



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

FERNANDO DEMETRIO DE SOUSA PONTES

COGNIÇÃO DO DIREITO AMEAÇADO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

**FORTALEZA
2014**

FERNANDO DEMETRIO DE SOUSA PONTES

COGNIÇÃO DO DIREITO AMEAÇADO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra.

**FORTALEZA
2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

P814c Pontes, Fernando Demétrio de Sousa.
Cognição do direito ameaçado nas tutelas de urgência / Fernando Demétrio de Sousa Pontes. –
2014.
69 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2014.

Área de Concentração: Direito Processual Civil.
Orientação: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra.

1. Tutela antecipada - Brasil. 2. Medidas cautelares - Brasil. 3. Processo civil - Brasil. I.
Guerra, Marcelo Lima (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III.
Título.

CDD 347.919

FERNANDO DEMETRIO DE SOUSA PONTES

COGNIÇÃO DO DIREITO AMEAÇADO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito em conformidade com os atos normativos do MEC e do Regulamento de Monografia Jurídica aprovado pelo Conselho Departamental da Faculdade de Direito da UFC.

Aprovada em: 28 / 05 / 2014

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Marcelo Lima Guerra (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Professor Dr. Regnberto Marques de Melo Júnior
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Esp. Duilio Lima Rocha
Universidade Federal do Ceará - UFC

À minha mãe, Celina, pela atenção e
amor em todos os momentos da minha
vida.

Ao meu pai, Fernando, por ter me
colocado no caminho certo.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Fernando e à minha mãe Celina, a primeira lembrança, ainda que nenhum agradecimento seja suficiente por tudo que já me proporcionaram.

A minha irmã Mariana, porque ela é minha melhor amiga.

Às minhas amadas Minha e Piti, sempre comigo.

Ao professor, orientador e amigo, Marcelo Lima Guerra, por todo o vasto ensinamento nesses quatro anos. Agradeço pelo incentivo e encorajamento contínuos na pesquisa, pelas oportunidades como bolsista de iniciação científica, monitor *ad hoc* e aluno ouvinte nas suas disciplinas de mestrado e pós-graduação, fundamentais para a formação de minha base de conhecimento para seguir, tanto no curso, como nos desafios futuros.

Aos irmãos que fiz nessa casa, Renan Augusto, Renato Cardoso e Vitor Curvina, por estarmos juntos nessa e nas próximas. VBPF! Com a mesma intensidade agradeço aos meus amigos Alan Pinto, Eric Dantas, Idya Mendonça e Tiza Mara.

Às famílias REC (DJ, Zaca, Cordeiro, Pebu, Guede, Dantas, Euler, Everton, Davizin, Gabarruda, Felarruda, Ricardo, Joel, Pedro Nego, Carlim, Belchior, Barreto, Caio, Dudu, Dante, Obara, Solon e Leo); ADPF (Samuel, Igor, João Victor, Helano, Daline, Felipe, Leon e agregados: JH, Yuri, Jonas, Cesar, Livio, Jair, Cristiano e Leo) e da o Grupo Fortlivros no Whatsapp (Garrido, Rocha, Assolan, Boi, Kate, Eric, Kelsen, Leandro, Jason, Rosa e Araújo) pelas fortes amizades construídas ao longo desses 4 anos e meio e por terem feito a essa faculdade muito mais divertida. Certamente amigos que levarei para além dos bancos da Centenária Faculdade.

A todos os amigos que fiz nessa casa, principalmente a meus colegas da turma 2014.2, faço essa lembrança. Que se sintam contemplados apesar da impossibilidade de mencioná-los todos, faço nos nomes dos nossos queridos funcionários da Faculdade: Jothe, Fabrício, Moura, Beto, Severino, Francisco e no

nosso querido e sempre presente Osvaldo. Também a todos os professores do Curso Paulo Freire: Adriano Freitas, Carleane Rodrigues, Gabi Ponciano, Paulo Paulwok, Arthur Arcanjo, João André, Tarcísio “Chicó” Rocha Jr., Diogo Portela, Bia Nunes e Henrique Freitas; diretores do Bebamos Direito: Cristiano, Rodrigo, Carlos e Mateus, bem como nosso aspirante Lucien; jogadores dos Campeonatos de Futebol, principalmente os amigos dos Anônimos, Leverkelsen e GAF, os de Sinuca e aos membros do CACB na gestão Integrando Ideias (2011-2012): Jader, Haylton, Teles, Janaina Sena, Eric, Jair, Kinjo, Thales, Antonio Vitor, Aline, Dani, Amandinha, Luana, Jamille, Carleane, Anderson, Marcus Vinícius, Letícia e Lucas.

A toda a equipe do Gabinete do Desembargador Abelardo Benevides Moraes, Ronaldo, Cristiano, Rita, Cavalcante, Chagas, Edivan, Fernanda, Mirele, Luana, Wirley, Rodrigo e Ítalo, bem como ao próprio Des. Abelardo, pela aprendizagem de tanta relevância ao presente trabalho e para o meu desenvolvimento pessoal, permitindo aliar teoria e prática. A todos os demais amigos do Tribunal de Justiça: Jefferson, Alessandro, Cristiano, Alexandre, Rafael, Diogo, Matheus, Alice, Harbélia, Carísia, Bambi, Bárbara, Eduardo, Miguel e, sobretudo, ao Pleno dos Estagiários: Bia, Dudu, Dantas, Nathalia, Juliana, Gabi, Expedito, Pebu, Giovani, Joana, Luana, Leo, Leorne, Rafael, Rayssa, Alan e Alvim.

Ao professor Hugo de Brito Machado Segundo, pela oportunidade de participar no seu grupo de pesquisa e por ter me concedido uma bolsa sob sua orientação. Da mesma forma, à professora Camilla Araújo Colares de Freitas, pela orientação no programa de Monitoria da Universidade e no Núcleo de Prática Jurídica.

Aos demais mestres que tive na Faculdade de Direito: Raul Nepomuceno, Regenaldo da Costa, Bruno Weyne, Dimas Macedo, Francisco Macedo, Maria José Barreira, Paulo Antonio Albuquerque, Emanuel Pessoa, Felipe Assolan, Lino Menezes, Samuel Miranda, João Luis Nogueira Matias, Régis Frota, Francisco de Assis Mendes, Newton Albuquerque, Márcio Diniz, Gustavo César Cabral, Daniel Miranda, Maria Vital, Sérgio Rebouças, Carlos Cintra e, especialmente, Regnberto Melo, por compor a banca da defesa de monografia.

Gostaria de fazer especial alusão aos colegas cientistas que conheci durante esse tempo de faculdade com os quais tanto aprendi e quem tenho como referências para um futuro próximo, como Camila Gonçalves, Arthur Feijó, Tarcísio “Chicó” Rocha Jr., Cristiano Moita, Rodrigo Barbosa, Lucas Romero, Renato Vasconcelos, Ivan Rodrigues, Victor Mota, Mário André Cabral, Beatriz Araújo, Marcelo Melo, Alisson Melo, Tibério Pinto, Pedro Cabral, Rafael Acioly, Hélio Gois, Lara Teles, Ramon Bezerra e, por duas vezes, a Duilio Rocha, por ser membro da banca de defesa deste trabalho. Também, lembrar os colegas que fiz durante os anos de monitoria, com os quais tanto aprendi.

Ainda, lembro a minha querida turma da Casa de Cultura Alemã: Pedro, Richardson, Evandro, Pedro, Carolzinha, Cristiano, Marília, Carlos, Emanuel, Ivonilda, Karen, Nestor e meus professores Alexander Ribeiro, Neele Mansfeld, Ute Hermanns e Sabine Koeppel. Igualmente, meus colegas que fiz em Frankfurt: Bora Stojanovic, Joe Kobayashi, Ella Patelli, Emilie Trombert, Anna Polanska, Ekaterina Kazakova, Thalita Rovina, Alice Kiperstok, Gabriel Santoro, Bruno Fettermann, Miklos Karakai, Zhivko Alexandrov, Peter Temitope, Li Pin, Akihisa Hamada e Zafar Pardaev.

Finalmente, agradecimentos à Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico pelo suporte financeiro durante o período da graduação.

E à Talitha.

“Esse lugar muda a gente”.

Marcelo Lima Guerra

RESUMO

As medidas de urgência são meios de se tutelar judicialmente direitos que se encontrem em situações de perigo de lesão grave ou de difícil reparação. A presente pesquisa tem o objetivo geral de analisar a natureza e função das tutelas de urgência e a cognição envolvida em suas lides, sobretudo de seus requisitos, com intuito de torná-las mais congruentes ao Modelo Constitucional de Processo. A realização deste objetivo real é de se efetivar pela consecução dos seguintes objetivos específicos: a) fixar uma noção de Modelo Constitucional de Processo e dos principais princípios envolvidos em casos de risco a direitos; b) identificar o cerne da divergência quanto à natureza das tutelas de urgência e apontar qual entendimento que melhor se coaduna com os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição; c) procurar conceitos para *fumus boni juris* e prova inequívoca da verossimilhança das alegações para melhor entender os, assim chamados, pressupostos legais para concessão da medida de urgência; d) fomentar a ideia de *fumus boni juris* como *standard probatório*, a fim de alcançar uma melhor aplicação dos institutos aqui estudados na prática forense, sobretudo quanto à fundamentação das decisões que concedem as medidas antecipatórias e cautelares. A pesquisa terá como material para estudo fontes bibliográficas que registram o debate atual acerca do objeto da pesquisa, objetivando a uma abordagem de acordo com a natureza qualitativa da pesquisa empreendida, inclusive com utilização de obras estrangeiras, de modo que haja incursão do estudo ao direito comparado. Além da abordagem doutrinária da questão, também realizaremos pesquisa jurisprudencial, objetivando um maior embasamento para o empreendimento científico, analisando e comparando os resultados da pesquisa bibliográfica com a realidade forense, a fim de aliar teoria e prática. O presente trabalho destina-se, precisamente, à análise detalhada da cognição do direito ameaçado, por meio dos institutos jurídicos tomados por requisitos legais, voltada a proteção da efetividade processual ao direito em risco de sofrer lesão grave ou de difícil reparação, visando a concretização dos preceitos constitucionais e uma melhor fundamentação às questões das Tutelas de Urgência.

Palavras-chave: Tutelas de Urgência; Cognição; Pressupostos legais; *Fumus boni juris*; *Standard probatório*.

ABSTRACT

The urgent relief is tools of judicial protection of rights which are in danger of serious injury. This research has the overall objective of analyzing the juridical nature and function of the emergency guardianships and the cognition involved in these cases, especially their requirements, aiming to make them closer to the Process Constitutional Model. The achievement of this goal will be tried by achieving the following specific objectives: a) fix a notion of Process Constitutional Model and its main principles perceptible in these emergency contexts; b) identify the central topic of the disagreement on the provisional measures' juridical nature and point the understanding which best satisfies the fundamental rights enshrined in our Constitution; c) look for *fumus boni juris'* and indubitable proof's concepts in order to understand legal preconditions to a urgent relief; d) feed the idea of *fumus boni juris* as a standard of proof, with the view to achieve a better use of these institutions in Court Practice, particularly about the judicial decisions' justification. The research will employ bibliographical sources that record the current debate about our object, aiming at a qualitative nature of the study undertaken, which also includes foreign literature, for the purpose of an incursion of the study to the comparative law. Beyond the doctrinal approach to the issue, it will also perform jurisprudence research, aspiring to a better basis for the scientific enterprise, analyzing and comparing the results from the literature search with forensic reality, in order to combine theory and practice. This work is precisely intended to a detailed analysis of the threatened right's cognition, through a view of the institutions taken for legal requisites, settled on the procedural effectiveness' protection of the right at risk of suffering irreversible damage or serious injury, leaning toward the best application of the constitutional principles and a better justification to the Brazilian cases of urgent relief.

Palavras-chave: Urgent relief; Cognition; Legal Preconditions; *Fumus boni juris*; Standard of proof.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E A TUTELA DE URGÊNCIA ..	12
3. AS MODALIDADES DE TUTELA DE URGÊNCIA E SEUS PRESSUPOSTOS ..	22
4. <i>FUMUS BONI JURIS</i> E PROVA INEQUÍVOCA NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA.....	30
5. DOS FATOS RELACIONADOS AO <i>FUMUS BONI JURIS</i> E À PROVA INEQUÍVOCA.....	48
6. <i>FUMUS BONI JURIS</i> E PROVA INEQUÍVOCA COMO STANDARDS PROBATÓRIOS.....	52
7. CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	64

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da urgência no processo civil, com enfoque principal sobre a cognição realizada pelo magistrado quando na tutela desses direitos ameaçados. O tema é deveras relevante, pois, além da grande divergência doutrinária acerca dos institutos envolvidos, há, outrossim, uma grande repercussão na prática jurídica, já que se trata de medida elementar para a consecução de um processo efetivo.

A cognição dos magistrados no decorrer do processo e a sua respectiva *dilatio temporis* são inerentes ao processo, não podendo ser extirpadas, mas que, contudo, não podem se prolongar em demasia, em virtude da possibilidade de causar lesão grave ou de difícil reparação às partes, podendo prejudicar a finalidade do processo ao tornar impraticável a tutela jurisdicional.

Ainda assim, vendo-se na necessidade de garantir a efetividade do processo em situações desta jaez, foram criados meios idôneos para tutelar esses tipos de interesses, mas que, todavia, ainda apresentam problemas conceituais e, sobretudo, na aplicação das normas jurídicas a eles relacionadas.

Primeiramente, tratou-se de ventilar brevemente conceitos relacionados àquilo que se entende como “Modelo Constitucional de Processo”, pois é necessário que o estudo se paute nos direitos fundamentais consagrados na Constituição, tendo em vista a realização na máxima medida possível dos princípios constitucionais processuais. Para o presente trabalho, foram levantados os princípios mais relevantes para as causas de tutela urgência, para posterior demonstração de quais ideias se mostram como mais congruentes às garantias processuais previstas em nossa Constituição.

Em seguida, trabalham-se as modalidades das tutelas de urgência, tanto na perspectiva da corrente dominante, quanto sob a ótica da doutrina minoritária, trazendo à baila seus principais elementos que os fazem classificar, seja de forma diferente ou de igual natureza, as tutelas cautelares e as antecipatórias fundadas no perigo da demora.

No terceiro capítulo, fez-se escrupuloso estudo doutrinário e jurisprudencial sobre aquele que é, de acordo com a doutrina mais defendida no país, do principal argumento usado para afastar da antecipação de tutela fulcrada no inciso I do art. 273 a sua natureza cautelar, objetivando a encontrar os melhores

conceitos de *fumus boni juris* e prova inequívoca da verossimilhança das alegações, para que, no capítulo seguinte, fossem apresentadas críticas acerca da ampla abordagem desses conceitos como pressupostos legais para a concessão das medidas de urgência.

Por fim, sugere-se uma abordagem para esses, assim chamados, pressupostos legais. Trazemos o estudo dos *standards probatórios* para o campo das tutelas de urgência, pois, parece-nos que essa visão permite maiores possibilidades de cumprimento mais efetivo dos direitos fundamentais contemplados pelo Modelo Constitucional de Processo da ordem jurídica pátria, sobretudo relativo à realização da norma veiculada pelo art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, que cuida da motivação das decisões judiciais.

2. MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E A TUTELA DE URGÊNCIA

Com a consolidação da força normativa da Constituição¹, não é mais concebível a realização de um estudo em qualquer ramo do direito sem que haja a devida observância às normas constitucionais, sobretudo no que diz respeito ao Direito Processual, tendo em vista os conteúdos processuais tratados pelo texto constitucional serem considerados Constituição material².

Dessa maneira, o Direito Processual, tal como as demais searas do direito, encontra determinadas diretrizes com status de norma constitucional, que servem de parâmetro para estipular as demais normas que vão reger o processo judicial. Esse conjunto de direitos e garantias consagrados no texto da Lei Fundamental estabelecerá um padrão processual que deve, impreterivelmente, por conta da supremacia constitucional, ser observado pelo legislador infraconstitucional ao tratar desses institutos ao desempenhar a sua competência legiferante.

Sobre esse assunto, vale trazer *in verbis* os ensinamentos da doutrina italiana, nas palavras de Andolina e Vignera³:

Le norme ed i principi costituzionale riguardanti l'esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all'interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettibile di formare l'oggetto di una esposizione unitaria.

A passagem supracitada afirma que as normas e os princípios constitucionais relativos ao exercício da função jurisdicional, se considerados na sua complexidade/completude, permitem ao intérprete desenhar um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar o objeto de uma exposição una/uniforme.

¹ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Salamanca: Alianza, 1992.

³ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: Corso di lezioni*. Torino: Giapichelli, 1990. p. 13.

Na Constituição brasileira, podemos identificar três grandes grupos de dispositivos que veiculariam as normas do Modelo Constitucional de Processo: os direitos e garantias fundamentais concernentes à área em estudo, a maioria deles prevista no rol do art. 5º; os elementos constitucionais orgânicos estruturais do Poder Judiciário e alguns procedimentos diferenciados, como o controle concentrado de constitucionalidade. Há também quem inclua, seguindo orientação dos doutrinadores italianos citados acima, a parte das funções essenciais à justiça dentre um dos grupos referentes ao direito constitucional processual⁴.

Posto isso, o modelo constitucional de processo deve ser visto como verdadeira proposta metodológica que serve de premissa para o desenvolvimento das demais normas que vão reger o sistema jurídico processual⁵, o qual, reitero, deverá guardar congruência com as disposições hierarquicamente superiores e, por meio de métodos hermenêuticos constitucionais, buscar a máxima efetividade e a interpretação conforme a constituição para a concretização dos princípios processuais expressos ou implícitos no texto constitucional.

Igualmente, diante do exposto, é plausível classificar as normas constitucionais de conteúdo processual, não apenas normas primárias, as quais comando condutas tidas como devidas; mas também normas secundárias, ou seja, normas que tratam sobre outras normas do ordenamento, de acordo com classificação proposta por Hart⁶, diante do problema da heterogeneidade do Direito.

Dentre as determinações constantes no Modelo Constitucional de Processo que se pode extrair da interpretação do texto constitucional vigente na República Federativa do Brasil, é mister uma breve análise de alguns elementos nele constantes, tidos por mais relevantes no que diz respeito às questões relativas à tutela de urgência.

⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil*. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 237.

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *O Modelo Constitucional do Direito Processual Civil: um paradigma necessário de estudo do Direito Processual Civil e algumas de suas implicações*. Revista de Processo, v. 161, p. 261-270, 2008. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>. Acesso em 21/03/2014.

⁶ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

39. *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super cum ibimus, nec super cum mittemus, nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terre.*

Essa é a literalidade, disposta no artigo 39 da Magna Carta⁷ de 1215, da primeira expressão do *Due Process of Law*, ainda que a origem possa ser mais remota ou que esta denominação exata só tenha aparecido mais adiante. A garantia veiculada pelo artigo 5º, LIV da CF/88, por outro lado, apresenta-se em texto bem mais conciso que a passagem acima, garantindo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal⁸.

Independente de como esteja expresso em texto, o devido processo legal tende a apontar elementos mínimos que devem ser observados para o andamento do processo⁹, para que essa sucessão de atos ordenados não seja resumida a um procedimento *stricto sensu*¹⁰, permitindo, dentre outros, o exercício do contraditório.

Quanto a isso, há doutrina que considera o devido processo legal não esgotável em si mesmo, sendo sua concretização realizada pela consecução dos demais princípios processuais, fruto de uma evolução histórica do instituto, os quais encontram no princípio do devido processo legal seu fundamento, compondo seu conteúdo mínimo¹¹.

Vemos, então, que a cláusula do devido processo configura garantia de amplitude ímpar e relevância igualmente destacada, como postulado do qual surgem diversas outras garantias, sobretudo no âmbito do processo. Dessa forma, atribui-se ao devido processo legal um caráter subsidiário e geral, que permite aos tribunais¹² utilizá-lo de maneira genérica, em vez de selecionar especificamente um dos

⁷ REINO DA INGLATERRA. *Magna Carta*. 1215. Disponível em <http://www.magnacartaplus.org/magnacarta/latin.html>. Acesso em 21/03/2014.

⁸ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23/03/2014.

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil*. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143.

¹⁰ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1996, p. 78-79.

¹¹ DIDIER JR, Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 48.

¹² Na jurisprudência americana, cf. *Lochner vs. New York*. 1485 U.S. 45 (1905).

princípios a ele relativos¹³: a inadmissibilidade de provas ilícitas, a ampla defesa, a razoável duração do processo, etc.

Não obstante não representar elemento fundamental nesta empreitada, vale mencionar que essa mesma doutrina, entre outras tantas, divide o devido processo legal em duas dimensões que se complementam, facilitando a compreensão: o devido processo legal formal ou procedural e o devido processo legal substancial, em que o primeiro resguarda as garantias processuais mais perceptíveis à obtenção de um processo justo ou equitativo, como o contraditório e a razoável duração do processo. A segunda dimensão, por sua vez, é compreendida não apenas como a observância às exigências formais do primeiro, servindo de fundamento para a manifestação da proporcionalidade¹⁴, bem como diversos outros princípios que podem ser aplicados, não apenas na esfera processual, mas em qualquer produção normativa¹⁵. Assim, exigir-se-ia o *fair trial* não só dos envolvidos na lide, mas de todos os envolvidos no aparelho jurisdicional, abarcando todos os sujeitos realizadores de alguma função tida por essencial à Justiça¹⁶.

Acerca da dimensão substantiva da cláusula do devido processo legal, encontra-se alguma divergência, como se pode ver em Ávila¹⁷, que argumenta pela impossibilidade de o dispositivo do devido processo legal servir de fundamento para comandar os deveres de proporcionalidade como uma dimensão substancial. Primeiramente, por este último derivar, na realidade, dos valores da igualdade e liberdade; em seguida, por dar a entender essa divisão em dimensões que a proporcionalidade seria exclusivamente conteúdo da dimensão substancial do devido processo, excluindo de maneira errada sua aplicabilidade no devido processo legal formal; e, finalmente, pela proporcionalidade não estar limitada ao processo jurisdicional, sendo, justamente por isso, perfeitamente aplicável fora do âmbito judicial.

Levando em consideração esses aspectos, tomamos por mais adequado

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5^a edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 745.

¹⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 13^a ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 49.

¹⁵ Idem, p. 52.

¹⁶ Cf. STF, RE 464.963/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ em 30/06/2006. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 746.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. O que é “Devido Processo Legal”? In: DIDIER JR, Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9^a ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 415.

ao conceito do modelo constitucional de processo mencionado no ponto anterior entender o devido processo legal como forma de dedução dos diversos princípios processuais; mas não o tratar como o fundamento de todos os demais que a ele possam eventualmente estar atrelados.

Deve-se isso, pois, primeiramente, a cláusula do devido processo legal é quase vazia e determina, tão somente, resguardar a integridade dos bens jurídicos protegidos pela garantia sem a imprescindível sequência de atos processuais fundados em valores conglobados pelo modelo constitucional de processo, estejam estes expressos no texto constitucional ou consagrados, pela influência da Constituição em sua natureza de norma secundária, na legislação infraconstitucional, dada sua característica de flexibilidade em virtude da margem que tem a atuação jurisdicional diante da faceta principiológica das normas do modelo¹⁸.

Em se tratando de decisões judiciais na área da tutela de urgência, é também indispensável a abordagem do princípio do contraditório. Consagrado no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, juntamente com a ampla defesa, o contraditório hoje é elemento basilar do próprio conceito do processo.

Em tal caso, é, antes de qualquer coisa, preciso notar como superada a definição de processo como “instrumento através do qual a jurisdição opera”¹⁹, para entendê-lo de uma maneira mais adequada ao modelo constitucional de processo, já abordado, como procedimento no qual é mister a existência do contraditório como condição de validade.

Nessa perspectiva está a teoria de Fazzalari²⁰, na qual, primeiramente, é proposta uma diferenciação entre procedimento e processo. Procedimento é, nesse sentido, a sequência de atos definidos por lei e estruturados logicamente, ao passo que o processo seria um procedimento com a presença do contraditório, afastando a imperiosa relação entre processo e jurisdição.

¹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Tutela de urgência no direito brasileiro. Fortaleza: obra cedida pelo autor, 2007, p. 10.

¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª ed. São Paulo Malheiros, 2010, p. 301.

²⁰ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1996, p. 78-79.

Sendo assim, o contraditório é item capital para se ter, de fato, um processo, e não “mero procedimento”²¹, que vai permitir, sobretudo, a cada uma das partes atuar na construção da verdade material no processo judicial, sendo este, a despeito de ser imprescindível para a consecução de uma correta decisão judicial, um dos maiores desafios dessa questão.

Nesse sentido, complementa o doutrinador italiano, pode-se identificar quatro aspectos caracterizadores da estrutura do princípio do contraditório, quais sejam: 1) a participação dos interessados na decisão final na fase instrutória; 2) a simetria da atuação dos envolvidos; 3) “a recíproca implicação de seus atos”; e 4) a importância dos respectivos atos na decisão final²².

Vale ressaltar que, a rigor, não são absolutamente indispensáveis as participações das partes no processo para se ver cumprido o princípio em análise, deve-se, inicialmente, informar a cada parte dos atos que lhe possam ser adversos, para, então, conceder-lhes a possibilidade de reagir. É, pois, também superado o contraditório que se baseava na bilateralidade de audiência²³, não sendo biunívoca a relação do *audiatur et pars* com a consecução do princípio e, igualmente, com uma futura nulidade processual²⁴.

Dessa forma, é possível antecipar controvérsias causadas pela observância, ou não, do contraditório nas situações que envolvem as tutelas de urgência, mormente em casos de concessão de liminares *inaudita altera pars*. Levantada essa questão, é importante ressaltar que as tutelas de urgência são medidas excepcionais tomadas em virtude de um crível risco ocasionado pela lapso temporal da prestação da tutela jurisdicional, capaz de ameaçar a concretização do direito pleiteado em juízo.

Vemos, então, que o princípio do contraditório, assim como qualquer outro direito fundamental, não deve ser tido por direito absoluto; mas como, de acordo com a teoria de Alexy, mandamento de otimização, devendo, portanto, ser

²¹ Terminologia usada em MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 7.

²² FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1996, p. 82.

²³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26^a ed. São Paulo Malheiros, 2010, p. 55.

²⁴ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. v. 5, nº 29. maio/jun, 2004, p. 73-85, p. 77. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/72100611/Artigo-O-princípio-do-contraditorio-Dierle-Nunes>. Acesso em 01/04/2014.

realizado na maior medida possível, conforme o contexto fático de cada caso concreto²⁵, podendo, da mesma forma dos demais, ser relativizado, principalmente quando em rota de choque com o princípio que serve de fundamento para as tutelas de urgência.

Evidente colisão entre princípios ocorre entre o contraditório e a efetividade processual nos casos de tutela de urgência. Este, enquanto parte da doutrina o classifica como um princípio implícito, ou seja, não consagrado no texto constitucional de 88²⁶; outros o deduzem da interpretação do inciso XXXV do art. 5º, que assevera a inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário de lesões ou ameaças a direito²⁷. Não importa, contudo, essa distinção no seu conteúdo, pois, como decorrência do modelo constitucional de processo, não há dúvidas de que seja salvaguardado no ordenamento, exigindo do sistema processual meios capazes de proporcionar célere e total satisfação de qualquer direito digno da tutela jurisdicional²⁸. Logo, vemos um Estado obrigado de, não apenas dizer o direito; mas realizar o direito por meio da prestação jurisdicional adequada do mesmo.

O clássico processualista italiano Giuseppe Chiovenda é recorrentemente lembrado pela lição que guia os estudos sobre a efetividade, bem como a própria finalidade do processo, em frase que se apresenta hoje como verdadeiro adágio, asseverando que o processo deve dar, o quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir²⁹.

Sobre isso, José Carlos Barbosa Moreira propôs uma série de tópicos que, conjuntamente, formariam o cerne da efetividade e, por haver tantas dificuldades, têm que ser tomadas por objetivos ideais, não sendo o caso de cumprilas à risca.

Estes tópicos são numerados em cinco: i) precisam existir instrumentos para tutelar, na medida do possível, todos os direitos observados no ordenamento,

²⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p.75.

²⁶ DIDIER JR, Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73.

²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil*. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186.

²⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102.

²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.1. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

sejam eles explícitos ou implícitos; ii) instrumentos estes que devem ser aproveitáveis, quaisquer que sejam os titulares dos direitos a ser tutelado, pelo menos inicialmente; iii) devem ser garantidas as condições favoráveis para a reconstrução dos fatos relevantes de forma certa e plena, de modo que o convencimento do órgão julgador relacione-se, na maior medida possível, àquilo que de fato ocorreu; iv) o resultado final do processo deve assegurar à parte vencedora o exercício da utilidade do provimento jurisdicional; e, finalmente, v) atingir resultado semelhante com o mínimo gasto de esforço e tempo³⁰.

Notam-se aqui importantes características para a contextualização deste trabalho. Observa-se que as tutelas de urgência são uma forma desses instrumentos previstos por Barbosa Moreira que possibilitam a tutela de direitos ameaçados, pois sofrem com o perigo da demora na prestação jurisdicional.

O terceiro ponto, por sua vez, cuida da reconstituição dos fatos relativos à causa e, sem dúvida, envolve, como exposto, o contraditório e o inegável choque entre essas normas que comandam os valores da celeridade da prestação das tutelas de urgência. O a ele seguinte visa à utilidade do provimento, que deve propiciar à parte ganhadora o gozo do bem em juízo, o que é de fundamental importância, pois podemos tomar a partir dessa propriedade fundamento para posição que assevera não haver, realmente, uma diferença de gênero entre as cautelares e as antecipatórias; mas sim, uma variação nos níveis de satisfatibilidade que se pode extrair do resultado de cada uma. Por fim, na última característica, é possível observar a necessidade de uma dilação temporal mínima até à tutela, por meio da medida de urgência, nesses casos em que se percebe situação de ameaça a um direito em função do tempo.

Analisando, sobretudo essas duas últimas, temos o que Barbosa Moreira chamou de “postulado da máxima coincidência possível”, ou seja, consta no modelo constitucional de processo o dever de que o resultado do processo corresponda, o

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual civil: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-42.

máximo possível, ao período de tempo fisiológico de uma norma cumprida de forma espontânea³¹.

Também não pode ser esquecida, para concluir essa análise constitucional, a garantia da fundamentação das decisões judiciais. Veicula o art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu inciso IX, o seguinte texto que consagra a necessidade de fundamentação de todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário³²:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Primeiramente, vale revisitar os ensinamentos de Kelsen³³, pois a decisão judicial, assim como os demais elementos da estrutura piramidal proposta, está sujeita à supremacia constitucional, na qual encontra fundamento último de validade e, portanto, deve ser compatível, inclusive nesse aspecto da fundamentação, sob pena de constitucionalidade.

José Carlos Barbosa Moreira, antes mesmo da promulgação da Constituição em vigência, já lecionava no sentido de haver um dever de fundamentar as decisões judiciais, pois não caberia uma intervenção sem a devida exposição de motivos, constituindo verdadeira legitimidade ao Poder Judiciário³⁴. Isso sem falar na sua relevância dentro do próprio processo, permitindo às partes um melhor exercício

³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual civil: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-42.

³² REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23/03/2014.

³³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução por João Baptista Machado. 8^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 89.

da defesa para refutá-las, bem como ao juízo *ad quem*, no caso de correção de eventuais equívocos.

E o dever de fundamentação³⁵ está diretamente vinculado às concessões das tutelas de urgência, pois essas medidas são, por determinação legal, vinculadas à existência de alguns elementos conhecidos por pressupostos³⁶.

³⁵ Sobre a forma de satisafazer o comando da norma constitucional de fundamentação das decisões judiciais, cf. GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. (Org.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 517-541.

³⁶ Bem antes das lições de José Carlos Barbosa Moreira acerca da fundamentação das decisões judiciais, já havia o entendimento desse dever em questões envolvendo medidas preventivas, preparatórias e de conservação. Cf. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Medidas Preventivas – Medidas Preparatórias – Medidas de Conservação. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953; AMERICANO, Jorge. Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil. 3º volume. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1942.

3. AS MODALIDADES DE TUTELA DE URGÊNCIA E SEUS PRESSUPOSTOS

A atividade cognitiva dos órgãos julgadores ao longo do processo pode fazer o processo prolongar-se por um período de tempo muito grande e acarretar riscos à pretensão das partes, haja vista o perigo que essa demora pode oferecer à finalidade do processo, bem como para as partes, podendo tornar impossível a prestação jurisdicional de interesse dos envolvidos.

Assim nasceu a tutela de urgência no direito brasileiro, diante da necessidade satisfazer determinados casos, os quais não tinham efetividade processual por meio de procedimento ordinário, que, antes essencial para a atividade jurisdicional, foi substituído por novos modos, objetivando maior efetividade ao processo, focado em resultados³⁷.

É verdade que a *dilatio temporis* o tempo existente entre a primeira movimentação do Poder Judiciário inerte e a entrega da tutela jurisdicional não pode ser eliminado³⁸, contudo, diante de iminentes ameaças a direitos em algumas demandas judiciais, foi necessária uma solução que protegesse esses interesses em risco, para que o tempo não deixasse impraticável o amparo judicial do direito ameaçado.

Nessa esteira surgiram as tutelas de urgência, como meio idôneo para tutelar os direitos ameaçados pela ação do tempo. E sobre a natureza das respectivas modalidades de tutela de urgência há forte divergência doutrinária, pois a maioria da doutrina percebe que a tutela cautelar e a tutela antecipada possuem natureza distinta; enquanto uma corrente minoritária, por sua vez, as toma como possuidoras da mesma natureza jurídica.

É importante já adiantar, ao contrário do posicionamento deste trabalho, que a doutrina dominante diferencia as medidas cautelares das medidas antecipatórias. Enquanto as cautelares objetivam a garantia e resultado da futura sentença relativa ao processo principal, as antecipatórias, como o nome sugerem

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela Jurisdicional Diferenciada: a Antecipação e sua Estabilização. Revista de Processo, n. 121, 2005. p. 29.

³⁸ MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, v. IV. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 323.

antecipam, de pronto, o pedido feito pelo autor em juízo, no todo ou em parte, assemelhando-se, tão somente, no aspecto da provisoriadade³⁹.

Dessa forma, a tutela cautelar seria instrumento para manutenção dos resultados do processo principal, protegendo a parte vencedora de possíveis prejuízos até o término deste, enquanto a tutela antecipada adiantaria, prontamente, o direito que seria conquistado com o derradeiro pronunciamento judicial e, por consequência, a consolidação da coisa julgada⁴⁰.

Sendo assim, não é possível, a partir dessas premissas, compreender a existência de uma tutela cautelar satisfativa, ou seja, a cautelar não permite, por sua natureza, a concessão de direito à parte ganhadora equivalente àquele que seria concedido apenas ao final de todo o trâmite processual, com a formação da respectiva coisa julgada material, conforme acentuou Cândido Rangel Dinamarco quando tomou o equilíbrio como ideia central do processo cautelar, preservando o direito das partes litigantes, sem, contudo, onerar de maneira excessiva a parte adversa, colocando-a em situação de perigo⁴¹.

Na mesma linha se posiciona o professor da casa Juvêncio Vasconcelos Viana, quando analisa a nova redação do CPC acerca das cautelares, alterado com o advento da Lei 8.952 de 1994⁴², observando uma ampliação dos poderes do juiz e a preponderância do equilíbrio nessa atuação, no entanto, sendo mister a preservação da natureza cautelar da medida a ser tomada⁴³.

E, ressalte-se, essa reforma do Código de Processo Civil, incluindo, junto à nova redação do art. 273, o inciso I, bem como o § 4º do art. 461, foi mais um elemento que fortaleceu esse entendimento acerca das tutelas de urgência, como observamos⁴⁴:

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

⁴⁰ DIDIER JR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 324.

⁴² BRASIL. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Lei nº 8.952/94. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm. Acesso em 21/03/2014.

⁴³ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Do Processo Cautelar. São Paulo: Dialética, 2014, p. 54.

⁴⁴ BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº 5.869/73. Brasília, DF, Senado, 2011.

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;

(...)

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

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

Com o novo texto, foi determinado um novo pressuposto elemento da fundamentação para a concessão de cada uma das tutelas de urgência, diferenciando-se no aspecto do grau de cognição. Foi veiculada aqui, depois da alteração, a ideia de uma “prova inequívoca” capaz de garantir a “verossimilhança” das alegações do autor, as quais, de acordo com a doutrina dominante, diferem completamente do *fumus boni juris*, requisito, por sua vez, vinculado à concessão de tutela cautelar, com fulcro no art. 798 do CPC. Pode-se afirmar, portanto, a reforma serviu de fundamento para não mais aceitar a cautelar satisfativa, por opção do legislador⁴⁵, apesar de esta modalidade estar presente por construção jurisprudencial antes mesmo da promulgação da lei analisada.

Todavia, ainda há parte respeitável da doutrina que questiona este entendimento. Devemos, contudo, de antemão, salientar que, ainda que discordemos dessa corrente dominante, conforme demonstraremos em seguida, não é correto tomá-la por maneira completamente equivocada. Devemos aqui mencionar que não se faz confusão entre as tutelas antecipatória e cautelar⁴⁶, pois a técnica antecipatória é possível em casos diversos daqueles que pressupõem a existência da urgência na prestação jurisdicional, como a do abuso de direito de defesa ou um propósito manifestamente protelatório da parte ré, entre outras, que, por serem requisitos alternativos à existência do receio de dano irreparável ou de difícil reparação, não serão objeto desse estudo.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. Curso de Processo Civil. v. 2. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 198.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 51.

Nesse diapasão, objetiva-se demonstrar a natureza cautelar da antecipação de tutela fundada no *periculum in mora*, ao contrário do que defendem a doutrina majoritária em sua essencial distinção⁴⁷: a exigência de pressupostos mais rigorosos para a concessão da tutela antecipatória do que aqueles necessários para o deferimento das medidas cautelares⁴⁸.

Compõe a corrente divergente do pensamento majoritário, dos que defendem a natureza cautelar da tutela antecipada veiculada pelo artigo 273, inc. I, entre outros, o professor Marcelo Lima Guerra⁴⁹:

De fato, na hipótese *sub (a)*⁵⁰, a antecipação, ali referida, é, sem dúvida, prestação de tutela cautelar (sob a forma de liminar) no próprio processo principal. É que, nessa hipótese, a antecipação dos efeitos da decisão final tem função idêntica à de todas as medidas cautelares, a saber, a garantia do resultado útil (efetividade) da decisão final.

Continua o autor argumentando que os requisitos para essa medida antecipatória “consistem, precisamente, nos mesmos aos quais se sujeita, de um modo geral, qualquer prestação de tutela cautelar, a saber, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*”, apenas trazidos em nova roupagem pela reforma do Código de Processo Civil como “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e “verossimilhança da alegação do autor”⁵¹.

Outro doutrinador que também trata a tutela de urgência como gênero do qual fazem parte essa antecipação de tutela e as cautelares é o professor José Roberto dos Santos Bedaque, alegando não haver incompatibilidade entre a tutela antecipatória fundada na urgência e a natureza das medidas cautelares, já que não perdem o nexo de instrumentalidade com a tutela final, sendo, pois, cautelares⁵².

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87.

⁴⁸ DIDIER JR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 6^a ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 471.

⁴⁹ GUERRA, Marcelo Lima. Estudos sobre o processo cautelar. 1^a ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 98.

⁵⁰ A hipótese a qual se refere o autor é a na situação de, diante da verossimilhança da alegação, houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

⁵¹ Idem, p. 99.

⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998, p. 127.

Esse também é o entendimento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, defensor da natureza cautelar das antecipações de tutela fundadas em situações de perigo ao direito⁵³.

Outro fator de diferenciação a ser considerado é o dito caráter satisfativo exclusivo da tutela antecipada, pois, para aqueles que tratam as medidas em exame de maneira diversa, representa característica ausente das ditas cautelares, sendo exclusividade da técnica antecipatória.

Esse critério, porém, é rebatido pelos doutrinadores já mencionados quando falam da natureza cautelar das medidas antecipatórias fundadas na urgência. Bedaque aponta uma distinção entre as formas de satisfatividade, classificando-as em “satisfatividade fática” e “satisfatividade jurídica”. A primeira seria aquela produzida pela técnica antecipatória, enquanto a segunda seria aquela garantida pela sentença, tão somente, pois apenas nesse instante processual pode-se dizer que se fez apta a tutela jurisdicional para resolver definitivamente a lide⁵⁴.

Comentário semelhante faz Marcelo Guerra quando diz incorrer em erro observar a satisfatividade da tutela antecipatória tal qual aquela que se vê nas tutelas executiva e constitutiva, pois em comum apenas existe uma situação de fato semelhante, em que se goza do “bem da vida”, desprovida, entretanto, de qualquer valor jurídico, pois é mera hipótese de cumprimento da norma individual, a qual se formará por saturação apenas ao final do procedimento. Também reconhece o processualista, assim como a doutrina majoritária, que essa satisfatividade das tutelas antecipadas é provisória, determinada pelas propriedades de revogabilidade e modificabilidade, assim como os provimentos cautelares. Por isso, ainda que ocorra uma situação de identidade na prática, tutelas antecipatória e final divergem em seu valor jurídico, sendo apenas equivalentes as situações de fato, mas não de direito⁵⁵.

Exposto este critério, retomamos o argumento acerca da principal característica, conforme mencionado anteriormente, que diferencia as tutelas

⁵³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Org.). Doutrinas Essenciais Processo Civil: Tutela de Urgência e Procedimentos Especiais. Volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998, p. 315.

⁵⁵ GUERRA, Marcelo Lima. Tutela de urgência no direito brasileiro. Fortaleza: obra cedida pelo autor, 2007, p. 32.

antecipatórias e as tutelas cautelares: o maior rigor no exame da prova, haja vista haver pressupostos mais rígidos para a utilização da técnica antecipatória que os necessários para deferir as medidas cautelares⁵⁶.

Conforme o posicionamento defendido neste trabalho, nota-se que a necessidade de se garantir o resultado diante de um possível dano causado ao direito pela *dilatio temporis*, em caso de este apenas for concedido ao final do procedimento ordinário, é o principal fundamento da tutela cautelar.

Com isso, a antecipação da tutela tendo o intuito de garantir a efetividade processual, objetivando a proteção do resultado do processo diante do risco causado pelo tempo, possui características próprias da natureza cautelar⁵⁷.

Na mesma linha, posiciona-se o professor Marcelo Guerra ao afirmar que o processo cautelar equivaler a um conjunto de atividades complexas pelas quais se visa a eliminar os efeitos do *periculum in mora* no processo⁵⁸.

Sendo assim, vemos que, dentre os pressupostos para a concessão da tutela de urgência, o perigo na demora da prestação jurisdicional é o que merece maior atenção da cognição em casos desta natureza.

Sobre esse fundado receio de dano ponderam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁵⁹:

O dano que enseja a tutela antecipatória é o dano concreto (não eventual), atual (iminente ou consumado) e grave (capaz de lesar significativamente a esfera jurídica da parte). O dano é irreparável quando os seus efeitos não são reversíveis. Pode ocorrer dano irreparável nos casos em que se alega lesão ou potencial lesão a direitos não patrimoniais (por exemplo, direito à imagem, ao ambiente), a direitos patrimoniais com função não patrimonial (quantia em dinheiro necessária para custear tratamento de saúde causado por um ato ilícito, por exemplo) e a direitos patrimoniais que não podem ser

⁵⁶ DIDIER JR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 6^a ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 471; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87.

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 315.

⁵⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Tutela de urgência no direito brasileiro*. Fortaleza: obra cedida pelo autor, 2007, p. 72.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 269.

efetivamente tutelados por reparação pecuniária. O dano é de difícil reparação se as condições econômicas do demandado autorizam a suposição de que o dano não será reparado de maneira efetiva.

Também caracterizam o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” como concreto, atual e grave a maioria dos autores, não recaindo maiores questões sobre o *periculum in mora*, diferentemente do que ocorre com o pressuposto do *fumus boni juris* e da prova inequívoca⁶⁰.

Como se sabe, a concessão dessas tutelas diferenciadas é condicionada à presença de certos pressupostos: *periculum in mora* e o *fumus boni juris*. Para isso, vale trazer breves comentários da Teoria do Direito sobre a noção de pressuposto legal⁶¹:

Tudo aquilo que uma norma jurídica estabelece como condição de sua incidência e da produção do efeito jurídico, no que se traduz tal incidência, é chamado “pressuposto legal” ou “requisito legal”.

Ensina Marcelo Guerra que normas hipotéticas são normas que possuem sua incidência em concreto dependente à ocorrência de um suporte fático. Suporte fático este, descrito no fragmento de norma chamado de “antecedente”, enquanto que os efeitos impostos por essa norma estariam na parte do “consequente”, não havendo importância se a norma tem caráter prescritivo, constitutivo ou de competência:

Qualquer que seja o *efeito jurídico*, ou *alteração de posição normativa estabelecida com a norma*, sendo ela *hipotética e geral*, a *produção concreta desses efeitos jurídicos*, vale dizer, a *incidência da norma*, *depende ou está condicionada à ocorrência de fatos previstos na própria norma*.

⁶⁰ Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 6^a ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 506; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶¹ Esses comentários são guiados pelo estudo ainda inédito do professor Marcelo Lima Guerra chamado “Processo, Urgência e Incerteza”.

Posto isso, podemos concluir que as condições para incidência da norma jurídica e a realização do efeito jurídico contido na norma são os seus requisitos legais.

Destarte, diante da presença desses pressupostos é gerado um “dever-poder geral de cautela” e/ou, para aqueles que os diferenciam, “dever-poder geral de antecipação”, que conduz, uma vez existindo os respectivos requisitos, o juiz a deferir o pedido da parte, não havendo uma faculdade do magistrado para liberdade de apreciar, senão a questão dos próprios pressupostos⁶².

Ocorre que há, na doutrina processual, uma dificuldade específica na identificação de um desses requisitos, justamente aquele tido como essencial, conforme já demonstrado, por juristas da corrente dominante, que seria o pressuposto do *fumus boni juris* ou da prova inequívoca da verossimilhança das alegações, a qual requer maior atenção da presente empreitada científica.

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Antecipada e Tutela Cautelar*. v. 4. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

4. FUMUS BONI JURIS E PROVA INEQUÍVOCA NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

Apesar de tidos como diferentes por boa parte da doutrina e, da mesma forma, aplicado amplamente como tal pelos tribunais do país, não nos parece ser essa diferenciação fundamentada de maneira sólida; apesar de, no entanto, servir como um dos motivos que distingue as tutelas antecipadas das tutelas cautelares, entendendo que estas, por serem autorizadas pelo texto do artigo 798 do CPC, não possuidoras de cunho antecipatório, diferentemente das regidas pelo artigo 273 do mesmo diploma legal.

A fim de demonstrar essa certa fragilidade, deteremos atenção, agora em diante, aos conceitos ventilados pela doutrina e jurisprudência acerca do *fumus boni juris* e da prova inequívoca, juntamente com a verossimilhança das alegações a ela relativas, fazendo-se necessário uma breve compilação dos mais respeitados autores no cenário do processo civil brasileiro que usam essa distinção como um dos critérios para apontar a diferença entre as cautelares e as antecipatórias. Enquanto as cautelares podem ser concedidas diante de mera aparência de bom direito, a antecipação de tutela carece de prova inequívoca que convença o órgão julgador da verossimilhança das alegações, sendo este grau de cognição, em tese, mais exigente que o primeiro.

Para iniciar esse levantamento bibliográfico, tomamos Humberto Theodoro Júnior, um dos doutrinadores que, como antecipamos já no início, diferencia a tutela cautelar da tutela antecipatória tomando, como um dos fundamentos de sua classificação, a natureza diversa entre *fumus boni juris* e a prova inequívoca e o grau de exigência da cognição para a concessão das medidas em análise⁶³:

Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, frequentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o

⁶³ THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v. II. 47^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 514.

interesse que justifica o "direito de ação", ou seja, o direito ao processo de mérito.

Continua o eminent processualista⁶⁴.

Incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar. Se à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, presente se acha o *fumus boni juris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas preventivas.

Somente é de cogitar-se a ausência do *fumus boni juris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial, se divise a fatal carência de ação ou inevitável rejeição do pedido, pelo mérito.

Do ponto de vista prático, pode-se dizer que só inocorre o *fumus boni juris* quando a pretensão do requerente, tal como mostrada ao juiz, configuraria caso de petição inicial inepta, ou seja, de petição de ação principal liminarmente indeferível (art. 295).

Fora daí, há sempre algum vestígio de bom direito que, em princípio, se faz merecedor das garantias da tutela cautelar.

Para o autor citado, o requisito para concessão da tutela cautelar é, além do dano potencial, "a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni juris*"⁶⁵.

Mais adiante na mesma obra, o professor titular da UFMG e desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais define, por outro lado, como pressupostos para a concessão da antecipação de tutela a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, tratando-as dessa maneira⁶⁶:

⁶⁴ Idem, p. 515.

⁶⁵ Idem, p. 514.

⁶⁶ Idem, p. 687.

Por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei condiciona a certas precauções de ordem probatória. Mais do que a simples aparência do direito (*fumus boni juris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em “prova inequívoca”.

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

Com isso, traz uma definição do que caracterizaria essa prova como inequívoca⁶⁷:

É inequívoca, em outros termos, a prova capaz de no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerrando-se a disputa por sentença definitiva. Mas não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão a final, depois de exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu, o quadro de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá de julgar a lide contra o autor.

Por fim, conclui Theodoro Jr, acoplando ao pensamento seu entendimento sobre o que seria a “verossimilhança das alegações”⁶⁸:

Quanto à “verossimilhança da alegação”, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o 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 praticados pelo réu.

⁶⁷ Idem, p. 687-688.

⁶⁸ Idem, p. 688.

Exige-se, em outros termos, que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam *relevantes* e apoiados em prova *idônea*. Realmente, o perigo de dano e a temeridade da defesa não podem ser objeto de juízos de convencimento absoluto. Apenas por probabilidade, são apreciáveis atos dessa espécie. Mas a lei não se contenta com a simples probabilidade, já que, na situação do art. 273 do CPC, reclama a *verossimilhança* a seu respeito, a qual somente se configurará quando a prova apontar para “uma probabilidade muito grande” de que sejam verdadeiras as alegações do litigante.

Com isso, deixa claro que para a tutela cautelar é basta uma probabilidade de existência do direito tutelado, consistindo, pois, o *fumus boni juris*, em juízo de probabilidade⁶⁹, e não de certeza, como é carente aos casos de antecipação de tutela.

Fredie Didier Júnior e seus coautores ponderam no sentido de a prova inequívoca ser aquela robusta e consistente o possível para conduzir o magistrado a um juízo de probabilidade, no contexto da cognição sumária⁷⁰.

Ovídio A. Baptista da Silva é outro recorrentemente citado escritor que separa as tutelas cautelares das tutelas satisfativas⁷¹. E o faz de modo mais incisivo a respeito da satisfatividade, considerando-o equivalente à própria realização, concreta e objetiva, do direito, criticando, inclusive, a terminologia “cautelares-satisfativas”, em virtude de contradição.

Sobre o *fumus boni juris*, ele também atribui a ele características de cognição sumária⁷², tratando-o como “plausibilidade do direito”, num grau de rigor menor que os necessários às cautelares satisfativas.

Na mesma linha é a lição de José Miguel Garcia Medina e Fernando Gajardoni, reconhecendo que ambas as medidas de urgência, como o nome sugere,

⁶⁹ THEODORO JR, Humberto. Processo Cautelar. 24^a ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito. 2008, p. 61.

⁷⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 6^a ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 498.

⁷¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. v. 2: Processo Cautelar (Tutela de Urgência). 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21.

⁷² Idem, p.70.

são instrumentos processuais que visam à luta contra o tempo⁷³, mas também reconhecendo haver diferentes graus na probabilidade de existência de direito⁷⁴:

Admitindo-se haver graus de probabilidade de existência do direito (da mais intensa para a menos intensa), tem-se que este é mais intenso para a concessão de antecipação de efeitos da tutela e é menos intenso para a concessão de tutela cautelar, pois enquanto a primeira exige prova inequívoca da verossimilhança da alegação, a outra se contenta com o *fumus boni juris*.

Então, para esses autores, a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações do direito da parte que o pleiteia proporcionariam à cognição a um patamar mais elevado que a simples fumaça do bom direito⁷⁵:

A prova inequívoca consiste na representação cabal da situação narrada, seja através de documentos, seja através de outro meio de prova idôneo. Já a verossimilhança da alegação decorre da grande probabilidade de que o direito reclamado esteja mesmo a favorecer o postulante da medida antecipada.

Também ponderam sobre o assunto Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, já um pouco menos severos na distinção⁷⁶:

O art. 273 contém duas expressões aparentemente inconciliáveis, mas que não querem senão dizer que o *fumus boni juris*, para que possam ser adiantados os efeitos da sentença final, há de ser expressivo.

A probabilidade de que o autor tenha mesmo o direito que assevera ter há de ser bastante acentuada para que possa ser concedida a tutela antecipada. Disse o legislador que da verossimilhança deve haver prova cabal (e não do direito).

⁷³ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Processo Civil Moderno. v. 4. 3^a ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012, p. 46.

⁷⁴ Idem, p. 47.

⁷⁵ Idem, p. 58.

⁷⁶ WAMBIER, Luiz R.; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. v. 1. 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 402.

José Carlos Barbosa Moreira afirma, sucintamente, que prova inequívoca, nada mais é, que aquela prova que não é ambígua ou equívoca, da qual não se pode extrair mais de um sentido⁷⁷.

Os autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, por sua vez, são outros que também afirmam ser a tutela antecipada medida distinta da cautelar, tangenciando-se ambas somente no âmbito da provisoriação⁷⁸.

O mesmo Luiz Guilherme Marinoni⁷⁹, em obras mais específicas sobre o assunto, define o termo *fumus boni juris*, defendendo que “a aparência do bom direito, na verdade, significa a probabilidade de que a afirmação do fato venha a ser provada”⁸⁰.

Naturalmente, pode-se concluir de seu pensamento que, se ainda há a necessidade de se provar determinada situação que se verificou como aparentemente protegida pelo direito, é instituto diverso do autorizador da concessão de tutela antecipada, portanto. Isso fica mais claro quando analisamos o que ele, juntamente com Daniel Mitidiero, entende por verossimilhança e prova inequívoca⁸¹:

8. Verossimilhança e Prova Inequívoca. O art. 273, CPC, faz referência à prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações, como requisitos para a concessão da antecipação da tutela. Não está, como é óbvio, fazendo referência a uma modalidade de prova, que possa colocar-se, por exemplo, ao lado das provas documental, testemunhal e pericial. Inequívoca é uma qualidade atribuída à prova. Melhor explicando: o legislador pretendeu deixar claro que o juiz somente deve conceder a tutela antecipatória quando for provável que aquele que a postula obterá um resultado final favorável. A chamada “prova inequívoca”, capaz de convencer o julgador da “verossimilhança da alegação”, apenas

⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação dos efeitos da tutela: algumas questões controvertidas. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Org.). Doutrinas Essenciais Processo Civil: Tutela de Urgência e Procedimentos Especiais. Volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. Curso de Processo Civil. v. 4. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 62-63.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 168-188.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 62.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 270-271.

pode ser compreendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, situação que tem apenas ligação com o fato de que o juiz tem, nesse caso, um juízo que é formado quando ainda não foi realizado plenamente o contraditório em primeiro grau de jurisdição. Os termos “prova inequívoca” e “verossimilhança” somente são pertinentes em alguns casos de tutela antecipatória fundada no inciso I do art. 273, CPC e não das hipóteses de abuso do direito de defesa e naquelas em que o processo já está em segundo grau de jurisdição, em virtude de recurso interposto contra a sentença. A “verossimilhança” a ser exigida pelo julgador deve sempre considerar: o valor do bem jurídico ameaçado de lesão; a dificuldade de se provar a alegação; a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação; e a própria urgência. Note-se, ainda, que a prova deve ser valorada, e até mesmo exigida de forma diferente, de conformidade com a espécie de tutela antecipatória requerida. Assim, se a tutela antecipatória é preventiva, a prova deve recair sobre uma alegação de fato que é indício de que, provavelmente, vai ocorrer o fato violador (já que toda a teoria da prova do fato constitutivo foi pensada a partir de um fato já ocorrido, e assim com os olhos no passado). A tutela repressiva deve recair sobre o alegado fato passado.

E nesse sentido se manifesta amplamente a doutrina, composta por mais alguns nomes, dentre esses: Alexandre Freitas Câmara⁸²; Athos Gusmão Carneiro⁸³; Joel Dias Figueira Jr⁸⁴; Nelson Nery Jr⁸⁵⁻⁸⁶; Luiz Orione Neto⁸⁷; João Batista Lopes⁸⁸; Francisco Antônio de Barros e Silva Neto⁸⁹ e Adroaldo Furtado Fabrício⁹⁰.

Em contraponto a esta doutrina dominante, há outros poucos doutrinadores, que, se não afirmam claramente a inexistência dessa diferença de

⁸² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. III. 18^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 33.

⁸³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁸⁴ FIGUEIRA JR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁸⁵ NERY JR, Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 121.

⁸⁶ NERY JR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁸⁷ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 35.

⁸⁸ LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁸⁹ SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A Antecipação da Tutela nos Processos Declaratórios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 120.

⁹⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaios de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 197.

graus entre a fumaça e a prova inequívoca da verossimilhança, aproximam bastante os seus conceitos.

Ressalte-se a opinião de Cássio Scarpinella Bueno, que inicialmente alinhava-se à corrente majoritária⁹¹; mas enveredou aos termos doutrinários coerentes às conclusões deste trabalho, ao entender não haver distinção prática entre a prova inequívoca e o *fumus boni juris*⁹².

Firme, entretanto, é a opinião de Leonardo Greco, apontando que, em linguagem exótica, essa verossimilhança das alegações não seria nada além da própria fumaça do bom direito, pressuposto não só das antecipações de tutela; mas também das medidas cautelares⁹³, diferenciadas, portanto, no âmbito da finalidade da prestação jurisdicional.

Continua o professor titular da UFRJ acerca dos termos⁹⁴:

Na verdade, se tentarmos apurar por que o legislador da reforma usou na redação do artigo 273 expressões tão extravagantes como “prova inequívoca”, “verossimilhança” e “irreversibilidade”, seremos levados a concluir que elas foram utilizadas para vencer a resistência governamental à implantação de uma tutela de urgência satisfativa, que poderia voltar-se contra os interesses da Fazenda Pública.

Antônio Cláudio da Costa Machado é outro doutrinador inclinado quanto à natureza cautelar da antecipação de tutela⁹⁵. Pondera o autor acerca dos requisitos presentes no art. 273 do Código de Processo Civil⁹⁶:

Inicialmente, é preciso deixar claro que “prova inequívoca”, como verdade processual, não existe, porque toda e qualquer prova depende da valoração

⁹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁹² BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Antecipada e Tutela Cautelar*. v. 4. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

⁹³ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 330.

⁹⁴ Idem. p. 331.

⁹⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 216-219.

⁹⁶ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Reforma do Processo Civil Interpretada*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 24.

judicial para ser reconhecida como boa, ou má, em face do princípio do livre convencimento (art. 131). Logo, por “prova inequívoca” só pode o intérprete entender “prova literal”, locução já empregada pelo CPC, nos arts. 814, I, e 902, como sinônima de prova documental. Tanto parece exata a colocação que o art. 273 em nenhuma de suas previsões sequer alude à possibilidade de audiência de justificação, o que exclui a admissibilidade de qualquer forma de prova oral. Quanto ao requisito da verossimilhança – qualidade do que é verossímil, semelhante à verdade, que tem aparência de verdadeiro ou, simplesmente, *fumus boni juris* –, haverá o juiz de se convencer da sua existência no caso concreto, exatamente como faz ao examinar idêntico requisito no âmbito das cautelares (v. arts. 801, III, e 804).

Como réplica à visão minoritária, Humberto Theodoro Júnior dá excessiva atenção ao texto legislativo, cuidando de maneira superficial a matéria, por atribuir ao legislador brasileiro a opção de apartar as técnicas da antecipação de tutela, tratando-as em regime próprio de maneira distinta das cautelares, enquanto na Europa há o predomínio da legislação no sentido de consagrar o regime unitário para ambas as tutelas⁹⁷.

Essa crítica, assim como a própria a corrente que defende, não obstante este ser o entendimento da grande maioria dos processualistas pátrios, deve ser refutada.

Primeiramente, deve-se questionar a alegação de que os pressupostos para autorização de uma medida cautelar, contidos no art. 798, são menos criteriosos que os previstos para a concessão de tutelas antecipadas, previstas no inciso I do art. 273 e no parágrafo 3º do art. 461.

Observou-se que os fundamentos dominantes são falhos ao definir a diferenciação proposta entre o grau de exigência na cognição do *fumus boni juris* e da prova inequívoca, pois não há no discurso qualquer justificação sobre esse rigor devido na apreciação da prova inequívoca necessária à concessão da tutela antecipatória, distinguindo-o, portanto, daquilo que chamam de mera fumaça do bom direito.

⁹⁷ THEODORO JR, Humberto. Tutela Antecipada – Evolução – Visão Comparatista – Direito Brasileiro e Direito Europeu. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). Bases Científicas para um renovado Direito Processual. Volume 1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. p. 423.

Outrossim, defende Marcelo Guerra que, ainda que fosse possível definir precisamente esses patamares diferenciados entre os graus da cognição exigida para concessão de tutela antecipada e da exigida para concessão de cautelares, não se extrai uma consequência prática útil para a aplicação desses institutos processuais, pois trata-se de uma inadequação ao modelo constitucional de processo, exposto anteriormente neste trabalho, haja vista que, nos casos de urgência, não é compatível a opção do legislador infraconstitucional por um grau de cognição restrito para a utilização da técnica antecipatória no combate da urgência que seja mais rigoroso que aquele tomado para autorizar uma medida conservativa, sem que o magistrado tenha margem para decidir de acordo com o caso concreto. Logo, não há que se falar em relevância prática dessa suposta diferenciação, pois não se extrai qualquer efeito de regime jurídico entre as medidas aqui estudadas⁹⁸.

Continua o autor, especificamente, a alegar ser incompatível com o intuito das tutelas de urgência de concretizar, nos termos de Barbosa Moreira⁹⁹, o direito fundamental à máxima coincidência, não sendo primordial o estabelecimento de cognição diferenciada para as medidas, mas a determinação de um padrão de cognição, conforme veremos mais a frente.

No mais, além dos já mencionados juristas adeptos à corrente majoritária, vale fazer referência, igualmente, a três outros importantes doutrinadores que incorrem na mesma proposta: Kazuo Watanabe, Teori Albino Zavascki e Luiz Fux, devido ao envolvimento mais direto que esses três respeitáveis processualistas têm com o processo legislativo que ensejou o texto legal que consagra os institutos debatidos ou com a aplicação do direito, na qualidade de magistrados.

O primeiro, membro da comissão para a reforma do Código de Processo Civil na década de 90, aponta que requisito para concederem-se as antecipações de tutela veiculadas pelo art. 273 do CPC é o juízo de verossimilhança fundado em

⁹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Tutela de urgência no direito brasileiro. Fortaleza: obra cedida pelo autor, 2007.

⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual civil: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-42.

prova inequívoca, diferente e mais criterioso que o pressuposto do *fumus boni juris* necessário às concessões de cautelares¹⁰⁰:

Mas um ponto deve ficar bem sublinhado: prova inequívoca não é a mesma coisa que ‘fumus boni juris’ do processo cautelar. O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples ‘fumaça’, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito.

Da mesma forma posiciona-se o Ministro Teori Zavascki, defendendo “regime próprio” para a concessão de tutela antecipada¹⁰¹. Afirma não se confundirem os dois institutos por este ser mais rigoroso que o das cautelares, haja vista a antecipação da tutela estar sujeita a “pressupostos e requisitos próprios, estabelecidos pelo art. 273 do CPC, substancialmente diferentes dos previstos no art. 798, aplicável apenas às medidas genuinamente cautelares”¹⁰². Em consequência disso, entende o doutrinador que postular antecipação de tutela em sede de ação cautelar, em que os requisitos para concessão são menos rigorosos, constitui uma fraude ao disposto no art. 273 do Código de Processo Civil, pois haveria a necessidade de uma cognição em nível mais aprofundado, exigindo-se, para tanto, verossimilhança conferida com base em prova inequívoca¹⁰³.

Essa recomendação doutrinária exerceu muita influência, complementando o entendimento já majoritário, e é a que se tem por dominante na corte da qual o referido autor fez parte por muitos anos, antes de ser, recentemente, nomeado ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela Antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 33.

¹⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. Revista de Processo, v. 82, p. 53, 1997.

¹⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 90.

Para ilustrar o posicionamento jurisprudencial dominante na corte especial, colacionam-se três precedentes, nos quais pode-se ver a aplicação do direito no sentido do exposto neste trabalho até o momento¹⁰⁴:

Tutela antecipada: requisitos. Deferimento liminar.

1. Ainda que possível, em casos excepcionais, o deferimento liminar da tutela antecipada, não se dispensa o preenchimento dos requisitos legais, assim a "prova inequívoca", a "verossimilhança da alegação", o "fundado receio de dano irreparável", o "abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu", ademais da verificação da existência de "perigo de irreversibilidade do provimento antecipado", tudo em despacho fundamentado de modo claro e preciso.
2. O despacho que defere liminarmente a antecipação de tutela com apoio, apenas, na demonstração do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora" malfere a disciplina do art. 273 pelo legislador para a salutar inovação trazida pela Lei nº 8.952/94.
3. Recurso especial não conhecido.

Igualmente, pensa Luiz Fux serem impossíveis as concessões liminares de tutelas de urgência sem a respectiva fundamentação de prova inequívoca, com a demonstração de graduação de modo diferenciado da mera aparência de bom direito. Diferente da prova inequívoca, o fumus boni juris é direito material *in abstrato* invocado e suficiente na qualidade de requisito para as medidas cautelares, sem, contudo, possibilitar uma tutela de urgência¹⁰⁵.

Essa posição é clara e evidente ao analisar os precedentes judiciais de relatoria do Ministro Fux no período de sua passagem pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

¹⁰⁴ STJ - REsp: 131853 SC 1997/0033443-0, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 05/12/1997, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08/02/1999 p. 276.

¹⁰⁵ FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. v. II. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 327.

¹⁰⁶ STJ - MC: 14600 MG 2008/0175307-5, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 12/05/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/06/2009.

¹⁰⁷ STJ, REsp 876528/RS, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/11/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA.

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONFIRMOU A DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIRA O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, UMA VEZ NÃO VISLUMBRADA A VEROSSIMILHANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS AUTORIZADORES. SÚMULA 07/STJ. PRETENSÃO RECORSAL VOLTADA CONTRA O MERITUM CAUSAE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial reclama a demonstração do periculum in mora, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional, bem como, a caracterização do fumus boni juris consistente na plausibilidade do direito alegado.
2. A ação cautelar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem contornos próprios de processo acessório ao processo principal, que é o recurso especial, in casu fundado na assertiva de que o acórdão regional incorrera em ofensa aos artigos 4º, 273, 332, 458, 467, 468 e 535, todos do Código de Processo Civil, ao não deferir a antecipação da tutela jurisdicional pleiteada.
3. O Tribunal de origem confirmou a decisão interlocutória, agravada de instrumento, que indeferira a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, sob o fundamento de que necessária a prévia e adequada diliação probatória para assegurar-se da verossimilhança alegada pela empresa. De acordo com o Juízo *a quo*, "para o deferimento da antecipação de tutela é necessário que se esteja em face de elementos probatórios que evidenciem a veracidade do direito alegado, formando um juízo máximo e seguro de probabilidade quanto à proposição aviada pelo agravante, inferindo-se do dispositivo legal mencionado que se apresentam como pressupostos essenciais para o provimento antecipatório pretendido, o convencimento da verossimilhança do pedido, em razão da existência de prova inequívoca, fundado receio de dano irreparável, abuso de direito de defesa ou manifesto ato procrastinatório".
4. Deveras, o exame da insurgência especial, engendrada pela requerente, esbarra no entendimento sedimentado por este Sodalício, no sentido de que a controvérsia acerca dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela de mérito importa, de todo modo, a incursão dos elementos fáticos e probatórios da causa, providência insindicável ao STJ, em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 07/STJ (Precedentes: AgRg no REsp 1046266/RR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10.06.2008, DJ 23.06.2008; AgRg no REsp 875.638/TO, Rel. Ministra

Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 15.04.2008, DJ 12.05.2008; REsp 979.530/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25.03.2008, DJ 11.04.2008; AgRg no REsp 817335/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJ 05.05.2008).

5. Ademais, o recurso especial em face de tutela antecipada não pode fundar-se no próprio meritum causae, que em fase de cognição sumária interdita a jurisdição especial porquanto o Tribunal a quo examinou tão-somente os requisitos autorizadores para a concessão da medida.

6. É que resta cediço que: "Os recursos para a instância extraordinária (recurso extraordinário e recurso especial) somente são cabíveis em face de "causas decididas em única ou última instância" (CF, art. 102, III e art. 105, III). Não é função constitucional do STF e nem do STJ, no julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais, substituir-se às instâncias ordinárias para fazer juízo a respeito de questões constitucionais ou infraconstitucionais que, naquelas instâncias, ainda não tiveram tratamento definitivo e conclusivo. É o que ocorre com as medidas liminares de natureza cautelar ou antecipatória. Tais medidas, como se sabe, são conferidas à base de juízo de mera verossimilhança do direito invocado (art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, primeira parte, art. 798 e art. 804 do CPC). Justamente por não representarem pronunciamento definitivo, mas provisório, a respeito da controvérsia, as medidas antecipatórias e cautelares devem ser confirmadas (ou, se for o caso, revogadas) pela sentença que julgar o mérito da causa, podendo, ademais, ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo, inclusive pelo próprio órgão que as deferiu (CPC, art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, parte final, e art. 807). Somente com a sentença, portanto, é que se terá o pronunciamento definitivo sobre as questões jurídicas enfrentadas, em juízo perfunctório, na apreciação das liminares. A natureza precária e provisória do juízo de mérito desenvolvido em sede liminar desqualifica, assim, o requisito constitucional do esgotamento das instâncias ordinárias, indispensável ao cabimento do recurso extraordinário e do especial." (REsp 626.930/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 25.11.2006)

7. O cabimento de tutela antecipada recursal, ainda que pendente de admissibilidade o recurso especial, pressupõe que a decisão afasta-se de tal sorte do direito objetivo que se categoriza como "teratológica" (Precedentes do STJ: AgRg na MC 8985/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.11.2004, DJ 29.11.2004; e AgRg na MC 9935/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em

07.06.2005, DJ 01.07.2005), o que não se vislumbra, prima facie, in casu. 8. Medida cautelar julgada improcedente.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TABELA DO SUS. ART. 273 DO CPC. TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DESTE STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. A tutela antecipada pressupõe direito evidente (líquido e certo) ou direito em estado de periclitação. É líquido e certo o direito quando em consonância com a jurisprudência predominante do STJ, o guardião da legislação infraconstitucional.

2. É cediço nesta Corte de Justiça que: A Corte Especial, ao apreciar o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 1, DJU de 29.03.04, Redator para o acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro, preconizou "que as inúmeras ações propostas com o intuito de se reajustar a tabela do SUS têm potencial suficiente para causar lesão à saúde pública, visto que devem ser apreciadas em conjunto e não em cada caso particular". (REsp nº 764.327/RS Segunda Turma, DJ de 19/09/2005).

3. Precedentes: REsp 902455 / PR, Primeira Turma, DJ 12.04.2007, AgRg na STA nº 01/PR, Corte Especial, DJ de 29/03/2004.

4. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

5. Recurso Especial provido.

Também é, naturalmente, pela proporção que tomou a força dos precedentes no direito brasileiro, este o entendimento dominante nos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, conforme a relatoria do Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes que, na mesma linha de José Roberto dos Santos Bedaque, entende as medidas antecipatórias fundadas na urgência como

cautelares, apesar de necessitarem não somente do simples “*fumus boni juris*” para sua concessão, carecendo de uma cognição mais severa¹⁰⁸:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA EM AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. DESATENDIMENTO AO DISPOSTO NO INCISO IX DO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO. INTERLOCUTÓRIA ANULADA. RECURSO PROVIDO. – “A lide cautelar preparatória versa sobre a pretensão autoral pela expedição de certidões positivas de débitos fiscais, com efeitos de negativas, além da exclusão dos nomes dos recorridos do CADIN.” - A fundamentação das decisões judiciais deve fazer remissão de forma concreta à lide, expondo os caminhos que levaram à formação da convicção do magistrado. Não se admite, pois, simples referências genéricas a doutrinas acerca da natureza da antecipação da tutela jurisdicional. Deve o juiz de piso reportar-se aos argumentos e documentações trazidas pelo autor e cotejá-los com o ordenamento jurídico aplicável. - Não se vê na decisão agravada qualquer explicação sobre quais documentos da parte autora caracterizam-se como prova inequívoca, nem de onde surgiu seu convencimento acerca da verossimilhança das alegações. Nada falou também sobre qual seria o possível dano irreparável ou de difícil reparação. Apenas considerações genéricas acerca do instituto da tutela antecipada. Tal, é evidente, não satisfaz a exigência constitucional, impondo-se a sua anulação. Ressalte-se que se trata de matéria cognoscível de ofício, podendo ser objeto de apreciação por esta egrégia Corte, ainda que sem provocação da Fazenda Pública recorrente. Recurso conhecido e provido para anular a decisão agravada e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para que seja prolatada nova decisão em conformidade com as prescrições do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Por fim, vale destacar, outra vez, assim como Kazuo Watanabe na oportunidade passada, a influência de Fux na elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. O atual Projeto de Lei¹⁰⁹, ainda que tenha alterações substanciais em seu texto, criando, inclusive, denominações novas para as

¹⁰⁸ TJCE, Agravo de Instrumento 1813174200680600000, Relator: Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJe 23/09/2013.

¹⁰⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.025 de 2005. Código de Processo Civil.

modalidades de tutela de urgência (tutela de urgência *stricto sensu* e tutela de evidência), transformando-os as espécies, não supera o problema aqui exposto.

Tanto o *fumus boni juris*, como a prova inequívoca da verossimilhança das alegações continuam requisitos distintos para concessão de tutelas de urgência, variando de maneira gradual e proporcional à possibilidade de cognição do caso concreto, conforme doutrina de Daniel Mitidiero, membro da comissão que chefia os trabalhos relativos ao Livro V, no qual consta o texto legislativo referente às tutelas de urgência¹¹⁰, que, em se mantendo a coerência, usa como base as ideias anteriormente expostas em obra conjunta com Luiz Guilherme Marinoni, por serem estas as diferenças essenciais entre as tutelas cautelares e as tutelas de urgência¹¹¹.

Com esses contornos, a inconsistência conceitual desses institutos vai permanecer mesmo com a promulgação da nova lei, de acordo com os comentários de Wambier e Talamini¹¹²:

No PNCPC, a tutela cautelar e tutela antecipada são tratadas no Título IX, intitulado “Tutela de urgência e tutela de evidência” (arts. 269-286). A tutela de urgência será concedida quando restarem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 276). A tutela da evidência dispensa a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: ...; a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca ou a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamentos repetitivos, em incidente de resoluções de demandas repetitivas ou em súmula vinculante (art. 278).

De todo modo, a alteração do texto legislativo não será suficiente para remodelar um entendimento praticamente já sedimentado, ainda que excluída um dos termos aqui questionados, pois ainda estipula em seu contexto elementos de

¹¹⁰ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. 1^a ed. E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 270-271.

¹¹² WAMBIER, Luiz R.; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. v. 1. 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 400.

fragilidade conceitual, conforme exaustivamente aqui demonstrado, pois, em nenhum momento, pode-se visualizar uma ideia de prova inequívoca da verossimilhança das alegações que a afastasse de forma bem fundamentada do espectro da fumaça do bom direito, continuando ambas diferenciadas subjetivamente por seu grau de exigência quanto à cognição.

5. DOS FATOS RELACIONADOS AO *FUMUS BONI JURIS* E À PROVA INEQUÍVOCA

Já levantado este tema ao final do segundo tópico do presente trabalho, convém retomar a discussão de forma mais profunda, a fim de demonstrar com melhor fundamentação as críticas já feitas, antes de apresentar um esboço de solução.

Novamente citando o estudo ainda inédito do professor Marcelo Lima Guerra chamado “Processo, Urgência e Incerteza”, temos que as normas hipotéticas são normas cuja incidência concreta está na dependência do acontecimento de algum episódio ou suporte fático.

Esse suporte fático, ao qual se refere o autor, está disposto em uma parte da norma que ele denomina “antecedente”, já a parte denominada consequente descreve o efeito jurídico, ou seja, nas palavras de Guerra, descreve a alteração da situação deônica, que será imposto por esta norma, diante da incidência concreta por meio do evento fático.

Continua o autor ao dizer que não há relevância na classificação da norma, noutras palavras, se ela é prescritiva, impondo deveres jurídicos; se é de competência, conferindo poderes; ou se é constitutiva, fixando condições de existência de atos e fatos institucionais.

Com isso, explica Marcelo Guerra:

Qualquer que seja o efeito jurídico, ou alteração de posição normativa estabelecida com a norma, sendo ela hipotética e geral, a produção concreta desses efeitos jurídicos, vale dizer, a incidência da norma, depende ou está condicionada à ocorrência de fatos previstos na própria norma.

Toma nota Marcelo Guerra para ressaltar que, entre esses efeitos jurídicos, diferenciam-se: o surgimento de um dever; o surgimento de um poder jurídico; a constituição de um ato jurídico; e, finalmente, a constituição de uma entidade jurídica.

Isso é o pressuposto legal (ou requisito legal): “tudo aquilo que uma norma jurídica estabelece como condição de sua incidência e da produção do efeito jurídico, no que se traduz tal incidência”.

Assim, nos deparamos com um problema de “verificar a presença de pressuposto legal”. Marcelo Guerra assevera que é “noção que se deixa explicar como correspondendo à atividade complexa”, a qual consiste em dois pontos: o primeiro, “comprovar a ocorrência de fatos que se apresentam como ‘pressuposto-exemplo’”; e o segundo, analisar a subsunção deste fato na descrição correspondente ao fragmento da norma denominado “pressuposto-tipo”.

O doutrinador afirma que, comumente, é possível diferenciar, de acordo com o contexto, a ambiguidade da expressão “pressuposto legal” com certa facilidade, pois não apenas a parte da norma que consiste na descrição do suporte fático relacionado à incidência, mas também o fato se enquadra à descrição normativa, ambos são referidos como “pressuposto legal”.

Diante disso, com o intuito de extirpar essa ambiguidade, tratou Marcelo Guerra de elaborar uma pequena convenção, no sentido de reservar a expressão ‘pressuposto-tipo’ para denominar o fragmento da norma relativo à descrição do fato à ocorrência do qual a própria norma condiciona sua incidência concreta; e reservar a expressão ‘pressuposto-exemplo’ para nomear os eventos que correspondem à descrição do antecedente da norma, ou seja, o fato concreto que corresponde ao “requisito-tipo”.

Partindo agora para a questão na prática, nos nossos casos de tutela de urgência, a aplicação de norma pelo magistrado envolve a verificação de pressupostos legais das normas que lhe cabe aplicar.

Sobre isso argumentou Marcelo Guerra:

Nesses casos, sempre que a *ocorrência do pressuposto exemplo* da norma em questão for objeto de controvérsia, surge a necessidade de *produção de prova* quanto aos *fatos* que consistem no *pressuposto-exemplo* – não sendo necessária, como se sabe, a demonstração por meio de prova da mera *subsunção* dos fatos apontados como *pressuposto-exemplo*, no *pressuposto-tipo*.

Apesar de existirem situações que a ocorrência do evento pressuposto-exemplo é facilmente verificável pelo juiz. Esta não é, contudo, a maneira como se apresenta a grande maioria dos casos, principalmente quando este pressuposto-exemplo relaciona-se com o pressuposto do *periculum in mora*. Ao fato correspondente ao pressuposto-exemplo, por corresponder à causa de pedir mediata, não tem acesso o juiz, pois só tem conhecimento das alegações das partes e daquilo que consta nos autos acerca do acontecimento. Ademais, por não se ser o *periculum in mora* um fatos notórios ou incontrovertíveis, acarreta a problemática acerca das provas das narrativas das partes sobre o perigo de lesão grave ou de difícil reparação que serve como pressuposto legal.

Aqui se chega ao ponto que serve de crítica à diferenciação essencial que defendem Marinoni, Didier e outros entre as tutelas de urgência e as tutelas cautelares: não obstante o *periculum in mora* tratar realmente de um pressuposto legal, o mesmo não se pode dizer dos institutos do *fumus boni juris* e da prova inequívoca, por serem, deveras, meios de demonstração judicial da ocorrência do pressuposto legal; mas não um requisito por si só.

Marcelo Guerra mencionou em seu texto inédito:

“... não se deve confundir a noção de “fatos à ocorrência dos quais a norma condiciona a sua incidência (que se traduz na criação de algum efeito jurídico, a saber: o surgimento de um dever/direito, o surgimento de um poder normativo, a constituição de uma situação jurídica)”, com a noção de “meios de demonstração judicial (“meios de prova”) da ocorrência de certos fatos.”

Além disso, prossegue ao afirmar que existe uma razão prática para tal distinção. A previsão do fato ao qual se subordina a incidência concreta da norma é imprescindível, porque, de outro modo, seria impossível de realizar o uso dessa tradicional e recorrente técnica. Todavia, não se pode fazer a mesma cobrança quando cuidarmos da previsão acerca dos fatos que podem conduzir o magistrado ao conhecimento da verdade das alegações acerca dos primeiros fatos, que

condicionam a incidência concreta da norma, por se tratar de um pressuposto desproporcional.

Nessa esteira, arremata Marcelo Guerra ao dizer que essa é o principal motivo da superação do sistema de provas legais ou tarifadas, em que, não apenas se tipificava o fato que determinava a incidência normativa, mas também determinava tarifação àquilo que serve como meio de prova, ou elementos de convicção, daqueles fatos alegados como requisitos, como ocorre com o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*.

Para sistemas de persuasão racional, não se faz necessário a indicação na norma de cada modalidade de fato por ela descrito em seu antecedente, a fim de criar um requisito de incidência. Contudo, ainda que se faça a opção, não é correto inserir os “meios de prova”, no nosso estudo, representados pelo *fumus boni juris* e a prova inequívoca, como sendo pressupostos legais para incidência, pois não essa a verdadeira definição de pressuposto legal, já que este é fato que condiciona a incidência da norma.

Sendo assim, diferentemente do *periculum in mora*, verdadeiro pressuposto das tutelas de urgência, deve-se evitar tomar o *fumus boni juris* e a prova inequívoca da verossimilhança das alegações como pressupostos que autorizem a concessão da medida cautelar, já que não se tratam de fatos, mas sim de meios de prova relacionados ao perigo da demora.

6. FUMUS BONI JURIS E PROVA INEQUÍVOCA COMO STANDARDS PROBATÓRIOS

Deparando-se, então, com os problemas aqui expostos, objetivamos trazer um conceito que pode ser essencial para uma melhor aplicação prática dos institutos estudados até então neste trabalho: o *standard probatório*.

Fumus boni juris e prova inequívoca podem ser incluídos em modalidades de padrões probatórios, pois funcionam como resposta para a pergunta “com quanto de prova se prova?”, pois seriam, na verdade, aquele patamar alcançado pela cognição do magistrado que serviria como pressuposto para a autorização do deferimento da medida de urgência.

Ainda pouco estudado no Brasil, a noção de *standard probatório* não é tão difícil de definir, principalmente quando comparada com a dificuldade que é a sua determinação, conforme lições de Marcelo Guerra¹¹³:

É que a noção de *standard probatório* nada mais é do que um conceito normativo construído com o conceito de força probatória. *Standard probatório* é a medida mínima de força probatória normativamente imposta para que uma crença seja tida como justificada.

Mais tratado na doutrina norte-americana, sendo sabida a dificuldade de se alcançar a verdade no processo, não se exige do juiz que ele tenha certeza ao decidir, mas exige-se a suficiência de evidência (*sufficiency of evidence*) ou medida de persuasão (*measure of persuasion*), por meio de determinada quantidade de material probatório a ser produzido, e sua fundamentação¹¹⁴. Isso porque é vedado no ordenamento jurídico (no caso do brasileiro, pelo princípio da indeclinabilidade da jurisdição e pela norma veiculada pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) o *non liquet*, ou seja, nas palavras de Karl Engisch, “o tribunal tem

¹¹³ GUERRA, Marcelo Lima. Prova e Justificação da Convicção Judicial sobre Fatos Relevantes. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). A Prova em Questões Tributárias. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 360-429.

¹¹⁴ JAMES JR, Fleming; HAZARD JR, Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. 5. ed. New York: Foundation Press, 2001, p. 416-417.

de resolver o litígio, muito embora não possa resolver a dúvida”¹¹⁵. Esse entendimento foi consolidado na jurisprudência americana, em precedente que influenciou a atividade jurisdicional a satisfazer-se com a preponderância de evidência/prova (*preponderance of evidence*)¹¹⁶.

Naturalmente, há situações diversas em que a prova deve ser mais ou menos exigentes para formar o convencimento do magistrado sobre determinado fato, por isso a importância de diferenciar o *standard probatório* em um grau médio, abaixo de outros conhecidos na doutrina americana, como o da prova além da dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*) e o da prova clara, precisa e inequívoca (*clear, precise and undoubtable*), no sentido de levar o magistrado a entender as alegações como muito mais prováveis que não (*much more likely than not*)¹¹⁷.

Isso posto, podemos ver que a noção de *standard probatório* pode ser bastante salutar à tutela jurisdicional no Brasil, sobretudo, mas não apenas nos casos das tutelas de urgência, pois também representa importante ferramenta para combater os problemas pós-modernos sobre a verdade. É bem verdade que essa questão é em demasia extensa e complexa para ser abordada no presente estudo.

Logo, tomamos por suficiente, no presente momento, o pensamento de se reconhecer a contextualidade da verdade, ou seja, que a verdade é relativizada a depender da situação. Assim, o ideal de “verdade absoluta” será uma meta extrema que guiará a instrução probatória, por meio da racionalidade e fundamentação das decisões judiciais, almejando a afastar, na maior medida possível, dos processos judiciais a incerteza que lhe é peculiar¹¹⁸.

Diante dessas possibilidades, é possível uma proposta que melhore a já consagrada teoria da livre apreciação da prova, por meio de critérios racionais e controláveis de valoração, haja vista a liberdade de apreciação não poder ser confundida com apreciação arbitrária¹¹⁹.

¹¹⁵ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 103.

¹¹⁶ Cf. *Grogan v. Garner*. 498 U.S. 279 (1991). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-1149.ZO.html>. Acesso em 01/05/2014.

¹¹⁷ CLERMONT, Kevin. *Procedure's magical number three: psychological bases for standards of decision*. Cornell Law Review, v. 72, 1987, p. 1.119-1.120.

¹¹⁸ TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici: Nozioni Generali*. Milano: Giuffrè, 1992.

¹¹⁹ COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e Standards de Prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). 40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 356-380.

Mirjan Damaska afirma que há dois fundamentos principais para a adoção do princípio do livre convencimento: aquele que a prova deve ser analisada em um contexto próprio, com a devida autonomia para avaliação do órgão julgador, sem o engessamento de regras pré-determinadas; e o fato de a eliminação por completo da prova tarifada era tida por uma decisão política mais democrática¹²⁰.

Critica-se esses argumentos, não para negar o caráter contextual que a prova possui, variando de processo para processo; mas para acabar com o tudo ou nada referente à adoção de um ou outro sistema de apreciação de provas.

Sobre a primeira linha de argumentação, aparentemente influenciado por Taruffo, pondera Guilherme Recena Costa¹²¹:

Do ponto de vista epistemológico, no entanto, esta opção é antes uma resignação diante da falta de uma alternativa melhor (*faute de mieux*) do que uma solução que se impõe pelos seus próprios méritos. Acaso se entendesse possível elaborar um método seguro de valoração objetiva da prova, este teria sido certamente preferível, e não poderia ser descartado.

Michele Taruffo criticou a maneira que se conforma o sistema do livre convencimento hoje em dia, dizendo se tratar apenas de uma negação total a algum peso que pode ser atribuído às provas e ao vínculo entre determinada modalidade de prova e certa quantidade de força probatória, deixando o órgão julgador com o poder de, discricionariamente, atribuir essa força normativa, de uma maneira que é rechaçada qualquer possibilidade de tarifação legal da prova, mas que não é suprida de nenhuma forma pelo sistema¹²².

Entretanto alerta Marcelo Lima Guerra, acerca da dificuldade de se colocar em prática as ideias expostas¹²³.

¹²⁰ DAMASKA, Mirjan. *Free Proof and its Detractors*. American Journal of Comparative Law, v. 43, 1995, p. 344.

¹²¹ COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e Standards de Prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). 40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 362.

¹²² TARUFFO, Michele. *Rethinking Standards of Proof*. American Journal of Comparative Law, v. 51, 2003, p. 659-677.

¹²³ GUERRA, Marcelo Lima. Prova e Justificação da Convicção Judicial sobre Fatos Relevantes. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). A Prova em Questões Tributárias. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 360-429.

Porém, a trivialidade da solução não significa que a determinação do standard probatório “ideal” seja, igualmente, uma questão trivial. Ora, tendo em vista a mencionada dificuldade em mensurar, de forma rigorosa e objetiva, a fixação do *standard* probatório revela-se um dos mais graves problemas relacionados à fundamentação das decisões judiciais.

Para melhor explicar o problema, desenvolve o autor sobre a importância de compreensão do caráter normativo da noção de *standard* probatório, independente da natureza da norma imposta, ou seja, não se verifica o *standard* probatório em uma situação concreta. Frente a uma pluralidade de graus de exigência, conforme já expomos, da justificação, a definição de um desses graus é uma opção do legislador que pode, naturalmente, optar por um grau, dentre vários *standards* probatórios possíveis, que guiará a justificação, mas não a descreverá de forma prática¹²⁴.

Muito bem leciona o autor quando diz que o *standard* é uma definição fundamental para a própria consecução do direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais, sendo a sua determinação o próprio alcance desta norma¹²⁵.

Pense-se, por exemplo, na existência de dois *standards* distintos SP1 e SP2. Acolhendo-se SP1 uma dada decisão D qualifica-se como justificada, ou seja, como tendo sido cumprida pelo juiz a norma constitucional impositiva do dever de fundamentação. Acolhendo-se SP2 a mesma decisão D não se qualificaria como atendendo a esta norma.

Com o exemplo transcrito, Marcelo Guerra visa a demonstrar que o *standard* probatório é componente imprescindível do próprio conceito de convencimento judicial fundamentado acerca dos fatos, visto que a fixação de um *standard* é uma questão eminentemente normativa, a qual faz parte do próprio

¹²⁴ Idem, ibidem.

¹²⁵ Idem, ibidem.

princípio constitucional (art. 93, IX) que determina a fundamentação das decisões judiciais¹²⁶.

Retomando o que foi levantado no início do trabalho, quando abordado o Modelo Constitucional de Processo e a sua influência sobre o legislador infraconstitucional, deve-se concluir que a norma constitucional que comanda o dever de fundamentar as decisões judiciais deve conduzir o legislador a criar formas de se concretizar esse direito fundamental. Não sendo a norma capaz de definir qual o *standard* probatório, ela tem um efeito jurídico, dado a sua natureza hierárquica, de exigir algum *standard*. Em se adotando esse padrão probatório, teríamos, então, um mecanismo de controle da fundamentação da decisão judicial, pois, diante do parâmetro, verificaríamos se foi ou não a decisão judicial devidamente motivada.

Diante desses ensinamentos, é forçoso concluir que o estabelecimento de um *standard* devido é, pois, relativo à própria construção da norma, conforme determina a observação da ideia do esquema em branco que é o Modelo Constitucional de Processo¹²⁷.

Na mesma esteira, posiciona-se Luis Fernando Schuartz, ao defender que o *standard* probatório como uma imposição em termos probabilísticos, sendo “uma probabilidade mínima de que uma proposição seja verdadeira para que possa ser tratada como juridicamente provada”, é uma ótima estratégia na busca de objetividade e melhores parâmetros para a fundamentação judicial¹²⁸.

Apesar das experiências estrangeiras e desse bom olhar de alguns doutrinadores pátrios, no Brasil, ainda não existe imposição de um *standard* probatório para servir de parâmetro para o processo judicial, em qualquer de suas formas.

Marcelo Guerra continua a advertência já levantada, esclarecendo a impossibilidade dessa fixação, “ao menos de forma *rigorosa e objetiva*, tendo em vista que a *mensuração objetiva e rigorosa de força probatória* – da qual depende a

¹²⁶ Idem, ibidem.

¹²⁷ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: Corso di lezioni*. Torino: Giapichelli, 1990. p. 15.

¹²⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Interdisciplinaridade e Adjudicação: Caminhos e Descaminhos da Ciência do Direito. Rio de Janeiro: Texto disponibilizado pelo autor em sua página pessoal, 2009.

*fixação do standard probatório – ainda não se revelou algo factível*¹²⁹. Compreende-se, assim, em toda a sua extensão, a gravidade do problema.

Para o enfrentamento sério dessa questão, é necessário estudo aprofundado, não sendo possível, nesse presente momento, tecer maiores comentários em busca da solução. No entanto, reproduzir-se-á dois levantamentos feitos pelo professor Guerra, acerca dos *standards probatórios* e sua imposição no direito brasileiro¹³⁰:

- a) Na ausência de imposição legal, a quem cabe fixar o standard probatório? Está o juiz livre para adotar o patamar que lhe parecer conveniente, ou é possível extrair, do modelo constitucional de processo civil, elementos para uma estipulação com base constitucional deste patamar mínimo de justificação?
- b) No caso do legislador ter fixado, pontualmente, um standard probatório, a sua escolha pode ser criticada à luz da Constituição?

Temos então, como assevera o autor ao levantar essas duas relevantes perguntas, dois questionamentos que visam a descobrir, sob dois prismas diversos, como se relacionam as normas constitucionais do modelo constitucional de processo e os patamares probatórios aqui abordados, ao passo de tentar encontrar algum mecanismo constitucional que fixe esses *standards probatórios*, mesmo que de forma implícita, por meio de valores outros, também consagrados no ordenamento jurídico, quanto ao padrão mínimo de justificação bastante para o aceite como verdadeira a alegação da parte¹³¹.

Não foram muitos os autores brasileiros que se debruçaram, apesar de ter respostas suficientes para perguntas que envolvam provas, como “o que é prova?”; “o que se prova”; “como se prova?”...; sobre a questão “quanta prova é suficiente para se provar?”. Apenas poucos juristas já teceram comentários acerca do assunto, que parece ser útil para melhorar a atividade jurisdicional do Estado, não apenas

¹²⁹ GUERRA, Marcelo Lima. Prova e Justificação da Convicção Judicial sobre Fatos Relevantes. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). A Prova em Questões Tributárias. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 360-429.

¹³⁰ Idem, ibidem.

¹³¹ Idem, ibidem.

nas tutelas de urgência, em que se verifica o *fumus boni juris* como um verdadeiro *standard probatório*; mas na teoria da prova de uma maneira geral.

E, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode ignorar a possibilidade de instituição de determinados *standards*, em virtude de serem elementos que vão ajudar os órgãos julgadores a cumprir os mandamentos constitucionais direcionados ao processo com melhor fundamentação.

Inclusive, apesar de pouco ventilada no Brasil, já existem, ainda que timidamente, julgados já apresentando essa tendência, como se pode ver nesses processos de relatorias dos doutores Umberto Guaspari Sudbrack, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e Paulo Henrique dos Santos Lucon, Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo¹³²⁻¹³³.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO.
EMBARGOS À EXECUÇÃO. A decretação da revelia, nos termos do art. 319 do CPC, induz presunção relativa de veracidade das alegações contidas na inicial. A ausência de contestação, por parte da ré, não obsta ao Juiz, destinatário da prova, valorar livremente os elementos constantes nos autos. Subsiste, para os autores, mesmo em tal hipótese, o dever de atendimento ao "standard" probatório mínimo a embasar a sua pretensão, a teor do art. 333, I, do CPC. Ausência de impugnação ao embargos que não configura revelia,...

RECURSOS CRIMINAIS. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA REJEITADAS. PROVA ADVINDA DE OUTROS PROCESSOS ADMITIDA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. INCIDÊNCIA EM RAZÃO DE FARTA PROVA. CRIME FORMAL. ART. 302 DO CÓDIGO ELEITORAL. DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE PROVAS DO FIM ESPECÍFICO DO TIPO DE ANGARIAR VOTOS. VALORAÇÃO DE PROVA INDICIÁRIA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DA R. SENTENÇA NA PENA RELACIONADA COM O ART. 299 DO CE. REFORMA DA

¹³² TJRS - AC: 70047541297/RS, Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Data de Julgamento: 08/11/2012. Décima Segunda Câmara Cível. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/11/2012.

¹³³ TRE-SP - RECC: 2035 SP, Relator: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON. Data de Julgamento: 06/10/2009. Data de Publicação: DOE - Diário Oficial do Estado, Data 15/10/2009, p. 9.

DECISÃO NO QUE DIZ RESPEITO AO ART. 302 DO CE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ADMISSIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚM. 171/STJ. CONDIÇÃO ECONÔMICA FAVORÁVEL DOS RÉUS. VALOR PROPORCIONAL E ADEQUADO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO EM RAZÃO DA ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO ART. 302. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. PREScriÇÃO RECONHECIDA COM RELAÇÃO A CONSTANTINO ANTONIO FROLINI (ART. 65, INCISO I; 107, INCISO IV E 115 DO CÓDIGO PENAL).

1. HAVENDO MENÇÃO EXPRESSA À DECISÃO ANTERIOR, NA QUAL SE REJEITOU A PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, A FUNDAMENTAÇÃO É SUFICIENTE. DENÚNCIA REGULAR. PRELIMINARES REJEITADAS.
2. É ADMISSÍVEL A PROVA COLHIDA EM OUTROS PROCESSOS QUANDO A PARTE NO PROCESSO "AD QUEM" TAMBÉM FOI PARTE NO PROCESSO DE ORIGEM, RESSALVADAS INFORMAÇÕES PRIVILEGIADAS OU VINCULADAS A UMA FINALIDADE ESPECÍFICA, LIMITAÇÃO QUE NÃO SEVERIFICA NO CASO. ADEMAIS, A VALORAÇÃO É FEITA DE ACORDO COM OS OUTROS ELEMENTOS DOS AUTOS. PROVA ADMITIDA.
3. O CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL É CRIME FORMAL, DISPENSANDO A PROVA DO RESULTADO, SENDO IMPERTINENTE A INVOCAÇÃO DO ART. 13 DO CÓDIGO PENAL.
4. O CRIME DE CONCENTRAÇÃO DE ELETORES NO DIA DA ELEIÇÃO (ART. 302 DO CÓDIGO ELEITORAL) EXIGE, NECESSARIAMENTE, O DOLO ESPECÍFICO CONSISTENTE EM INVIAZILAR, CAUSAR EMBARAÇO OU FRAUDAR O EXERCÍCIO DO VOTO, O QUE NÃO SE VERIFICA NO CASO. 5. EMBORA POSSÍVEL A CONDENAÇÃO CRIMINAL COM BASE TÃO-SOMENTE EM PROVA INDICIÁRIA, ESTA EXIGE MAiores CAUTELAS POR PARTE DO MAGISTRADO E A ADOÇÃO DE UM MODELO DE CONSTATAÇÃO ("STANDARD" PROBATÓRIO) MAIS RIGOROSO.

Essa, contudo, não nos parece a aplicação perfeita dos institutos aqui defendidos. Não obstante o gabarito e excelência na fundamentação e formação dos magistrados relatores das decisões aqui estudadas, haja vista não se tratar esse problema, tão somente, de uma necessidade de exposição de motivos na

fundamentação do padrão probatório que foi usado pelo juiz no caso. Apesar de essa postura na fundamentação ser digna de encômios, sobretudo para a otimização dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e da motivação das decisões judiciais, não constitui, ainda, a maneira ideal de aplicação das noções de *standards* probatórios.

Essa postura dos relatores encontra fundamento na doutrina brasileira, na obra de Danilo Knijnik, que defende uma reclamação de demonstração do *standard*, ou, conforme a terminologia do autor, “modelo de constatação”, tomado pelo juiz na fundamentação do seu ato, para a posterior submissão de seus argumentos à possibilidade de correção na via recursal, objetivando, dessa maneira, a máxima efetividade do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição¹³⁴.

Todavia, a liberdade de o juiz ser livre para determinar o *standard* probatório a ser utilizado não representa, de fato, uma mudança de paradigma, pois se enquadra ainda no sistema do livre convencimento motivado, sem qualquer tarifação probatória, ou seja, ainda não houve a delimitação necessária, imposta pelo Modelo Constitucional de Processo, que possibilite ao juiz elementos para valorar a prova de uma maneira mais objetiva e racional.

Nas palavras de Marcelo Guerra, “o *standard* adotado deve ser *justificado* à luz do ordenamento jurídico, portanto, há sempre de ser fixado, à luz do ordenamento jurídico, como *elemento* deste ordenamento”¹³⁵.

Assim, incorre no mesmo problema a instituição de um *standard* pelo magistrado, assim como incorreu a doutrina ao afirmar que era mais rigoroso o pressuposto para a concessão da tutela de urgência com vistas a antecipar os efeitos da decisão definitiva. Há, portanto, a necessidade de fixar previamente, para este trabalho, a resposta à questão “com quanto se prova?” em diploma legal e que essa resposta seja no sentido de que esse patamar leve o magistrado à concessão das medidas de urgência quando entender as alegações “muito mais prováveis que não”, a fim de garantir ao magistrado elementos para fundamentar a decisão que irá conceder ou não a medida urgente em questão, garantindo, dessa forma, maior

¹³⁴ KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹³⁵ GUERRA, Marcelo Lima. Prova e Justificação da Convicção Judicial sobre Fatos Relevantes. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). A Prova em Questões Tributárias. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 360-429.

segurança jurídica e observância aos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

7. CONCLUSÃO

A ambição deste trabalho foi, primeiramente, fazer uma exposição das doutrinas, sobretudo brasileiras, sobre a cognição do direito ameaçado nas tutelas de urgência, principalmente dos pressupostos do *fumus boni juris* e da prova inequívoca da verossimilhança das alegações, sob o prisma das ideias do Modelo Constitucional de Processo.

Considerando sempre a força normativa da Constituição, nos pareceu mais adequado à tutela dos direitos ali consagrados, bem como à própria função que se dá hoje ao processo, compreender a natureza cautelar das tutelas antecipatórias que se fundam no inciso I do art. 273, ou seja, daquelas que possibilitam medidas antecipatórias satisfativas de fato com intuito de proteger o direito em juízo de lesão grave ou de difícil reparação.

Ademais, entender desta forma, além de realizar de maneira mais eficaz os direitos fundamentais, é melhor instrumento para proteger direitos ameaçados, tendo em vista garantir maior proteção com a não diferenciação entre a fumaça do bom direito e a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, mesmo as causas nas quais a probabilidade oferecida à cognição do magistrado não seja tão alta, o que não é possível ao se compreender a cognição para antecipar a tutela como mais rigorosa e exigente, conforme lições dos vários autores pertencentes à linha de doutrina majoritária acerca do assunto.

Além disso, restou justificado que o entendimento majoritário não apresenta conceitos sólidos para sustentar a diferença por eles proposta, não havendo, na vasta doutrina aqui mencionada, sequer uma definição de prova inequívoca da verossimilhança das alegações, ou qualquer outro elemento que fundamente a tese de que a cognição para que se antecipe a tutela deva ser mais rigorosa e exigente que aquela necessária para a concessão de medida cautelar.

Inclusive, tendo em vista os ensinamentos de teoria do direito – mais especificamente na subárea de teoria da norma – pudemos observar que não é congruente com o Modelo Constitucional de Processo inicialmente exposto tratar o *fumus boni juris* ou a prova inequívoca na qualidade de pressupostos legais, já que,

diferentemente do *periculum in mora*, não são fatos cuja ocorrência condiciona a incidência de uma norma jurídica.

Por fim, diante dessa classificação insatisfatória, buscou-se trazer as ideias de *standard* probatório, muito reconhecido no direito americano, onde se buscou material para o estudo comparado, para o âmbito das tutelas de urgência. Vimos que, não obstante a dificuldade de implementação dos *standards*, estes podem representar importantes elementos para a consecução do direito fundamental de fundamentação das decisões judiciais, pois vão permitir ao juiz um parâmetro à sua atividade cognitiva, até então inexistente, além de reforçarem os argumentos já levantados nos capítulos anteriores ao derradeiro, no sentido de que não se deve conceber uma cognição mais rigorosa às hipóteses de antecipação de tutela fundadas no perigo da demora.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil**. 3º volume. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1942.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: Corso di lezioni. Torino: Giapichelli, 1990.
- ÁVILA, Humberto. **O que é “Devido Processo Legal”?** In: DIDIER JR, Freddie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: Tutela Antecipada e Tutela Cautelar. v. 4. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **O Modelo Constitucional do Direito Processual Civil**: um paradigma necessário de estudo do Direito Processual Civil e algumas de suas implicações. Revista de Processo, v. 161, p. 261-270, 2008. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>. Acesso em 21/03/2014.
- _____. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. III. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo Malheiros, 2010.
- CLERMONT, Kevin. **Procedure's magical number three: psychological bases for standards of decision**. Cornell Law Review, v. 72, 1987.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas Preventivas – Medidas Preparatórias – Medidas de Conservação**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953.

COSTA, Guilherme Recena. **Livre Convencimento e Standards de Prova.** In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flavio Luiz (Org.). 40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 356-380.

DAMASKA, Mirjan. **Free Proof and its Detractors.** American Journal of Comparative Law, v. 43, 1995, p. 344.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 1. 13^a ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 2. 6^a ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil.** 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico.** 6^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

ESTADO DO CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Agravo de Instrumento 1813174200680600000,** Relator: Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, 2^a Câmara Cível, Data de Publicação: DJe 23/09/2013.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70047541297/RS,** Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, 12^a Câmara Cível, Data de Julgamento: 08/11/2012. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/11/2012.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares.** In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Ensaios de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 187-199.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di Diritto Processuale.** 8^a ed. Padova: Cedam, 1996.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 4. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil.** v. II. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 327.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil.** v. II. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela Jurisdicional Diferenciada:** a Antecipação e sua Estabilização. Revista de Processo, n. 121, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Estudos sobre o processo cautelar.** São Paulo: Malheiros, 1995,

_____. **Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX).** In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Org.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 517-541.

_____. **Tutela de urgência no direito brasileiro.** Fortaleza: obra cedida pelo autor, 2007.

_____. **Processo, Urgência e Incerteza.** Fortaleza: obra cedida pelo autor, 2014.

_____. **Prova e Justificação da Convicção Judicial sobre Fatos Relevantes.** In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). A Prova em Questões Tributárias. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 360-429.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito.** Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JAMES JR, Fleming; HAZARD JR, Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. **Civil Procedure.** 5. ed. New York: Foundation Press, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução por João Baptista Machado. 8^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KINGDOM OF ENGLAND. **Magna Carta.** 1215. Disponível em <http://www.magnacartaplus.org/magnacarta/latin.html>. Acesso em 21/03/2014.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro.** 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário.** 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A Reforma do Processo Civil Interpretada.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC.** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 216-219.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. **Curso de Processo Civil.** v. 2. 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Curso de Processo Civil.** v. 4. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil:** comentado artigo por artigo. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1976.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Processo Civil Moderno.** v. 4. 3^a ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela:** Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. 1^a ed. E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito.** In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Antecipação dos efeitos da tutela:** algumas questões controvertidas. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Org.). Doutrinas Essenciais Processo Civil: Tutela de Urgência e Procedimentos Especiais. Volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Notas sobre o problema da efetividade do processo.** In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual civil: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JR, Nelson. **Atualidades sobre o Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Código de Processo Civil Comentado.** 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do Contradictório.** Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. v. 5, nº 29. maio/jun, 2004, p. 73-85. Disponível em

<http://pt.scribd.com/doc/72100611/Artigo-O-princípio-do-contraditorio-Dierle-Nunes>. Acesso em 01/04/2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória**. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Org.). Doutrinas Essenciais Processo Civil: Tutela de Urgência e Procedimentos Especiais. Volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. **Lei nº 8.952/94**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm. Acesso em 21/03/2014.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.025 de 2005**. Código de Processo Civil.

_____. **Código de Processo Civil** (1973). Lei nº 5.869/73. Brasília, DF, Senado, 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23/03/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, **RE 464.963/GO**, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Data de Publicação: DJ em 30/06/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **MC: 14600/MG** 2008/0175307-5, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 12/05/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/06/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 876528/RS**, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/11/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 131853/SC** 1997/0033443-0, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 05/12/1997, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08/02/1999.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo - **RECC 2035/SP**, Relator: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Data de Julgamento: 06/10/2009, Data de Publicação: DOE - Diário Oficial do Estado 15/10/2009, p. 9.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Salamanca: Alianza, 1992.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Interdisciplinaridade e Adjudicação**: Caminhos e Descaminhos da Ciência do Direito. Rio de Janeiro: Texto disponibilizado pelo autor em sua página pessoal, 2009.

SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. **A Antecipação da Tutela nos Processos Declaratórios**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

SILVA. Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil.** v. 2: Processo Cautelar (Tutela de Urgência). 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici: Nozioni Generali*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. *Rethinking Standards of Proof*. American Journal of Comparative Law, v. 51, 2003, p. 659-677.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. II. 47^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Processo Cautelar.** 24^a ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito. 2008.

_____. **Tutela Antecipada – Evolução – Visão Comparatista – Direito Brasileiro e Direito Europeu.** In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). *Bases Científicas para um renovado Direito Processual*. Volume 1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Grogan v. Garner*. 498 U.S. 279 (1991). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-1149.ZO.html>. Acesso em 01/05/2014.

_____. United States Supreme Court. *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). Disponível em <<http://www.openjurist.org/198/us/45>>. Acesso em 21/03/2014.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Do Processo Cautelar.** São Paulo: Dialética, 2014.

WAMBIER, Luiz R.; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** v. 1. 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Tutela Antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

_____. **Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais.** In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Medidas cautelares e medidas antecipatórias:** técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, n. 82, 1997.