção parte da idéia de que o conhecimento de certos fatos pode ser induzido da verificação de um outro fato ao qual aquele primeiro se relaciona. Assim, nada se sabe sobre o fato B, aquele que se deve provar em juízo. Porém, sabe-se sobre o fato A e ainda que se A ocorreu há uma forte probabilidade de B também ter ocorrido. Parte-se da convicção da ocorrência do fato A e, por dedução lógica, infere-se a existência do fato B, admitindo-se assim a dedução de um fato pela prova de outro.

Conforme ensina o professor Marinoni e o professor Sérgio Cruz Arenhart⁵³, nos casos em que os fatos são de difícil verificação ou de incerta ocorrência, o

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao código de processo civil, v.5, tomo I. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

raciocínio presuntivo conduz à conclusão da ocorrência do fato, pela verificação do contexto em que normalmente incidiria aquele fato. Tal raciocínio pode partir tanto do juiz quanto do legislador, surgindo as presunções judiciais e as presunções legais, respectivamente. As presunções legais se subdividem em presunções relativas (*iuris tantum*) e absolutas (*iuris et de iure*).

A presunção legal absoluta é aquela que não admite prova em contrário, ou seja, a lei reconhece determinada situação tornando irrelevante qualquer tentativa de prova em contrário. Portanto, o juiz não pode se convencer de situação adversa àquela estabelecida pela presunção legal absoluta (*iuris et de iure*).

Já a presunção legal relativa é aquela que admite prova em contrário. Se a presunção é relativa, a parte contrária tenta quebrar o nexo entre o fato antecedente e o conseqüente instituído pela presunção. Vicente Greco Filho⁵⁴ subdivide as presunções relativas em: presunções relativas de comprova livre e presunções relativas de comprova vinculada ou determinada, sendo que estas admitem uma determinada prova em contrário, que também está estabelecida na lei (alguns doutrinadores chamam as presunções legais relativas de comprova vinculada de presunções legais mistas).

A presunção judicial (ou simples ou ainda *praesumptiones hominis*) implica a dedução da ocorrência de um fato pela verificação de outro fato, através do raciocínio do juiz, sem interferência do legislador. Assim, tendo por base fontes materiais de prova de um fato secundário, deduz-se pela existência ou não do fato principal ignorado.

Adota-se um critério racional indutivo de normalidade ou de probabilidade lógica da coexistência de ambos os fatos. Esta técnica trabalha com uma idéia central de silogismo: ocorrendo o fato A, sempre deve ocorrer o fato B; ou ainda, ocorrendo os fatos A, C, D, E ocorre também o fato B.

É necessário atentar à fragilidade do raciocínio silogístico. Por esta razão, as presunções são consideradas argumento de prova insuficiente normalmente para sustentar uma conclusão absoluta. Até mesmo para as decisões de cognição sumária fundadas no raciocínio de probabilidade, há uma certa dificuldade de os magistrados

⁵⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.*

utilizarem-se do raciocínio presuntivo para conferir a tutela adequada em certas situações. Nesse sentido, verifica-se que o corolário da busca da verdade está fortemente impregnado na prática dos juízes, principalmente quando da concessão de tutelas de urgência.

Um caso clássico, que exemplifica a excepcional utilização do raciocínio presuntivo para formação de um juízo com grau bastante alto de substantividade (talvez máximo) é o exame de DNA para conferência de paternidade.

A prova de DNA é baseada no seguinte raciocínio presuntivo: vez que aproximadamente 99% dos gens do suposto pai são compatíveis aos gens do suposto filho, então há grande probabilidade de todos o serem. A fim de melhor esclarecer, aplicando-se o critério racional indutivo, pode-se dizer que: ocorrendo a identificação de aproximadamente 99% dos gens, deve-se ocorrer a identificação de 100% dos gens, ou seja, deve-se ratificar a paternidade.

A decisão do Agravo de Instrumento de nº70000482539, cuja relatora foi Maria Berenice Dias, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 23.02.2000, atenta ao grau de veracidade desta prova presuntiva (neste caso, por tratar-se de sigilo de justiça, não foi possível anexar inteiro teor):

EMENTA: DNA. NOVA. PERICIA. DESCABE REALIZAR NOVA PERICIA PELO METODO DO DNA SE O TESTE REALIZADO ATESTA UMA PROBABILIDADE POSITIVA DE MAIS DE 99%, TENDO O LAUDO SIDO COMPLEMENTADO PELO PERITO. AGRAVO DESPROVIDO. (4FLS) (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70000482539, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 23/02/2000).

Portanto, a substantividade da decisão baseada na probabilidade da ocorrência do fato probando depende do grau de certeza que se tem em relação ao fato secundário (ou fato provado nos autos) e principalmente do grau de vinculação deste e a conseqüente e necessária existência do fato primário. Portanto, o grau de credibilidade da presunção implica a imprescindibilidade da existência do fato probando quando da ocorrência do fato provado.

Verifica-se um juízo intermediário entre a prova do fato secundário (aquele que será efetivamente provado nos autos) e a conclusão da ocorrência de outro fato (o fato

da causa, aquele que se deve provar nos autos). Daí o questionamento da doutrina em relação à natureza jurídica das presunções. Segundo Barbosa Moreira⁵⁵

Tal presunção não constitui, a rigor, meio de prova, ao menos no sentido que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova, v.g., um documento ou o depoimento de uma testemunha. O processo mental que, a partir da afirmação do fato *x*, permite ao juiz concluir pela afirmação do fato *y*, não se afigura assimilável à atitude da instrução, em que se visa a colher elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente.

Os professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵⁶ entendem que não se trata de meio de prova, vez que meio de prova são os documentos, testemunhas, tudo aquilo que se levou a juízo e sobre o que o juiz formulará seu conhecimento sobre o fato, mas da própria prova. Explicam ainda que a presunção é o resultado de um raciocínio lógico indutivo e não o próprio raciocínio.

Observa-se, porém, que a produção da prova da presunção ocorre de forma análoga à produção de qualquer prova em juízo. A única diferença é que a prova da presunção quando produzida em juízo não incidirá diretamente sobre o fato principal, mas sobre fato secundário, correlato a este e, para se chegar à presunção, faz-se necessário o raciocínio lógico indutivo.

12.1. Noção de indício

Como visto, o raciocínio presuntivo baseia-se na verificação concreta de outro fato, um fato secundário do qual se extrai a ocorrência do fato principal. Este fato

⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e as provas. Temas de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2 ed., 1988.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*, v.5, tomo I. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 2000.

correlato (fato provado nos autos) ao fato principal se chama indício, razão pela qual as presunções também são conhecidas como provas indiciárias.

Para Barbosa Moreira os indícios não se equiparam às provas. Entende que o indício é ponto de partida em relação à presunção, mas ponto de chegada quando comparado com as provas testemunhais e documentais.

O professor Marinoni⁵⁷ explica que de fato indício não se equipara à prova, porém o que os difere está na afirmação de fato a que se destina comprovar. Por exemplo, para o professor só há sentido em se falar de prova no espaço dos argumentos do autor, que embasam seu pedido, devidamente controvertidos pelas exceções apresentadas pelo réu, ou seja, não se pensa em produção probatória em relação a tema não controverso. Quanto ao indício, o raciocínio é diferente. Neste caso, será produzida prova sobre fato externo ao processo (fato secundário), portanto não controvertido.

Há certas peculiaridades na matéria de prova indiciária que implicam um tratamento diferenciado. Por exemplo, não se aplicam as regras de lugar, tempo e forma à produção da prova indiciária, em virtude do processo mental lógico que a conforma, segundo o processualista Jaime Guasp.⁵⁸ Além disso, há alguns casos em que o juiz não pode deferir a produção da prova indiciária, quais sejam: se verificar que ainda que se comprove a existência do fato secundário (indício), deste não decorra a existência do fato principal; quando o meio utilizado pela parte para prova do indício for inadequado (por exemplo, se a prova indiciária exigida for documental e a parte produzir outro meio qualquer de prova que não o documento específico necessário); e, ainda, o juiz quando da decisão pelo indeferimento ou não da produção de prova o juiz não pode se basear nas matérias controvertidas em juízo.

A força da presunção pode ser mensurada conforme a capacidade que tem de satisfazer seus aspectos intensivo e extensivo. O aspecto intensivo implica a demonstração de que do fato indiciário não pode decorrer qualquer outro fato que não seja aquele que se pretende demonstrar; já em relação ao aspecto extensivo, a

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4.ed. t.1.Madrid: Civitas, 1998.

presunção deve ser apta a demonstrar a totalidade do fato probando. Portanto, a credibilidade da presunção depende de se conseguir provar ambos os aspectos intensivo e extensivo do indício em relação ao fato da causa.

Há ainda casos de possíveis conflitos entre presunções, cuja solução dependerá, na maior parte das vezes, da análise concreta dos valores em conflito. Se o conflito se estabelece entre uma presunção legal absoluta e uma relativa, então aquela prevalecerá, pois a presunção absoluta não admite prova em contrário e conseqüentemente não aceita seu afastamento pela convicção do magistrado de que é imprecisa ou ilógica. Se o conflito ocorrer entre uma presunção legal relativa e uma presunção judicial, o magistrado terá que excluir uma das duas, ou entende que a presunção judicial implica prova contrária à presunção legal relativa, afastando esta, ou se convence de que a presunção judicial não é elemento forte o suficiente para afastar sua compreensão de que a presunção relativa deve ser aplicada no caso em tela.

Porém, se o conflito surgir em relação a presunções da mesma espécie, então a solução deverá se encaminhar para o prudente arbítrio judicial e, sobretudo, para aplicação do princípio da proporcionalidade. Assim, o juiz perante o caso concreto deve ponderar os valores em questão e atribuir maior força à presunção que melhor expressar os elementos fáticos e jurídicos que circundam a controvérsia a ser solucionada.

13. PROVA DO FUNDADO RECEIO DE DANO IMINENTE AO DIREITO

A prova do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação implica a prova do temor (medo, receio) de ineficácia da tutela final, em razão da necessidade de proteção imediata ao direito material em questão. Nesse sentido, pode-se falar que a prova sumária produzida quando do requerimento da tutela antecipada implica a prova

da ameaça causadora do temor de que algo possa vir a ocorrer, algo que virá a causar prejuízo irreparável ao direito em questão.

É certo que a antecipação da tutela pode ser requerida tanto nas ações reparatórias quanto nas ações preventivas (aquelas cujo objetivo é impedir a ocorrência, continuação ou repetição do ilícito). Percebe-se que, neste último caso, a prova sumária a ser produzida será a prova da ameaça do ato ilícito e não necessariamente de um dano. É a violação ao direito em si, ou a ameaça à violação ao direito, que constitui pressuposto da tutela jurisdicional, pouco importando se esta violação acarreta ou não, consigo, um dano externo.

No entanto, embora muito interessante e de importância indubitável, o tema referente à tutela preventiva não é objeto deste trabalho, razão pela qual este capítulo ater-se-á à análise do justo receio (seja do dano em si ao direito ou da simples lesão a este), a fim de que melhor se compreenda o que de fato deve ser provado pela parte e, em contrapartida, analisado pelo juiz, quando do exame da tutela antecipada.

O problema está na indefinição do conceito de justo receio, que por ser demais subjetivo acaba sendo deixado apenas ao arbítrio do magistrado. Celso Agrícola Barbi⁵⁹ critica a subjetividade do termo “justo receio”, destacando a importância de se abstrair o elemento objetivo deste “justo receio”, que seria a ameaça. Afirma então:

O “receio” deve ser considerado “justo” quando a ameaça de lesão revestir-se de “determinadas características”. E estas são justamente as constantes da citada Declaração do Congresso Internacional, isto é, a “ameaça” deve ser “objetiva e atual”. Entendemos que a “ameaça” será “objetiva” quando “real”, traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições; e será “atual” se existir no momento, não bastando que tenha existido em outros tempos e haja desaparecido.

Pontes de Miranda⁶⁰ nos explica que “‘justo receio’ é o receio que se não reduz a simples suspeita, a simples temor subjetivo. É preciso que exista alguma fundamentação dele. Quem receia, sem razão para recear, receia injustamente”. Quando em referência às ações possessórias explica ainda que, neste caso, a idéia de “receio” implica o “conhecimento de fatos ou circunstâncias que lhe façam suspeitar

⁵⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p.81.

⁶⁰ PONTES de MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. T. XIII, p.316.

de que o réu o vai molestar na posse. Quem receia tem de encobrir-se (*re-celare*), porque teme”.

Assim, percebe-se que o “justo receio” significa existência de um temor justificado em dados concretos, objetivos, que devem ser apresentados ao magistrado para que possa verificar a real ameaça ao direito em questão.

Porém, esta concretude deve ser exigida nos limites da produção de uma prova de cognição sumária. O requisito da objetividade, necessário ao se demonstrar o fundado receio de dano ao direito que se quer tutelado, não pode significar obstáculo ao acesso à justiça. Assim como a decisão do juiz não pode ser pautada em mera subjetividade (fundada em valores, experiência, suposições e pensamentos particulares do magistrado, sem a demonstração de raciocínio lógico sobre suas decisões), não se pode exigir provas passíveis de produção apenas em cognição exauriente, ou seja, após instrução probatória. Vez que se trata de procedimento de cognição sumária, a prova exigida deve ser compatível à realidade fática e procedimental. Daí, a imprescindibilidade de uma boa fundamentação da decisão que concede a antecipação dos efeitos da sentença, nos moldes do sistema da persuasão racional do juiz.

A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná (acórdão em anexo) decidiu, por unanimidade de votos, com base em cognição sumária, pela concessão da antecipação da tutela, mediante a presença do receio concreto (provado nos autos por meio de laudos médicos) da perda da visão do requerente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZACAO POR ACIDENTE DO TRABALHO. TUTELA ANTECIPADA. CUSTEIO - TRATAMENTO E CIRURGIA NO EMPREGADO. PRESSUPOSTOS -ART. 273,CPC. RAZOABILIDADE DA DECISAO FRENTE AOS VALORES JURIDICOS EM LITIGIO. PENSAO ALIMENTICIA. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL (ART. 159, C.C.), E, POIS, QUE ENVOLVE MATERIA DE FATO, PARA A CONDENACAO IMPÕE-SE A DEMONSTRACAO DA CULPA DO CAUSADOR DO DANO. TODAVIA, PARA EFEITOS DE ANTECIPACAO DA TUTELA, CORRETA A DECISAO EXARADA DIANTE DA VEROSSIMILHANCA DO DIREITO ALEGADO PELO AUTOR E O RECEIO DE DANO IRREPARAVEL OU DE DIFICIL REPARACAO. 2) IMPÕE-SE MANTER A TUTELA ANTECIPADA ADEQUADAMENTE CONCEDIDA E FUNDADA EM INEGAVEL JUIZO DE RAZOABILIDADE. 3) PARA ANTECIPAR-SE O PROVIMENTO HA DE SE FAZER UMA ANALISE DOS VALORES JURIDICOS

COLOCADOS EM JULGAMENTO NA DEMANDA, SENDO INQUESTIONAVEL TER MAIOR RELEVANCIA O TRATAMENTO PARA A RECUPERACAO DA VISAO DA VITIMA. 4) INDEVIDO ANTECIPAR-SE A TUTELA PARA IMPOR CONDENACAO AO REU DE PENSAO ALIMENTICIA, DIANTE DA AUSENCIA TOTAL DE VINCULO DE DEPENDENCIA POR RELACOES DE PARENTESCO. E A PENSAO VITALICIA DECORRENTE DO ARTIGO 1539 DO CODIGO CIVIL, SOMENTE VIÁVEL COM A SENTENÇA, POSTO IMPRESCINDIVEL O RECONHECIMENTO DA CULPABILIDADE E PROVADA A EXTENSÃO DO DANO.

(Ag Inst.nº 0190583-3 Sétima Câmara Cível. TAPR. DJ 26/04/02. Juiz Rel. Miguel Pessoa).

Busca-se, portanto, a demonstração da efetiva ameaça de lesão ao direito e não simples temor subjetivo que a violação possa causar.

Como se percebe da análise da jurisprudência acima, a solução final sempre acaba a critério do juiz (daí a necessidade de se formar juízes prudentes e conscientes da realidade em que vivem). Mediante a impossibilidade do legislador de pensar todos os casos imagináveis, em que houvesse temor razoável, o bom senso e a maturidade do magistrado passa efetivamente a ser a única saída viável.

Como bem explicam os professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶¹:

Esta opção, contudo, pela discricionariedade judicial, conduz a que a subjetividade pessoal do magistrado impere, possibilitando, de um lado, a apreciação adequada da casuística concreta, mas de outro, o espaço para arbitrariedades e inseguranças. Entretanto, e apesar deste risco, não parece haver outra forma de solucionar o problema. É necessário e imperioso, diante da infinidade de situações materiais que se apresentam ao Direito, e do inevitável descompasso entre legislação e realidade, confiar na figura do magistrado, pois é o único que pode fazer atuar a regra (mesmo que falha) de forma justa ao caso concreto.

No entanto, apesar da abstração de certos conceitos jurídicos, como o caso do justo receio sempre acabar, em última análise, nas mãos da discricionariedade judicial, é constante a preocupação da doutrina e da jurisprudência em trazer dados objetivos e concretos ao processo, que demonstrem a ocorrência desses termos abstratos, como o justo receio.

⁶¹ MARINONI, *Op. Cit.*

O problema está em compatibilizar a necessidade de proteção ao justo receio (ameaça concreta) de dano iminente ao direito e as exigências tradicionais de comprovação da objetividade da ameaça.

Há neste caso duas possíveis alternativas: ou não se concede a tutela, correndo o risco de inviabilizar a tutela final do direito, por se intempestiva, em nome da segurança jurídica; ou se dispensa a prova mais substantiva, característica da decisão baseada em cognição exauriente, autorizando-se a satisfatividade imediata do direito tutelado.

A primeira solução implica a inefetividade de toda construção da tutela de urgência. Já a segunda alternativa permite a satisfação imediata do direito do autor, que estará imune ao risco de dano iminente ao seu direito e, nem por isso, incorre no descumprimento dos direitos fundamentais de contraditório e ampla defesa.

Atenta-se para o fato de que não haverá o cerceamento ao direito de defesa, mas a mera postecipação do momento de manifestação do réu, com a vantagem de que, neste caso, o provável direito do autor não estará correndo o risco iminente, concreto e atual de perecer!

Porém, quando se concede um direito com base em mera probabilidade da ocorrência dos fatos narrados, é inegável que há possíveis prejuízos como por exemplo: a tutela de direito irreversível ao autor que não tinha direito; acesso ao judiciário daquele que nenhuma razão tem para requerer provimento jurisdicional, ainda enseja o prejuízo efetivo e imediato do réu, que pode estar sendo punido injustamente.

É o risco que se corre pela busca da tutela efetiva. Ocorre que, considerando-se toda dificuldade que se encontra num processo judicial, tanto a demora, os gastos com advogados, mas principalmente todo desgaste psicológico, moral e até mesmo físico que um cidadão tem para ir a juízo atrás de uma solução jurisdicional para o seu problema, nos faz pensar e concluir que apenas o autor convicto de sua razão iria se propor a tamanho sacrifício. Tal pensamento faz diminuir significativamente o risco referido.

A grande maioria das decisões que indeferem os pedidos de tutela antecipada baseados no art.273, I, é justificada pela insuficiência de provas para se comprovar o “periculum in mora” e/ou o “fumus boni iuris”.

Quanto ao “fumus boni iuris”, o problema maior se encontra no adjetivo que antecede o requisito da prova da verossimilhança das alegações, qual seja “inequívoca”. Infelizmente, o entendimento majoritário nos tribunais é no sentido de prova que não dê margem a dúvidas sobre a existência do direito. O relator desembargador José Wanderlei Resende, em acórdão de agravo de instrumento nº115.801-2, da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (em anexo) entende que “prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão”. Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo Estado do Paraná contra decisão que concedeu tutela antecipada assegurando à agravada a exploração de jogos com as máquinas denominadas caça-níqueis. Quando do pedido, a agravada anexou laudos que comprovavam não estar o jogo em questão na categoria de jogos de azar, como prova da probabilidade das alegações de que estes jogos não seriam incluídos no Decreto Governamental nº 4599/01, que proíbe a exploração de jogos conhecidos como caça-níqueis e, razão pela qual poderiam estar em funcionamento.

É certo que a análise e valoração da prova é feita de acordo com a situação e o caso concreto. No entanto, o juiz afirmou não haver o requisito do “fumus boni iuris”, justificando-se na insuficiência da prova, vez que os laudos apresentados se referiam a apenas uma máquina e não a todas. Ora independentemente do mérito da questão, chamo a atenção para o tipo de prova que se busca quando da aplicação de uma cognição sumária para valoração do pedido de tutela de urgência! Se as máquinas são iguais e existe de fato a urgência no provimento, é claro que a apresentação de um único laudo, bem feito, faz-se suficiente, sendo que os demais devem ser produzidos quando da instrução probatória, ou seja, no tempo certo para produção de provas no processo de conhecimento. Neste caso, o denegação da urgência poderia se basear na falta do “periculum in mora”, mas não pela falta de prova inequívoca da verossimilhança das alegações. A economia da empresa, prejudicada pela inatividade

de suas máquinas, seria contraposta ao valor economia pública, e não se configuraria, no meu ponto de vista o justo receio de dano irreparável ou de difícil reparação em virtude da mora na espera da sentença judicial.

Observa-se, que nas análises então realizadas, ative-me à noção de prova inequívoca utilizada pelo magistrado, não entrando no mérito da questão nem nos valores em litígio.

14. CONCLUSÕES

I. A verdade e a certeza são conceitos absolutos e, portanto, inatingíveis.

II. A prova é um dos principais institutos processuais que traduz a meta do processo de busca da verdade. Contudo é interessante perceber que se trata de uma verdade meramente formal, ou seja, nada mais que uma maneira de justificar os atos no processo.

III. É necessário não confundir imparcialidade com neutralidade. O juiz imparcial não é o juiz neutro. Todas as pessoas têm valores e princípios que constituem a própria personalidade de cada um e não é possível admitir ou exigir que o juiz julgue afastando-se de todos os seus valores. Porém, como representante do Estado de Direito, deve ajustar tais valores aos princípios da Lei Maior, qual seja, a Constituição Federal da República.

IV. Ao se perceber a inconsistência da busca da verdade no processo, nota-se também a fragilidade do princípio da segurança jurídica, e principalmente da atividade do juiz. Ao magistrado, porém compete decidir a lide, baseando sua decisão na sua convicção sobre o que mais se assemelha a uma possível realidade, ou seja, buscar construir a verdade processual com base nos seus próprios pressupostos valorativos.

V. Seguindo a linha de raciocínio do paradigma da linguagem, pelo qual o processo é um espaço para argumentação e o conhecimento só é alcançado por meio do consenso, a prova deve ser considerada peça de argumentação, ou seja, elemento de convencimento do magistrado.

VI. Em termos de efetividade, a tutela dos direitos deve ser pensada na perspectiva do consumidor dos provimentos jurisdicionais.

VII. Sob o pensamento da instrumentalidade do processo⁶², as técnicas processuais devem ser construídas para a finalidade de atuação do direito material, ou seja, para que os resultados práticos destas decorrentes sejam capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas ali envolvidas.

VIII. Os princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo estão intrinsecamente ligados ao tema do acesso à justiça. O princípio do acesso à justiça tem por objetivo evitar que pessoas menos favorecidas economicamente, em razão do alto custo da justiça brasileira, fiquem à margem do Poder Judiciário. Todo indivíduo que se sentir injustiçado tem direito ao devido processo legal, para que seus conflitos sejam resolvidos, conforme artigo 5º, XXXV da CF. Porém, o acesso ao Judiciário não basta, o indivíduo tem direito não apenas a ter seu problema solucionado pelo Estado-jurisdição, mas que esta solução de fato reflita no seu cotidiano e seja efetiva, tempestiva e adequada.

IX. O Estado, ao proibir a auto-tutela, assume o monopólio da jurisdição e conseqüentemente o compromisso de tutelar efetivamente todo direito demandado em juízo. A adequada tutela jurisdicional, que deve estar no centro das atenções dos sistemas jurídicos, é garantida pela Constituição no artigo 5º, XXXV, e pelo Código Civil, no artigo 75.

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*

X. Com o intuito de solucionar o grave problema da correta distribuição do ônus do tempo no processo e de aperfeiçoar cada vez mais a eficácia das tutelas jurisdicionais, adequando as técnicas processuais às necessidades da realidade fática dos sujeitos carentes de tutelas adequadas, deve-se dar maior atenção à técnica da antecipação dos efeitos da sentença e aos requisitos procedimentais que a viabilizam.

XI. Nos casos em que não há tempo suficiente para se produzir a prova necessária, sob pena de perecimento do direito, ou mesmo quando esta prova se mostra impossível, inexistente ou que requeira esforço demasiado para ser produzida, o julgador deve se satisfazer com a “prova possível” da alegação, sem exigir elementos de convicção completos, vez que tal exigência poderia vir a tornar impossível a proteção garantida pela lei.

XII. Quando o juiz é obrigado a decidir, sem que o autor lhe apresente elementos probatórios mínimos, nos quais possa se basear, terá o julgador que considerar a ponderação dos valores em questão, sob a perspectivas das conseqüências que sua decisão implicará, e também a credibilidade das afirmações feitas pelo autor, a lealdade e correção moral, a conduta social dos litigantes, como critério determinante de sua aceitação das provas, particularmente, é importante que analise as circunstâncias do fato e as dificuldades que cada uma das partes encontram para provar os direitos requeridos.

XII. A cognição sumária deve ser utilizada pelo juiz quando da análise da prova inequívoca da verossimilhança das alegações, assim como da prova do fundado receio de dano iminente. Tanto a prova do direito aparente como a prova da ameaça de dano, em caso de não concessão da tutela tempestiva, implicam provas produzidas em virtude da urgência em se angariar determinado provimento e,

portanto, em circunstâncias particulares. O juiz, ao analisar e valorar as provas sumárias deve estar consciente das circunstâncias nas quais foram produzidas para que não venha a exigir grau de certeza incompatível à situação em questão.

15. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao código de processo civil*. 6. Ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. Vol. IV.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial*. *Genesis- Revista de Direito Processual Civil*, n.3, Curitiba: Genesis, 1996.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, T. II, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Presunção e a Prova. Temas de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2 ed., 1988.

_____. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*. *RePro*, v. 35.

_____. *Antecipação da Tutela: algumas questões controvertidas*. *Revista de Processo* nº104. Editora dos Tribunais, 2001.

_____. *O Novo processo civil brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

BEDAQUE, José Roberto. *Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional*. *Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 1997.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991.

CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. *Rivista de Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1955.

- CALMON de PASSOS. *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, n.1.2.1.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. Ed. Almedina.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1982.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.
- _____. *La prova civili*. 2. Ed. Roma: Edizione dell'Ateneo, 1947.
- _____. *Verità, dubbio, certezza*. *Rivista di Diritto Processuale*. 2ª série. Padova: Cedam, 1965.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. espanhola da 3º ed., t. I, Madrid: Reus, 1922.
- CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.
- ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia Ed., 1976.
- GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4. ed. t.I. Madrid: Civitas, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza-Ceará- 1989.
- HAZARD JR., Geoffrey C. e TARUFFO, Michele. *American civil procedure - an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ªed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. t. I. Trad. De Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. São Paulo: Malheiros, 6^a ed., 2000.

_____. *A tutela antecipatória nas ações declaratórias e constitutivas. Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre, SAFE, 1994.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil. Observações sobre a tutela antecipatória*. *Revista de Processo* n^o 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro de 1995. São Paulo: Malheiros, 2^a ed.

_____. *Comentários ao código de processo civil, v. 5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363, tomo I / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart; [coordenação de Ovídio ^a Baptista da Silva]. – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000.*

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. III.

MATEUCCI, Carlos Roberto Fornes. *Valoração da Prova*. *Revista de Direito Processual Civil*, n^o 21, Julho/Setembro 2001, Curitiba-Pr.

MICHEL, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. *A Prova*. *RePro*, n. 16, São Paulo: RT, 1979.

PONTES de MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. T. XIII.

REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. *Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

TESSLER, Luciana. *A Satisfatividade na Antecipação da Tutela*. Revista Jurídica Themis. Curitiba: Imprensa Universitária da UFPR, n.11, 1998/99.

WALTER, Gehard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Themis, 1985.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

16. ANEXOS



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2001.04.01.060051-0/RS

RELATOR : DES. FEDERAL LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
AGRAVANTE : PELZER SISTEMAS DO BRASIL LTDA/
ADVOGADO : Roner Guerra Fabris e outros
: Alberto Martins Brentano
: Rafaela Oliveira de Assis
AGRAVADO : UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : Dolizete Fátima Michelin

VOTO

Tenho que assiste razão à empresa autora quando defende que o favor fiscal guarda relação com a finalidade do produto em sua origem; e não com aquela que se lhe empresta posteriormente à importação. Cumpre a quem elabora a norma excogitar quanto ao benefício que possa advir de uma não-incidência ou de uma isenção, sendo absolutamente lícito favorecer importação, v.g., de máquina de colher maçãs para utilização em safra de laranjas. Assim, se determinado maquinário tem múltiplas funções, a destinação dada pelo adquirente após a importação não pode toldar a exceção tarifária. Então, o fato da máquina enfocada estar sendo utilizada para produção de peças para automotores, e não painéis para câmaras frigoríficas, desimporta para fins de habilitação do contribuinte à obtenção da redução da alíquota do imposto de importação.

Superada tal discussão, restaria examinar se a máquina importada é nova ou não o é. Se o contribuinte a houve por nova e a ela lhe atribuiu valor de nova, obviamente que se tida como usada impõe-se atribuído valor consentâneo com o estado de uso. É perverso entender que o valor emprestado pelo contribuinte adquirente implique em confissão, colhendo-se aí uma verdade ficta dissociada da conjuntura em que prestada; ou seja, apartada da assertiva de tratar-se de uma máquina nova. A máquina não pode ser usada para retirarem-se os favores fiscais e ao mesmo tempo ser nova para imposição do preço. Mesmo que se pretenda maliciosa a apresentação do produto como novo com a conseqüente exibição de um preço de coisa nova, a tomada do valor irreal, fictício, certamente implicará excesso de tributação que se faz imperativo afastar em nome da mais comezinha idéia de direito.

O pressuposto da verossimilhança não tem como imprescindível uma documental que espanque do modo mais absoluto dúvidas quaisquer quanto ao direito pleiteado; não é um prejulgamento da ação, não resolve antecipadamente o mérito; dimana simplesmente de um juízo de razoabilidade em relação à pretensão posta, que inclui mesmo uma avaliação de possibilidade





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

de êxito da ação, sem, contudo, depender de que aprioristicamente se tenha como procedente o feito. Em âmbito fiscal, cumpre considerar se o contribuinte apresenta defesa pautada em lógica a tornar aconselhável e mesmo imperativo posterior exame. É bem o que *in casu* acontece. Das duas alegações exibidas, que a meu sentir se excluem, ter-se-á de discernir qual a procedente: ou o produto é novo e favorecido do ponto de vista fiscal, ou não é novo e, *ipso facto*, impende nova avaliação para que tributado em sua real valia. Negada que seja a verossimilhança em relação ao primeiro tópico de defesa, restará em decorrência a forçosa aceitação em relação ao segundo.

Tenho que o interesse do Fisco não está em constranger uma empresa a ponto de inviabilizar-se seu normal funcionamento; consabidas que são as conseqüências das negativas de certidões de regularidade fiscal no tocante à contratação, quer com o Poder Público, quer com particulares. Assim, em estando a empresa disposta a caucionar a obtenção da antecipação de tutela, vejo a hipótese enquadrada no § 3º do art. 273 do CPC.

Por outro lado, não se aplicam os termos da súmula nº 19 desta Corte (*É legítima a restrição imposta pela Portaria DECEX nº 8, de 13-05-91, no que respeita à importação de bens usados, dentre os quais pneus e veículos*). É que, embora possam ter sido utilizados elementos semi-novos na máquina importada, isto não significa que a mesma tenha sido anteriormente operada, mas tão-somente que aqueles componentes já tenham sido utilizados.

A agravante interpôs reclamação (fls. 228/231) da decisão do Juiz Monocrático (proferida após a concessão do efeito suspensivo), que determinou a apresentação de outros bens para caucionar o débito, embora a decisão concessiva do efeito suspensivo (fls. 219/220) tenha determinado o caucionamento sobre a máquina oferecida pela parte agravante.

Sem adentrar no mérito, tenho que a reclamação não se presta à finalidade pretendida. De fato, tal medida é utilizada no âmbito dos Tribunais Superiores, nos termos em que determinado pela Lei nº 8.038/90. Não vejo, então, aplicação do disposto no art. 13 daquele dispositivo para o caso, inclusive porque não há qualquer previsão legal para a sua aplicação nesta instância de julgamento. Igualmente não é o caso de aplicação de correção parcial, porquanto, embora tal medida tenha previsão expressa na Justiça Federal (Lei nº 5.010/66), o dispositivo legal (art. 6º, inciso I) que regula a matéria determina que a mesma só tem lugar quando a decisão é irrecorrível ou importe erro de ofício ou abuso de poder. De qualquer maneira, a prestação de garantia na presente ação será decidida oportunamente, já que a parte agravante interpôs recurso de agravo de instrumento contra aquela decisão, já devidamente distribuído a este Relator, razão pela qual julgo prejudicado o pedido veiculado



Consulta por Palavra > Relação de processos > Detalhes da Pesquisa > Acórdão na Íntegra:

Acórdão na Íntegra

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO. TUTELA ANTECIPADA. CUSTEIO - TRATAMENTO E CIRURGIA NO EMPREGADO. PRESSUPOSTOS - ART. 273,CPC. RAZOABILIDADE DA DECISÃO FRENTE AOS VALORES JURÍDICOS EM LITÍGIO. PENSÃO ALIMENTÍCIA. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- 1) Nos casos de responsabilidade extracontratual (art. 159, C.C.), e pois, que envolve matéria de fato, para a condenação impõe-se a demonstração da culpa do causador do dano. Todavia, para efeitos de antecipação da tutela, correta a decisão exarada diante da verossimilhança do direito alegado pelo autor e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação.**
- 2) Impõe-se manter a tutela antecipada adequadamente concedida e fundada em inegável juízo de razoabilidade.**
- 3) Para antecipar-se o provimento há de se fazer uma análise dos valores jurídicos colocados em julgamento na demanda, sendo inquestionável ter maior relevância o tratamento para a recuperação da visão da vítima.**
- 4) Indevido antecipar-se a tutela para impor condenação ao réu de pensão alimentícia, diante da ausência total de vínculo de dependência por relações de parentesco. E a pensão vitalícia decorrente do artigo 1539 do Código Civil, somente viável com a sentença, posto imprescindível o reconhecimento da culpabilidade e provada a extensão do dano.**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 190.583-3, da 1ª Vara Cível da Comarca de SÃO JOSÉ DOS PINHAIS, em que é agravante: AIR LESS SERRANA SERVIÇOS LTDA.; e agravado: JORGE JUARES DE MOURA.

RELATÓRIO

AIR LESS SERRANA SERVIÇOS LTDA. propôs perante este Tribunal, Agravo de Instrumento contra a decisão do MM. Juiz de Direito proferida nos autos nº 1058/2001 de Ação de Indenização por Danos Materiais, Morais e Estéticos c/c Pedido de Alimentos e Antecipação de Tutela.

Aduz a agravante, em síntese, que ingressa com o presente recurso para obter a reforma da decisão a quo que determinou à ré pagar todas as despesas médicas e cirúrgicas para o tratamento do autor, ora agravado, além de pagar a importância de R\$ 371, 12 (trezentos e setenta e um reais e doze centavos), mensalmente, a título de pensão alimentícia.

Argumenta que não há prova inequívoca da verossimilhança das alegações do autor/agravado, porquanto os fatos não transcorreram da forma narrada na inicial; que no dia do acidente, 14/02/00, o agravado teria recebido óculos de proteção para trabalhar com a roçadeira, em teste para a função, uma vez que foi contratado como servente, e que o empregado preferiu continuar com os óculos de sol, de sua propriedade, oportunidade em que um pedaço de pedra atingiu-lhe no olho esquerdo, causando-lhe a perda da visão; que foi socorrido pela empresa; que iniciou tratamento médico às expensas da agravante até março de 2000, quando abandonou as consultas, somente retornando em novembro de 2000 e outubro de 2001; que a nealiqüência do autor/agravado contribuiu na extensão do dano:

que a agravante deu entrada no CAT - Comunicação de Acidente do Trabalho, e o agravado admite receber auxílio doença do INSS, no valor de R\$ 357,35 (trezentos e cinquenta e sete reais e trinta e cinco centavos); que a pensão alimentícia concedida na antecipação da tutela representa locupletamento ilícito, uma vez que o autor recebia salário menor quando na ativa; que não comprovou por notas fiscais e ou recibos a necessidade de comprar medicamentos, realizar consultas e exames; que a antecipação da tutela ao pagamento de pensão alimentícia fere o artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil que trata da irreversibilidade do provimento; que não foi imposta caução na forma do artigo 588, I, do Código de Processo Civil, ou seja, para a execução provisória.

Admitido o processamento do Agravo, atribuído o efeito suspensivo (fls. 109), foi intimado o agravado que respondeu no prazo legal (fls. 119), pugnando pelo improvimento do recurso. O MM. Juiz a quo prestou as informações (fls. 113), reiterando suas razões de decidir enunciadas na decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

Volta-se o presente recurso contra a decisão que antecipou a tutela para determinar a ré, ora agravante, de pagar as despesas com medicamentos, tratamento e cirurgia, necessários para a recuperação da acuidade visual do autor, além de uma pensão alimentícia no valor do último salário.

A decisão agravada restou fundamentada no perigo de demora do provimento, observe-se: "Acredito que o autor provou com a inicial que sua pretensão deve ser acolhida. É mais que justo o seu temor, e as conseqüências do não deferimento da medida poderá causar-lhe transtornos irreversíveis, com danos irreparáveis para sua saúde e sobrevivência."(fls. 99 TA).

O julgamento deste Agravo de Instrumento deve se ater tão somente no preenchimento ou não dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, vale dizer, prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Quanto aos primeiros, sabe-se que em se tratando de matéria de fato, prescinde ser provado. O dever de indenizar pela responsabilidade extracontratual (art. 159, C.C.) requer a demonstração da culpa pelo causador do dano.

Em casos semelhantes, ou seja, em causas que envolvem matéria de fato, esta 7ª Câmara Cível tem se posicionado na possibilidade de antecipação do provimento somente após a instrução do feito. Contudo, se antes desta, há de se observar se o foi a partir da análise dos valores jurídicos colocados em julgamento na demanda, até porque, inquestionável ter maior relevância a necessidade de se proteger a saúde da vítima.

Acostados à inicial, encontram-se documentos que evidenciam o acidente no trabalho ocorrido com o autor, em 14/02/2000, o que inclusive, é fato admitido pela ré/gravante, e pois, incontroverso, da mesma forma, que o dano, resultado deste. Certamente que a culpa imposta à empresa ré precisa ser demonstrada para fins de indenização.

Entretanto, diante de vários pedidos e todos cumulativos, para efeitos de antecipação da tutela, como no caso dos autos, impõe tenha o Juiz cautela para não emitir um pré-julgamento.

Com efeito. Embora não esteja demonstrado na inicial e documentos acostados, e pois, em cognição sumária, a culpa exclusiva da empresa ré, ora agravante, ou seja, de que não forneceu o equipamento de proteção visual ao empregado, o dano decorrente do acidente é fato igualmente incontroverso, e as peculiaridades do caso em exame, evidenciam a presença da prova inequívoca da verossimilhança das alegações do autor.

Frise-se, consumado o fato, a conduta que se espera da empresa, a par de saber que a assistência à saúde é dever do Estado, não pode se ignorar, ser esta deficitária em todos os setores, e portanto, evidente o dever do empregador, mesmo estando o empregado, recebendo auxílio-acidente do INSS, acompanhá-lo integralmente à sua recuperação, exercendo o dever constitucional de cooperação com o poder público (arts. 197 e 198, CF). Dos documentos juntados, observa-se que o empregado estava sendo acompanhado pelo Hospital Universitário do Caiuru, e pelo Médico Dr. Fauzi Salem. Se o grande espaçamento

das consultas e exames se deve ao paciente, ou seja, ao empregado, não na nada que comprove esta afirmação da agravante, até o momento. Porém, o que facilmente se constata, é que de posse dos exames solicitados pelo médico acima nominado, nada mais foi feito, e certamente, deparou-se o empregado com as limitações impostas pelo Sistema de Saúde deste País, agravado com a inércia do empregador.

A par do tempo já decorrido do acidente (14/02/2000), há que se concluir o tratamento, até porque, dos receituários juntados, observa-se a perda total da visão do olho esquerdo, e seqüelas no olho direito, que porventura poderão ser reversíveis.

Portanto, imprescindível continuar o tratamento para serem executadas todas as medidas necessárias a conter a evolução da lesão e recuperação da acuidade visual direita, o que por si só, representa a possibilidade da ocorrência do periculum in mora, dano irreparável ou de difícil reparação ao autor.

Salienta-se ainda, impossível pretender-se como prova de que o empregado necessita de medicamentos, notas fiscais de compra destes, porque certamente, do auxílio acidente, nada deve sobrar para fazer frente a tais despesas.

Frise-se, de um lado, encontra-se uma pessoa que necessita de tratamento urgente para reparar a lesão ocular, e de outro lado, uma empresa de grande porte, que deve ter em mira, não somente a atividade fim, mas também a de prestar a assistência necessária aos funcionários que porventura venham a sofrer acidente no desempenho de suas funções. Na antecipação da tutela impõe-se fazer uma análise dos valores jurídicos colocados em julgamento na demanda. A proteção à saúde e a vida sobrepõem-se a qualquer outro interesse patrimonial. Portanto, presentes a verossimilhança do direito alegado pelo autor e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, foi a tutela antecipada adequadamente concedida e fundada em inegável juízo de razoabilidade.

Observa-se da tutela antecipada, que o MM. Juiz a quo determinou a ré pagar ao autor as despesas oriundas de exames, tratamentos e ou cirurgias indicadas por clínica médica de oftalmologia e que procedessem ao pagamento da importância de R\$ 371,12 (trezentos e setenta e um reais e doze centavos) a título de pensão alimentícia.

Como já salientado acima, as despesas com o tratamento (exames, consultas, cirurgias e medicamentos) devem ser suportadas pela ré, ora agravante, diante da demonstração dos pressupostos do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Entretanto, quanto à imposição de pensão alimentícia, a decisão monocrática merece reforma. O afastamento do autor está sendo suportado pelo pecúlio previdenciário, pelo tempo que perdurar a licença. A pensão prevista no artigo 1539 do Código Civil, e pois, na forma pretendida na exordial, vale dizer, pensão vitalícia, somente será devida em caso de procedência do pedido.

Ademais, não se justifica ainda, impor-se a sua condenação como pensão alimentícia, diante da ausência total de vínculo de dependência por relações de parentesco entre autor e ré.

Reformada a decisão quanto à imposição de pensão alimentícia mensal, desnecessário apreciar a impugnação da agravante quanto à imposição de caução.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para manter a tutela antecipada, quanto à imposição a ré-agravante para custear o pagamento do tratamento necessário ao autor, incluindo-se os medicamentos, consultas, exames e cirurgias, e para reformar a decisão quanto a determinação ao pagamento de pensão alimentícia mensal, impondo-se revogar o efeito suspensivo de fls. 109.

DECISÃO

ACORDAM os Juizes integrantes da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso.

Participaram da sessão de julgamento os Excelentíssimos Juizes MIGUEL PESSOA- Presidente com voto - PRESTES MATTAR e ANTÔNIO MARTELOZZO.

Curitiba, 08 de abril de 2.002.

Juiz MIGUEL PESSOA - Relator

Acórdão na Inteira

AGRAVANTE : ESTADO DO PARANÁ
AGRAVADA : VEGAS WAY EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA.
RELATOR : DES. JOSÉ WANDERLEI RESENDE

AÇÃO DECLARATÓRIA. JOGOS ELETRÔNICOS. CONFIGURAÇÃO DE JOGOS DE AZAR. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA NA INSTÂNCIA A QUO PARA POSSIBILITAR O FUNCIONAMENTO DE TAIS MÁQUINAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DA TUTELA. APLICAÇÃO DA LEI 9494/97. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA REFORMADA. 1) A Lei 9494/97 veda a possibilidade de concessão de tutela antecipatória contra as pessoas jurídicas de direito público. 2) Segundo artigo 273 do CPC, são requisitos necessários para antecipação de tutela o requerimento da parte, existência de prova inequívoca, verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º 115.801-2, de Curitiba (3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas), em que é agravante o Estado do Paraná e agravada Vegas Way Equipamentos Eletrônicos Ltda.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo Estado do Paraná contra decisão que concedeu tutela antecipada assegurando à agravada a exploração de jogos com as máquinas denominadas caça-níqueis.

Aduziu em suas razões recursais que a agravada fabrica máquinas eletrônicas para jogos; que esta juntou laudos que analisaram um único exemplar; que os laudos comprovaram não estar a modalidade deste jogo na categoria de jogos de azar; que, nos autos de origem, o Estado do Paraná requereu prova pericial nos aparelhos objeto da ação; que o Decreto Governamental n.º 4599/01 proíbe a exploração de jogos conhecidos como caça-níqueis; que não constitui prova suficiente, para descaracterizar jogo de azar, laudo pericial que não identifica todas as máquinas; que a tutela antecipadamente concedida torna ilimitada a atuação da agravada. Requereu concessão do efeito suspensivo.

Pelo despacho de fls. 339, foi deferido o pedido de efeito suspensivo.

A parte agravada apresentou contra-razões às fls. 546 usque 565.

A Doutra Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer ministerial às fls. 574 usque 580.

É o relatório.

Procede o recurso de Agravo de Instrumento.

A r. decisão monocrática merece ser reparada.

Insurge-se, o agravante, contra decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada em autos de ação declaratória proposta contra o Estado do Paraná.

Primeiramente, cumpre observar que existe a impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra as pessoas jurídicas de direito público, em face da vedação expressa, contida no art. 1º da Lei 9494/97.

A referida lei não viola o mandamento esculpido no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal, isto é, não há violação à garantia ao cidadão do seu direito à prestação, por parte do Estado, da tutela jurisdicional adequada a assegurar o seu direito.

Isto, porque o Egrégio Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4, cujo relator é o Ministro Sydney Sanches, afastou qualquer sombra de inconstitucionalidade que se pudesse levantar sobre a recente Lei 9494/97, ao deferir, em parte, o pedido de medida cautelar para suspender, com eficácia ex nunc e com efeito vinculante até o final daquela ação, a prolação de decisão acerca de pedidos de antecipação de tutela contra as pessoas jurídicas de direito público.

Portanto, a aplicação da lei, no caso sub examine é inafastável, não cabendo concessão da tutela antecipada, pois a medida liminar deferida pelo Eminentíssimo Ministro Sydney Sanches na A.D.C. n.º 4, tem eficácia erga omnes e de efeito vinculante, assegurando a aplicação da Lei 9494/97, abrangendo não apenas as decisões proferidas como também obsta que outras se profiram, até o julgamento da referida Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Complementa, ainda o Ministro, do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves:

A Ação Declaratória de Constitucionalidade insere-se no sistema de controle concentrado de constitucionalidade das normas, em que o Supremo Tribunal Federal aprecia a controvérsia em tese, declarando a constitucionalidade da lei ou ato normativo, com eficácia erga omnes

Logo, a eficácia erga omnes, atributo da ADC, vincula todos os juízes e Tribunais ao pronunciamento do STF.

Se isso não bastasse, não se encontram presentes os requisitos legitimadores da tutela antecipatória, consoante art. 273 do Código de Processo Civil, que dispõe, nos seguintes termos:

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

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

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

prova inequívoca
 * →
 prova inequívoca
 prova inequívoca
 prova inequívoca

Portanto, no caso em exame, não estão presentes os requisitos supracitados, ou seja, inexistente prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação. Também não ficou caracterizado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e a caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto intento protelatório do réu.

Quanto à prova inequívoca, esta deve convencer o juiz da verossimilhança da alegação. Só a existência de prova inequívoca que convença da verossimilhança das alegações do autor é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento. Cumpre observar, que prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão.

Ora, embora a agravada tenha apresentado laudos expedidos pelo Instituto de Criminalística de Londrina, tais laudos analisaram um único exemplar. Não constitui prova inequívoca, para descaracterizar jogo de azar, laudo pericial que não identifica todas as máquinas. Assim, não conseguiu, a agravante, prova inequívoca sobre a verossimilhança de suas alegações, não comprovando que a sua atividade não se trata de jogos de azar, objeto da Lei de Contravenções Penais.

Deveria demonstrar também que os resultados dos jogos caça-niqueis não são aleatórios, que não dependem exclusivamente da sorte do jogador, mas também de sua habilidade. Sobre o tema, leciona Humberto Theodoro Junior:

A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em provas preexistentes, que todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, de ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

Quanto à verossimilhança da alegação, refere-se ao juízo do convencimento a ser feito em torno de todo quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticadas pelo réu.

Além disso, não basta a prova inequívoca, devendo estar presentes o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Complementa, ainda, o mestre citado:

Diante da natureza constitucional do princípio da segurança jurídica contida na garantia do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, inc. LV), a antecipação de tutela somente será admissível quando estiver em risco de frustrar-se a garantia maior da efetividade da jurisdição.

Quanto ao fundado receio, este não se encontra no caso em tela. A tutela somente deve ser deferida quando o perigo na demora da prestação jurisdicional puder causar prejuízo à parte, de tal modo que venha a inutilizar a própria pretensão do pedido inicial.

Falta ao pedido da tutela da agravante a possibilidade do perecimento do direito e o periculum in mora, pois a presente ação é movida contra o Estado do Paraná, que se vencido, tem condições de se abster de apreender as máquinas eletrônicas fabricadas pela agravada, conforme o pedido inicial. Não obstante, o bem jurídico maior a ser preservado é a economia popular.

Com efeito, a pretensão jurídica da empresa Vegas Way Equipamentos Eletrônicos Ltda. pode aguardar até o final da ação, visto que não há urgência na antecipação dos efeitos da sentença, através de um juízo superficial.

No tocante ao abuso de direito de defesa e manifesto intuito protelatório, não há que se alegar estes requisitos, pois o Estado está, por meio de sua Procuradora, apenas exercendo o seu legítimo direito de defesa, constitucionalmente assegurado.

Definitivamente, não se encontram presentes os requisitos elencados no artigo 273, caput, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Não obstante a falta dos requisitos legais, a concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público não é compatível com o artigo 475, inciso II do Código de Processo Civil, que prevê o reexame necessário das decisões proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público.

A antecipação de tutela antecipa os efeitos da sentença, ferindo, caso fosse concedida contra o Poder Público, o princípio do duplo grau de jurisdição.

Consoante ensinamento do ilustre jurista J. J. Calmon de Passos, sobre a necessidade de observância do art. 475, CPC:

Cabe aqui, breve referência à hipótese em que a antecipação se dá em causa na qual se impõe a remessa necessária, vale dizer, as elencadas no art. 475 do Código de Processo Civil. Nesses casos, a decisão sobre a antecipação, por igual, está submetida à remessa necessária, e só pode ser eficaz depois de confirmada em segundo grau.

Portanto, sem a possibilidade legal, tanto pela violação ao duplo grau de jurisdição necessário como pela falta dos requisitos elencados no artigo 273, CPC, descabe a concessão da tutela antecipatória, observado que a Lei 9494/97 impossibilita tal concessão.

Aliás, nesse sentido, é a jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

Declaratória. Crédito de ICMS. Tutela antecipada. Pretensão: lançar na escrita fiscal e transferir aos fornecedores. Deferimento. Agravo. Inexistência dos requisitos legais e inviabilidade da tutela. Decisão cassada. 1) Não se encontrando presentes os requisitos da prova inequívoca (relatório anexado do crédito é prova unilateral e duvidosa) e da verossimilhança da alegação (inexistência do perigo de dano e sua irreparabilidade), descabida a tutela antecipada requerida. Tratando-se de medida ajuizada em face do Poder Público, que esgota, no todo, o objeto da ação, descabe a tutela pretendida (art. 1º, § 3º da Lei 8437/92) - (TJPR - Agravo de

Instrumento 0003124-9. AC. 2202. 0ª Câmara Cível. Rel. Des. Accácio Camol. Julgado em 18/02/1998).

Por tais motivos, a r. decisão monocrática merece ser reformada, revogando-se a tutela antecipada concedida.

Ante o exposto:

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso de agravo de instrumento.

Estiveram presentes à sessão e votaram com o Relator os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Octávio Valeixo e Dilmar Kessler.
Curitiba, 13 de fevereiro de 2002.

JOSÉ WANDERLEI RESENDE Relator
RS

Não vale como certidão ou intimação.