



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Bruno Vinícius Da Rós Bodart da Costa

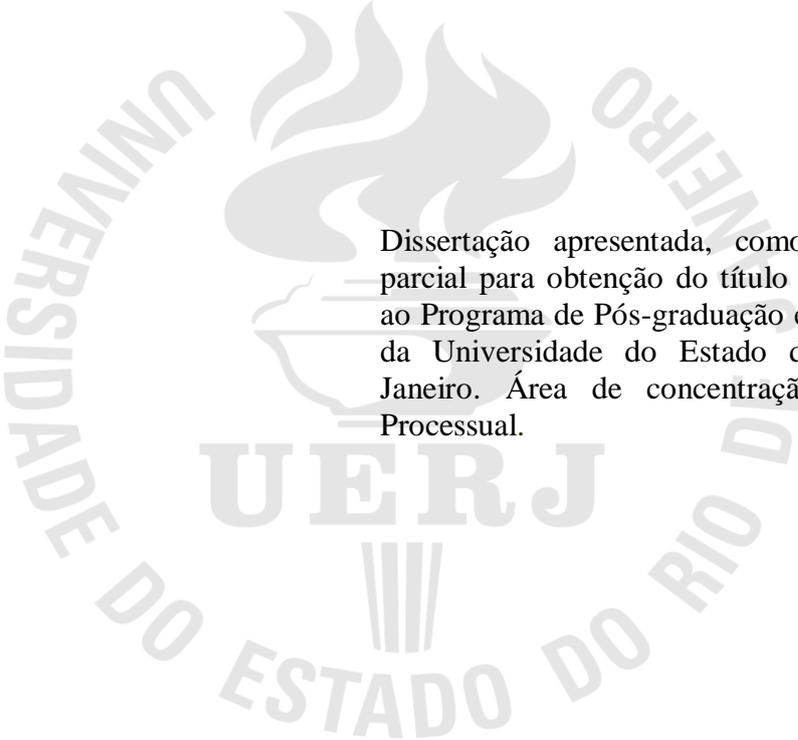
**Tutela de evidência – a análise econômica do Direito Processual de
riscos**

Rio de Janeiro

2012

Bruno Vinícius Da Rós Bodart da Costa

Tutela de evidência – a análise econômica do Direito Processual de riscos



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fux

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C837 Costa, Bruno Vinícius Da Rós Bodart da.

Tutela de evidência - a análise econômica do Direito Processual de riscos /
Bruno Vinícius Da Rós Bodart da Costa. - 2012.
165 f.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fux.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito processual- Teses. 2. Tutela - Teses. 3. Processo civil- Teses. I.
Fux, Luiz. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de
Direito. III. Título.

CDU 347.9

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Bruno Vinícius Da Rós Bodart da Costa

Tutela de evidência – a análise econômica do Direito Processual de riscos

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Fux (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro

Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

À minha noiva, Lívila, por ocasião do nosso casamento, em homenagem ao amor puro e eterno que consolida as bases da nossa união.

À minha mãe, Rosemar, cujo imenso amor materno jamais serei capaz de retribuir à altura, com os votos de que seu coração compreenda que para mim não há felicidade maior que vê-la feliz.

À memória de Aldenira Bodart, que nos enche de saudades por cada instante de ausência física, com a inexplicável dor de não poder entregar-lhe um exemplar desta obra com a dedicatória merecida.

AGRADECIMENTOS

Um mestre não se faz apenas de livros. A nobre missão de ensinar é inspirada por ideais que resultam do conjunto de experiências vividas pelo professor. Educar é construir o futuro, no qual buscamos reproduzir todos os bons exemplos que marcaram nossa trajetória.

Por isso, agradeço em primeiro lugar aos que me inspiraram com seu amor, cada qual de sua forma peculiar, auxiliando-me a consertar meus defeitos, a aprimorar minhas virtudes e a ser, um dia após o outro, uma pessoa melhor. Agradeço à minha mãe, Rosemar, pela dedicação de toda uma vida, que espero recompensar com conquistas que a orgulhem em razão proporcional à imensidão do sentimento que nos une. Essa união independe das distâncias: meu nome está escrito dentro de ti, assim como o seu em meu coração. Agradeço à minha noiva, Lívila, por receber-me como seu esposo, compartilhando comigo das alegrias e das agruras do cotidiano. Seu amor, genuíno e suave, é tão essencial que já nem sei o que é ser sem tê-la. Em um desses arroubos poéticos que acometem os apaixonados, escrevi para ela, em versos singelos: *“O seu carinho, mais que um gesto de união / É brisa leve em oceano de emoção / No qual me perco e me encontro ao navegar”*. Agradeço à minha querida família, por cada conselho, cada gesto de apoio, cada desejo de sucesso. O caráter multitudinário da árvore genealógica a que pertencço me impede de citar nominalmente cada parente estimado. Contudo, registro algumas homenagens especiais. Agradeço à minha tia Aldenira, que me amou como a um filho e, de onde estiver, certamente torce pela minha felicidade. A sua falta deixa em nossas vidas um vazio insuperável, que buscamos preencher com a força de Deus e o apoio daqueles que amamos. Por vezes, as lágrimas escorrem quando penso que não pudemos nos despedir, mas logo lembro que, se eu pudesse, jamais o faria. Melhor guardar como lembrança a sua voz ao telefone, garantindo que estaria na primeira fileira em meu casamento. Agradeço ao meu pequeno primo Leonardo, que já tenho como exemplo de superação, apesar da pouca idade. Em dois anos de vida, venceu desafios duros para qualquer gente grande, com a ternura peculiar a uma criança. Agradeço, ainda, à minha tia Valéria, que faz jus à sua condição de madrinha, presente e atenciosa. Espero ter satisfeito o seu confessado desejo de ser homenageada em minha dissertação de mestrado.

Em seguida, agradeço aos que inspiraram minha vocação acadêmica e profissional. Agradeço, de proêmio, ao Ministro e Professor Luiz Fux. Inigualável conselheiro nos momentos difíceis e companhia inestimável nos momentos de júbilo, o Ministro Fux é, certamente, minha maior influência em termos de jurista e de ser humano. Ensinou-me, no campo do Direito, a proceder sempre com coragem, justiça e independência; na vida, recomendou-me a prática do bem de forma incondicional, evitando guardar mágoas e ressentimentos, assim como a prioridade dos ideais sobre as coisas de valor econômico. Se todos os homens públicos seguissem o seu exemplo, teríamos um Brasil melhor; se os homens em geral cultivassem seus valores, teríamos um mundo muito melhor. Agradeço ao mestre Flávio Mirza, a quem devo o início da minha paixão pelo Direito Processual. Flávio incentiva a minha carreira desde que fui seu monitor de processo penal na graduação da UERJ e se tornou um dileto amigo. Agradeço à professora Teresa Wambier, cuja brilhante produção acadêmica sempre admirei, pela gentileza de participar da minha Banca Examinadora. Espero que o presente estudo esteja à altura do hercúleo trabalho desenvolvido pela prof.^a Teresa e pelo prof. Luiz Fux na elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Agradeço, por fim, aos que me auxiliaram nesta empreitada, com ideias, sugestões e pesquisas, mostrando, com isso, o valor da verdadeira amizade. Agradeço ao amigo Felipe Fonte, pela atenta e minuciosa leitura deste trabalho. Sua colaboração foi absolutamente essencial. Agradeço ao amigo Irapuã Santana, que perdeu nada menos que uma noite de sono revisando o texto. Agradeço ao amigo Felipe Derbli, que fez ótimas observações sobre o primeiro capítulo. Agradeço aos amigos Rodrigo Naumann, Eduardo Frazão e Eduardo Mendonça, que acreditaram na relevância do tema e me forneceram inúmeras fontes de pesquisa e linhas de argumentação. Agradeço aos amigos Valter Shuenquener, Gustavo Direito e Marcus Lívio, por todo o apoio nessa caminhada.

RESUMO

COSTA, Bruno Vinícius Da Rós Bodart da. *Tutela de evidência – a análise econômica do Direito Processual de riscos*. 2012. 165f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A presente obra é dedicada ao estudo dos novos mecanismos destinados a combater a morosidade do processo judicial, em especial a tutela de evidência. A pesquisa abrange a teoria da cognição, perpassando a função da verdade para o julgamento, analisando cada um dos graus de verossimilhança e a cognição de questões de direito. Em seguida, examinam-se os efeitos do tempo sobre o processo, objeto da dromologia processual. Considerando a mora como um fator de risco, são abordadas soluções teóricas para o seu adequado equacionamento, quando em confronto com o risco de erro judiciário. Um dos instrumentos para a gestão desses riscos, sempre presentes no curso processual, é a análise econômica do direito. Com vistas à formação de um prognóstico a respeito das chances de sucesso da tutela de evidência no Brasil, são explorados institutos correlatos no Direito Comparado, suas semelhanças e diferenças, bem como, sempre que possível, dados empíricos sobre os resultados obtidos nos respectivos países. Por fim, procede-se a uma análise crítica dos dispositivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil que versam sobre a tutela de evidência.

Palavras-chave: Tutela de evidência. Direito Processual. Processo Civil. Condenação com reserva de exceções. Provimentos decisórios sem acerto. *Référe*. Teoria da cognição. Verdade. Realismo. Idealismo. Dromologia. Direito Processual de riscos. Razoável duração do processo. Análise econômica do Direito. Tutela diferenciada. Projeto do novo Código de Processo Civil. Abuso do direito de defesa. Boa-fé processual.

ABSTRACT

COSTA, Bruno Vinícius Da Rós Bodart da. *Judging the evident: An economic analysis of civil procedure's risks*. 2012. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

In a dynamic society, time is surely a kind of wealth. This is still true when it comes to litigation. Especially in civil law countries, plaintiffs are only granted what they pursue in court after a long judicial procedure that comprises the defendant's hearing and the analysis of factual findings. However, it turns out that when the plaintiff proves his right at the very beginning of the trial, this time-consuming process is not only unfair to the plaintiff, but also inefficient to the Judiciary Branch as a whole. That's mainly a result of defendant's behaviors intended to protract the final resolution of the lawsuit, even when he knows that the other litigant's claim is right. In those cases, preliminary injunctions not always suffice given the strict, urgency-related requirements they usually entail. In an attempt to properly address the issue, the draft of the new Brazilian Civil Procedure Code has provided for a new sort of injunction ("tutela de evidência") meant to reasonably allocate the cost of time to each one of the parties. The underlining assumption is that in all judicial procedures there is a tradeoff between the risk of judgment error (due to the lack of information) and the risk of delaying justice (due to the time extent). Drawing on Law and Economics' premises, this work sets forth some guidelines as to how to manage those risks fairly and efficiently.

Keywords: Judging the evident. Civil procedure. Risk management. Law and economics. Preliminary injunction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. TEORIA DA COGNIÇÃO JUDICIAL	13
1.1 O método da cognição processual: as lacunas e o julgador	13
1.2 Gnosiologia processual: verdade, filosofia e processo	16
1.3 Verdade vs. certeza	23
1.4 Os graus de verossimilhança	29
1.5 O juízo de possibilidade – cognição superficial	31
1.6 O juízo de probabilidade – cognição sumária	37
1.7 O juízo de certeza – cognição exauriente	43
1.8 Cognição plena e limitada	49
1.9 A cognição e as questões de direito	53
2 DIREITO PROCESSUAL DE RISCOS	62
2.1 Dromologia processual	62
2.2 Velocidade e justiça: uma análise econômica do Direito Processual	67
3 TUTELA DIFERENCIADA E TUTELA DE EVIDÊNCIA	80
3.1 Satisfatividade vs. coisa julgada: as novas modalidades de tutela no processo civil moderno	80
3.2 Tutelas diferenciadas	83
3.3 Os títulos executivos extrajudiciais	85
3.4 A técnica monitória	87
3.5 A condenação com reserva de exceções	92
3.6 O provimento decisório sem acerto	96
4 TUTELA DE EVIDÊNCIA	102
4.1 O projeto de Código de Processo Civil	102
4.2 Tutela de evidência sancionadora da má-fé processual	106
4.3 A tutela de pedidos incontroversos: tutela de evidência?	112
4.4 Tutela de evidência baseada em prova documental	117
4.5 Tutela de evidência decorrente de controvérsia estritamente jurídica	120
4.6 Tutela de evidência em favor do depositante	123
4.7 Tutela de evidência em procedimento autônomo	129
4.8 Tutela de evidência recursal	136

4.9 Tutela de evidência de ofício?.....	138
4.10 Tutela de evidência <i>pro reo</i> ?	141
CONCLUSÕES	143
REFERÊNCIAS	149
ANEXO	159

INTRODUÇÃO

O processo civil, no Brasil e no estrangeiro, vem experimentando, há décadas, uma peculiar transição. Observa-se o desaparecimento paulatino dos autores que se preocupam com classificações e conceituações de interesse meramente acadêmico, com o intuito, nem sempre expresso, de reafirmar a utilidade do Direito Processual como ramo jurídico autônomo. Na quadra vivida, os processualistas se debruçam sobre problemas empíricos, firmes no propósito de elencar soluções para o que se convencionou chamar de crise da justiça civil.

Uma das soluções aventadas constitui objeto do presente trabalho. Cuida-se da tutela de evidência, contemplada no projeto do novo Código de Processo Civil, ainda em curso no Congresso Nacional. A preocupação é inequívoca: contornar os diversos inconvenientes gerados pela demora do processo judicial, a essa altura já qualificada como patológica. Sua missão é conceder ao autor o imediato acesso ao bem da vida que pretende, com vistas ao alcance de determinados objetivos que serão mais bem definidos ao longo deste estudo.

O primeiro capítulo é dedicado à teoria da cognição. Sua finalidade é, de um lado, identificar se é legítima a decisão judicial que tutela o direito do autor quando precedida de cognição não exauriente, mesmo que à míngua de situação de urgência, e, de outro, estabelecer algumas premissas teóricas que serão de extrema valia para a análise dos dispositivos do projeto do novo CPC, objeto do último capítulo. Destaca-se, neste trecho inicial, o esforço em demonstrar que o juízo de certeza é comumente sobrevalorizado, tendo em vista que sequer mediante cognição exauriente há garantia de eliminação dos riscos de erro judiciário. Se a afirmação é verdadeira, qual seria a melhor providência naquelas hipóteses em que, antes de o processo chegar ao seu termo final, revelam-se absolutamente remotas as chances de vitória do réu?

A resposta para a indagação é perseguida no segundo capítulo. Nele são exploradas as influências do tempo sobre o processo, tanto aquelas de cariz positivo como aquelas reputadas negativas. O estudo desses aspectos é o escopo da cognominada dromologia processual, de grande importância em época de valorização do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição). Aborda-se, ainda, o conceito de “riscos”, considerada a constante tensão que se observa,

no campo das decisões baseadas em cognição não exauriente, entre o risco de erro judiciário e o risco de morosidade na solução judicial. O correto equacionamento de tais riscos não pode prescindir do recurso à análise econômica do direito, nos termos descritos no tópico próprio.

O terceiro capítulo serve a múltiplos desideratos. Inicia por uma breve explanação sobre o declínio da concepção mistificada da coisa julgada, como exigência da sociedade moderna, baseada em relações dinâmicas. O surgimento de novas modalidades de tutela, denominadas “diferenciadas”, demandam do estudioso do Direito uma sistematização mínima. Sem a pretensão de esgotar o tema, foram selecionados mecanismos comumente utilizados no Direito Comparado para a tutela eficaz de direitos demonstrados com nitidez pelo interessado, de modo que o risco de erro judiciário se afigura bastante reduzido. Assim, procedeu-se à análise dos títulos executivos extrajudiciais, dos procedimentos monitórios, das técnicas de condenação com reserva de exceções, bem como dos provimentos decisórios sem acerto. Traçadas as semelhanças e diferenças, buscou-se, sempre que possível, consignar a opinião de juristas sobre os resultados obtidos com cada instituto na praxe judiciária dos países abordados. Tais informações são relevantes para vaticinar as chances de sucesso dos dispositivos que versam sobre a tutela de evidência no projeto de novo Código de Processo Civil.

O quarto capítulo é dedicado à minuciosa análise de todos os aspectos que envolvem a tutela de evidência no citado projeto: conceituação, hipóteses de cabimento, requisitos, momento processual, recursos cabíveis, possibilidade de concessão de ofício, problemas e possíveis soluções, dentre outros. As conclusões obtidas foram condensadas em uma proposta de redação dos artigos pertinentes para o novo Código de Processo Civil, localizada no anexo.

Espera-se que o presente trabalho contribua não apenas para a compreensão das peculiaridades do novo instituto, mas também para o desenvolvimento e difusão do pensamento instrumentalista entre os estudiosos da ciência processual, que rende tributos à efetividade do processo e repudia o formalismo burocrata ainda imperante. Defende-se que o processo seja estruturado para fazer justiça na maior parte dos casos, livre de tradições seculares e dogmas até então inquestionáveis, sempre que estiverem em descompasso com as necessidades sociais hodiernas. Valoriza-se o recurso a novas linhas teóricas, como a análise econômica, que podem fornecer frentes de pesquisa

inéditas para o desejado aprimoramento do processo civil brasileiro. Novas ideias para um novo Código.

1 TEORIA DA COGNIÇÃO JUDICIAL

1.1. O método da cognição processual: as lacunas e o julgador

Sendo este um trabalho destinado a buscar soluções para minimizar a demora na prestação jurisdicional, é necessário entender, de início, tudo aquilo que medeia o ajuizamento de uma demanda e a prolação de uma decisão final sobre a causa pelo Estado-juiz. Neste capítulo introdutório, serão fixadas as premissas necessárias ao desenvolvimento do presente trabalho, seguindo-se a lição segundo a qual o rigor terminológico evita desnecessários mal-entendidos e falsas controvérsias acadêmicas.

Michele Taruffo aponta a existência de três fatores necessários para a elaboração de uma decisão justa, a saber: (i) a correta identificação da *regula juris* aplicável à lide singular; (ii) o acerto “verdadeiro” dos fatos relevantes para a decisão; (iii) um procedimento jurisdicional que seja efetivamente justo e equo, no seu inteiro desenvolvimento, de modo a assegurar a plena e constante atuação das garantias de defesa e do contraditório.¹

Nesta senda, pode-se dizer que a decisão judicial tem duas matérias primas: os fatos e o direito objetivo. O processo pode ser tido como o instrumento de preparo, o qual pode ser responsável por arruinar o resultado final, ainda que os ingredientes sejam da mais alta qualidade.

Csaba Varga afirma que a produção de uma decisão segue um processo de dois níveis, onde os dois componentes devem ser claramente demarcados. Seriam, na verdade, dois processos de diferentes naturezas: o fato deve ser estabelecido e o direito deve ser aplicado. Consequentemente, o processo de formação de uma decisão judicial nada mais é do que a aplicação de *standard* normativo à realidade, como ela tiver sido reconstruída à base da cognição. É um processo complexo, composto de atos cognitivos e volitivos, baseando-se uns nos outros.²

O estudo desse processo é relevante, na medida em que somente através de sua análise é possível identificar os fatores que impedem que a jurisdição seja instantânea, prestada tão logo o Judiciário seja provocado pelo jurisdicionado.

¹ TARUFFO, Michele. Elementi per una teoria della decisione giusta. *In*: Sui confini – scritti della giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 219

² VARGA, Csaba. Theory of the Judicial Process – The Establishment of Facts. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1995. p. 17

Numa visão simplista, para chegar-se à decisão final em um processo judicial, o exercício realizado pelo aplicador do direito segue um passo-a-passo, a saber: analisar as alegações das partes, de fato e de direito; fixar os pontos fáticos e jurídicos que merecem solução; apreciar as provas produzidas a respeito das questões de fato; aplicar as presunções legais para solucionar as questões fáticas não esclarecidas pelas provas; interpretar o ordenamento positivo, para dele extrair a norma incidente no caso concreto; proferir a decisão. A estruturação da decisão judicial no direito ocidental, portanto, é essencialmente silogística, adotando a norma como *praemissa maior* e os fatos estabelecidos como *praemissa minor*.³

O caminho descrito não é retilíneo. Nenhum julgador está imune a dificuldades no percurso entre a demanda e a decisão final. Tais dificuldades têm variada origem: ora decorrem da impossibilidade humana de reconstruir a situação de fato ocorrida no passado; ora exsurtem da complicada tarefa de interpretar o sistema jurídico vigente, para aplicar o direito à espécie; ora se apresentam, ainda, no momento de adequar os fatos já reconstruídos no imaginário do juiz às normas já extraídas do ordenamento.

Esses problemas podem ser classificados, para fins didáticos, em três categorias, que não pretendem excluir outros inconvenientes no percurso do *judicial decision-making*. São elas: lacunas de conhecimento, lacunas de reconhecimento e lacunas normativas.

Diz-se que há uma lacuna de conhecimento (*gap of knowledge*) quando o julgador carece de dados e elementos empíricos sobre os acontecimentos relevantes para o desate da controvérsia. Aqui, as partes não se desincumbiram a contento do ônus de demonstrar ao juiz o direito que têm, a sua extensão, elementos, etc. Pode ser que a lacuna tenha decorrido de falha das partes, cujas alegações não foram suficientemente persuasivas, ou não restaram devidamente demonstradas. Todavia, ela pode resultar também da impossibilidade prática de provar o alegado antes que o juiz decida, o que ocorre naquelas hipóteses em que a prova é diabólica para uma ou ambas as partes, e nos casos em que a necessidade de salvaguardar o direito é tão urgente que não pode aguardar a produção do meio de prova mais adequado.

Se o sujeito encarregado de decidir tem convicção formada acerca dos fatos da causa, mas tem como incerta a sua adequação a tal ou qual norma jurídica, depara-se

³ VARGA, Csaba. *Op. cit.* p. 18

com uma lacuna de reconhecimento (*gap of recognition*). Por fim, pode ser que o aplicador do direito não consiga encontrar uma norma diretamente aplicável ao caso, caso em que se diz existir uma lacuna normativa (*normative gap*).⁴

A rigor, tanto a lacuna de reconhecimento quanto a lacuna normativa são problemas estritamente jurídicos. Em ambos os casos, o problema diz respeito à interpretação do direito positivo, cuja complexidade torna árdua a tarefa de extrair o “dever ser” para o problema que se quer solucionar. A diferença é que, na primeira hipótese, o aplicador encontra mais de uma norma teoricamente aplicável ao caso concreto, enquanto na segunda, a princípio, não encontra qualquer norma adequada à situação.

Nesses casos difíceis, onde a solução de direito é que se afigura obscura, a doutrina tem refutado a existência de verdadeira lacuna no sistema jurídico. Se a visão positivista afirmava que o juiz deveria, em tais situações, criar o direito aplicável, hoje, majoritariamente, entende-se que o ordenamento é capaz de fornecer sempre uma resposta adequada para todos os problemas jurídicos⁵, máxime em virtude do aprimoramento da teoria dos princípios.⁶ Aos métodos tradicionais de interpretação (gramatical, histórica, sistemática e teleológica) e de solução de conflito aparente de normas (especialidade, hierarquia, cronologia), somam-se novos mecanismos de vinculação do juiz ao direito objetivo, como a interpretação conforme à Constituição, a proporcionalidade, dentre outros. Voltaremos ao tema adiante, quando da análise do princípio *iura novit curia*.

A lacuna de conhecimento tem pertinência com a cognição das questões de fato. O processo judicial, como instrumento essencialmente voltado à reconstrução de fatos já ocorridos, nem sempre logra êxito nessa tarefa. Por vezes, o julgador não tem acesso a

⁴ Sob _____, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Normative Systems*. Nova York: Springer-Verlag/Viena, 1971.

⁵ O positivismo era essencialmente descritivo, voltado ao passado, e propunha uma rígida separação entre direito e moral, fechando os olhos para os casos difíceis, onde o juiz – por ter de recorrer a aspectos morais, em razão da não previsão daquela hipótese pelo ordenamento positivado – criaria o direito, e não o aplicaria. O pós-positivismo propõe uma redefinição dos limites do Direito, ressaltando a necessidade de uma leitura moral da Constituição, tendo como centro dos debates justamente a criação de soluções prescritivas, de mecanismos que os tomadores de decisão deverão se valer ao se depararem com casos difíceis. No positivismo, se concebia que o direito não perde sua juridicidade por ser injusto, pois uma coisa é o que o direito é, e outra é o que o direito deve ser (Hart, que adotava um positivismo mais elaborado, admitia um mínimo de moral no direito). Para o pós-positivismo a relação entre moral e direito não é apenas contingente, mas sim necessária. V. CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In “Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho”. Espanha: Doxa 21-I, 1998.

⁶ V. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

elementos que lhe permitam concluir, com segurança, que um fato existiu. Para que se evite o *non liquet*, então, o ordenamento jurídico estabelece diversas “regras de julgamento” – *onus probandi*, presunções –, que amparam e legitimam a decisão judicial, transformando a incerteza fática em uma certeza jurídica.

O momento processual em que se exige do juiz a prolação de uma decisão sobre a causa guarda estrita relação com a dimensão da lacuna de conhecimento a ser preenchida. Não parece haver dúvidas de que, em uma consideração abstrata, quanto maior a lacuna, menor a legitimidade de um provimento jurisdicional; noutros termos, quanto menos o juiz sabe sobre os fatos, imagina-se que menos estarão as partes dispostas a aceitar o quanto decidido por ele.

Essa afirmação demonstra a íntima conexão existente, no Direito ocidental moderno, entre processo e verdade. É preciso, no entanto, investigar a capacidade humana de alcançar a verdade, de modo a estabelecer as bases de uma teoria da cognição objetivamente definida, a ser utilizada ao longo do presente trabalho.

1.2. **Gnosiologia processual: verdade, filosofia e processo**

Por óbvio, a discussão sobre a verdade não é nova. Os questionamentos em torno do tema coincidem com o próprio nascimento da filosofia.

O estudo da verdade tem um duplo aspecto: objetivo e subjetivo. Há sempre um sujeito que quer conhecer e um objeto a ser conhecido.

O *idealismo*, de Platão, propõe que não podemos conhecer coisas, mas sim representações de coisas; melhor dizendo, as coisas apenas o são enquanto representadas, concepção que entende as ideias como a realidade verdadeira, reduzindo o real ao ideal.⁷

Para o *realismo*, fundado no pensamento de Aristóteles, o homem é capaz de conhecer coisas. Tal afirmação implica reconhecer que sujeito e objeto são distintos e independentes. A ingenuidade pode nos conduzir a aceitar a ideia de que podemos conhecer coisas, sem considerar nossas emoções, nossas limitações sensitivas, nossas precompreensões, *etc.* Um *realismo crítico* ressalta a intervenção da mente humana no

⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 116

processo de representação da realidade – o homem cria enquanto conhece – e admite que é impossível verificar se o objeto, que nossa subjetividade compreende, corresponde à realidade dos fatos.⁸ Essa corrente se aproxima do *idealismo psicológico* ou *conscienciológico*, como compreendido por Locke, Berkeley e Hume, cuja principal conclusão é a de que aquilo que se conhece não são coisas, mas imagens de coisas – os objetos não teriam uma existência real distinta de como os percebemos, pois ser é ser percebido (*esse est percipi*).⁹

O criticismo inerente ao idealismo pode conduzir a extremos, como a conclusão de que se pode conhecer sem ter o que ser conhecido; ou, ainda, de que não se conhece, mas apenas se imagina estar conhecendo. Seria, em última análise, uma negação do Direito, por obliterar a diferença entre ser e dever ser, e uma posição de repúdio à própria ideia de verdade. Aliás, a própria proposição “não há verdade” destrói a si mesma, porquanto se nada fosse verdade, não seria verdade dizer que não há verdade. Comte-Sponville denomina esse o postulado da razão teórica, a condição necessária de um racionalismo mínimo: há verdade, já que há conhecimento.¹⁰

Michele Taruffo, que expressamente adota uma perspectiva filosófica realista, tece duras críticas ao idealismo processual. Indaga, de proêmio, qual a utilidade da prova em um processo concebido exclusivamente como um jogo de narrativas. Se os meios de prova são instrumentos de persuasão retórica, e não uma técnica destinada a colher informações sobre os fatos da causa, o processo se transforma, como que se tratasse de um concurso literário, em um evento destinado a premiar a melhor história (ou, melhor dizendo, a mais bem narrada). Além disso, se o processo é um instrumento destinado a aplicar a norma jurídica aos fatos, difícil conceber que não importa ao juiz a veracidade do que lhe está sendo narrado pelas partes. Apenas em se adotando o realismo faz sentido afirmar que existem narrativas verdadeiras e narrativas falsas.¹¹

⁸ Neste sentido, v. HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004; MERLEAU-PONTY, Maurice. Fenomenologia da percepção. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁹ Reale desafia aqueles que duvidam da seriedade do pensamento idealista, lembrando que durante milênios o homem acreditou que o Sol girava em torno da Terra e que o sangue não circulava, mas se continha nas veias como que dentro de um vaso. *Op. cit.* p. 120-121

¹⁰ COMTE-SPONVILLE, André. Valor e verdade. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 357

¹¹ TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. *In: Rev. Fac. Dir. Sul de Minas. Pouso Alegre*, v. 26, n. 2, jul./dez. 2010. p. 202

Esclarece-se que a palavra “verdade” é dotada de ambiguidade por polissemia. Essa ambiguidade também foi notada pelo lógico polonês Alfred Tarski, que se refere a diversas concepções de verdade, e chega a propor que se abandone o vocábulo “verdadeiro”, tamanha a sua equivocidade.¹² Para os fins a que se propõe essa obra, basta assentar que a verdade pode significar a correspondência exata entre uma afirmação e um fato¹³, mas também denota o próprio fato, existente no plano do real¹⁴.

O primeiro significado apresentado é aquele sugerido pela teoria da correspondência da verdade, extraída da obra de Aristóteles e aprimorada por Wittgenstein no seu *Tractatus Logico-Philosophicus*. Na descrição de Robert Alexy,

A teoria da correspondência da verdade afirma que uma sentença (ou uma expressão, por exemplo, uma proposição ou uma afirmação (statement) só pode ser chamada de verdadeira se e quando o estado de coisas às quais a sentença dá expressão de fato existe. Um estado de coisas que existem é um fato. Assim, a verdade pode ser definida como uma correspondência entre a sentença e o fato.¹⁵

A verdade seria, em suma, a *adequatio rei et intellectus*, ou seja, a adequação entre o pensamento e o ser.

A teoria da correspondência da verdade, embora sirva para explicar o que é a verdade, não é uma justificação coerente para fins gnosiológicos – e nem pretende ser.¹⁶ É que, conforme admitido até mesmo pelo realismo crítico, a realidade é inalcançável como algo absoluto – o máximo que se pode atingir são “versões” sobre os fatos, residentes no imaginário dos espectadores ou investigadores.¹⁷ Logicamente, a ideia que

¹² TARSKI, Alfred. A concepção semântica da verdade e os fundamentos da semântica. *In*

a, 1988. p. 74-117

¹³ “Verdad significa, por consiguiente, acuerdo (*Einstimmigkeit*), que por su parte sólo es tal como correspondencia (*Ubereinstimmung*), con aquello que se manifesta en la identidad como unido (*Einiges*)” (HEIDEGGER, Martin. Ser, Verdad y Fundamento. Trad. Eduardo García Belsunce. Caracas: Monte Avila, 1968. p. 10).

¹⁴ “‘verdade’ significa o mesmo que ‘coisa’, ‘o que se mostra em si mesmo’” (HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 281).

¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo, Landy, 2001. p. 92

¹⁶ Saliente-se que há outras teorias da verdade, como a teoria da coerência, a teoria pragmatista, a teoria da verificação ideal e a teoria deflacionária. O presente trabalho não comportaria a análise pormenorizada de todas elas.

¹⁷ “El sujeto no puede estar, por un proceder tal, convencido dogmáticamente de que sus vivencias y las que de ellas eleva al nivel de significado son las únicas, ni las que mejor pueden dar cuenta de lo allende. El sujeto se tiene que reconocer como existente, con una comprensión parcial de lo que le rodea y mantenerse en la seguridad de que todo vivenciar distinto del propio llega a constituir

uma pessoa tem sobre certo fato pode aproximar-se muito do real. Todavia, essa aproximação somente pode ser constatada pelo próprio detentor da ideia ou por um terceiro, cujos sentidos são tão falíveis e limitados quanto os daquele, o que nos conduz a uma espiral *ad infinitum* ou a considerações metafísicas, com recurso a explicações divinas. É impossível ao homem se elevar acima de si e da humanidade, porque ele só pode ver com os próprios olhos.¹⁸ O argumento dos realistas para fugir a essa cilada é convincente: se diversos homens, com suas idiossincrasias, unissonamente atestam a existência de algo, provado está que é possível conhecer coisas, ainda que parcialmente.¹⁹ Mas não se afasta por completo a conclusão de que a verdade, compreendida como exata correspondência entre a ideia e o ser, é relativa.²⁰

Bem por isso, nota-se na filosofia moderna um autêntico movimento de “verofobia”, que pode ser identificado na obra de recentes pensadores, como Karl Popper, Stephen Stich, Patricia Churchland e Richard Rorty.²¹ Em tempos recentes, algumas vozes, posto que absorvendo as críticas, se levantaram em defesa da verdade como mecanismo de justiça, formulando novas soluções para a controlabilidade

significados igualmente posibles.” (GUILLÉN, Germán Vargas. Tratado de Epistemología: Fenomenología de la ciencia, la tecnología y la investigación social. 2ª ed. Bogotá: San Pablo, 2006. p. 63).

¹⁸ COMTE-SPONVILLE, André. Valor e verdade. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 85

¹⁹ Essa afirmativa guarda conexão com a teoria do consenso sobre a verdade, a qual, a exemplo da teoria da correspondência, não é isenta de críticas – várias pessoas podem chegar a um consenso inverídico, ou mesmo injusto. Assim, v. g., confira-se a doutrina de Arthur Kaufmann: “A fraqueza da teoria do consenso consiste, essencialmente, no facto de ela crer poder dispensar a experiência e o material, o conteúdo, o que tem a ver com a *concepção de verdade* que lhe subjaz: a verdade referir-se-ia apenas às *asserções* de verdade (teoria do consenso sobre a verdade) e não à *verdade em si* (teoria da correspondência sobre a verdade). Trata-se, no entanto, de uma perspectiva unilateral, que, como tal, não pode estar correcta. Verifica-se um ensimesmamento da procura da verdade, o que conduz, inevitavelmente, a que também se reconheça como legítimo o mal consentido” (KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 203)

²⁰ Eis alguns dos questionamentos de Heidegger a respeito da teoria da correspondência: “Em que perspectiva *intellectus* e *res* concordam? Será que, em seu modo de ser e em seu conteúdo essencial, eles proporcionam algo em cuja perspectiva podem concordar? Caso seja impossível uma igualdade entre eles, por não pertencerem à mesma espécie, não será então possível que ambos (*intellectus* e *res*) sejam semelhantes? (...) E a separação entre a realização real e o conteúdo ideal não será ilegítima justamente no tocante à ação “real” de julgar alguma coisa? Não será que a realidade do conhecimento e do juízo se rompe em dois modos de ser ou “camadas”, cuja sutura jamais chegará a alcançar o modo de ser do conhecimento? Não será que o psicologismo tem razão quando se opõe a esta separação, embora ele próprio não esclareça ontologicamente o modo de ser do pensamento que pensa alguma coisa e nem mesmo reconheça esse problema?” (HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 283-285).

²¹ VASSALLO, Nicla. Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità. In: Conoscenza e verità. Epistemologia giudiziaria. AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (coord.). Giuffrè, 2008. p. 1-2

epistemológica. Em termos processuais, insta indagar se a verdade, conquanto objetivo último da cognição processual, é a sua noção central e se é suficiente, só por si, para o alcance da justiça.

Compreendendo a verdade nos termos da teoria da correspondência, é possível admitir a existência de um juízo verdadeiro, ainda que a sua justificativa não seja plausível. Exemplificando, algum povo antigo poderia acreditar que seria a Terra a girar em torno do Sol, e não o contrário, firme na crença de que a luz solar emana de um espírito transcendente. Se assim é, também o Juiz pode alcançar conclusões verdadeiras, ainda que com o recurso à metafísica ou outro fundamento não falseável. Caso o processo se baseasse apenas na verdade, a sentença poderia ser o primeiro ato processual, desde que o julgador formulasse em sua subjetividade uma compreensão verdadeira da causa. O resultado absurdo dessa ilação demonstra que, para o processo, importa mais a justificação que a verdade em si. Não porque se queira preterir a verdade: ao contrário, a controlabilidade da justificação permite que se alcance a verdade em um maior número de casos.²² Nas palavras de Vassallo, “a justificação representa o meio mais eficaz para alcançar a verdade”.²³

A filósofa da Universidade de Gênova propõe a adoção do chamado confiabilismo (*affidabilismo*), cunhado por Alvin Goldman, no seu clássico “*A Causal Theory of Knowing*”²⁴, teoria que propõe que toda crença só é justificada se produzida por um processo cognitivo ou um método confiável.²⁵ É claro que o processo ou método

²² É também a conclusão de Taruffo: “a decisão sobre os fatos não pode ser nem o fruto de uma intuição irracional, nem de uma introspecção com a qual o juiz penetra nos recônditos mais secretos do seu espírito para emergir com uma certeza subjetiva (melhor qualificável como “moral” ou “absoluta”), impenetrável e misteriosa, a respeito da verdade dos fatos. Ao contrário, sendo orientada ao accertamento da verdade dos fatos, a decisão deve constituir o resultado de um procedimento racional, que se desenvolve segundo regras e princípios, ou seja, segundo um método que permita a sua controlabilidade e determine a sua validade” (tradução livre do trecho: “*la decisione sui fatti non può essere neppure il frutto di una intuizione irrazionale, o di una introspezione con la quale il giudice penetra nelle pieghe più riposte del suo spirito per riemergere con una certezza soggettiva (magari qualificabile come “morale” o “assoluta”), imperscrutabile e misteriosa, intorno alla verità dei fatti. Al contrario, essendo orientata all’accertamento della verità dei fatti, la decisione deve costituire il risultato di un procedimento razionale, che si svolge secondo regole e principi, ossia secondo un metodo che ne consenta la controllabilità e ne determini la validità*”. TARUFFO, Michele. *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*. 1ª ed. Bari: Laterza, 2009. p. 194).

²³ Tradução livre do trecho: “*la giustificazione rappresenta il mezzo più efficace per raggiungere la verità*”. *Op. cit.* p. 16

²⁴ GOLDMAN, Alvin Ira. *A Causal Theory of Knowing*. In: *The Journal of Philosophy*, v. 64, 1967. p. 357-372

²⁵ O confiabilismo, ao menos na concepção de Vassallo, é essencialmente uma vertente do realismo. A próprio filósofa italiana cita Aristóteles, no trecho da “*Metafísica*” em que o estagirita afirma que “*todos os homens por natureza tendem ao saber*”. VASSALLO, Nicla. *Op. cit.* p. 22

jamais será perfeitamente confiável, e nem sempre produzirá juízos verdadeiros, em razão da própria falibilidade humana. Para Goldman, basta que o processo seja geralmente confiável, é dizer, que seja capaz de produzir, na maioria dos casos, juízos verdadeiros.²⁶

Assumindo o acerto do confiabilismo, podemos dizer que o Direito Processual compreende o juízo do magistrado a respeito da causa de forma objetiva. Explicando de outro modo: para fins processuais, o julgador será tão mais certo dos fatos importantes para a decisão, quanto mais confiável for o processo de cognição que a tenha precedido. Pouco importa se, ao final de um processo, em cujo curso tenha havido amplo debate entre as partes e a produção de robusta prova, ainda remanesça na mente do Juiz profunda dúvida sobre o que se sucedeu no plano dos fatos. A certeza judicial depende somente do procedimento, assim como a verdade só ganha importância racional a partir de seu fundamento.²⁷

Assume-se, aqui, uma concepção procedimental da cognição judicial, em contraposição à visão material.

A par dessa controvérsia, certo é que não gozam de rigor científico as compreensões dúbias da verdade, notadamente aquelas que a qualificam e classificam como verdade real ou histórica e verdade processual ou judiciária.²⁸ A primeira guardaria relação com o que realmente se sucedeu no mundo dos fatos, enquanto que a segunda, produzida no curso do processo, corresponderia ao estritamente suficiente para embasar uma decisão judicial, ainda que apartada da realidade. Tais compreensões não resistem a uma análise mais rigorosa, bastando ver que as duas “verdades” apresentadas podem muito bem ser incompatíveis entre si. Como explicar a existência de verdades igualmente válidas em sentidos opostos? Cuida-se de uma construção voltada para solucionar a perplexidade de que a decisão judicial nem sempre poderá basear-se nos fatos históricos tal como ocorridos, mas que adota a equivocada saída de distorcer o

²⁶ VASSALLO, Nicola. Epistemologia. In: Storia della filosofia analitica. D'AGOSTINI, F.; VASSALLO, N. (coord.). Torino: Einaudi, 2002.

²⁷ Heidegger também afirmava que é inerente à verdade uma referência essencial a um fundamento (*Grund*), porquanto a verdade deriva do descobrimento – o que o filósofo denominava “verdade ontológica”. Desse modo, no exemplo do autor, não se poderia qualificar como verdadeiras ou falsas as Leis de Newton antes que o físico inglês as formulasse, já que ainda não descobertas (HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 282 e ss.; Ser, Verdad y Fundamento. Trad. Eduardo García Belsunce. Caracas: Monte Avila, 1968. p. 10 e ss.).

²⁸ Sobre o tema, v. DALBIGNAT-DEHARO, Gaëlle. Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé. Paris : L.G.D.J., 2004.

próprio conceito de verdade, adjetivando-a.²⁹ Rechaçando a aludida distinção, Carnelutti comparava a verdade à água: ou é pura, ou não é verdade. Concluía que o juiz não procura a verdade material, mas procede a uma fixação formal dos fatos.³⁰

Resta claro que a diferença entre a “verdade real” e a “verdade processual” – aquela teoricamente adotada no processo penal, sendo esta a encontrada no processo civil, conforme lição usualmente encontrada nos manuais – reside na forma de buscá-la, é dizer, no modo de proceder na perseguição da verdade. Esta, no entanto, permanece una e absoluta.³¹

Por tais motivos, Comoglio propõe sejam abandonadas as ambíguas terminologias mencionadas, para lançar luzes sobre a possível aquisição epistemológica de um conhecimento, ao menos relativo e razoável, sobre a ocorrência dos fatos, através de adequados instrumentos de accertamento, mais ou menos limitados, da existência destes. Com isso, tem-se um controle racional da veracidade, ainda que não absoluta, das alegações dos sujeitos processuais, afirmando ou negando a existência dos fatos que devem ser objeto de prova no processo. A superação da tradicional contraposição entre “verdade meramente formal”, própria da reconstrução judicial do fato, e a “verdade

²⁹ “Quando uma afirmação, um enunciado, se apresenta como expressão da verdade, só há uma modalidade possível para isso: que seja mesmo verdade. Diante da verdade, nada é dado ao homem para intervir sobre ela. Inegavelmente, pode-se mistificar a verdade, pode-se ocultá-la, escondê-la, camuflá-la. Mas ela é ontologicamente impermeável a qualquer variação. Todas estas operações, todas estas tentativas não são nada além de maquiagem e, como tal, não interferem de modo algum na essência do verdadeiro que, de qualquer forma, permanece como tal. Que resiste a qualquer tentativa, ou tentação, de modificação, de variação, de mudança” (Tradução livre do trecho: “*Quando un’asserzione, un enunciato, si presenta come espressione di verità, vi è una sola modalità possibile per esso: che sia appunto vero. Di fronte alla verità nulla è dato all’uomo per intervenire su di essa. Innegabilmente, si può mistificare la verità, la si può occultare, nascondere, camuffare. Ma essa è ontologicamente impermeabile a qualunque variazione. Tutte queste operazioni, tutti questi tentativi non sono che maquillage e, come tali, non interferiscono in alcun modo con l’essenza stessa del vero che resta tale, comunque. Che resiste a ogni tentativo, o tentazione, di modificazione, di variazione, di cambiamento.*” BORRELLO, Maria. Sul giudizio: verità storica e verità giudiziaria. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 250-251).

³⁰ CARNELUTTI, Francesco. La prova civile. Roma: Edizioni dell’Ateneo, 1947. pp. 33-34.

³¹ Uma vez mais, anote-se as conclusões de Borrello: “É precisamente por causa do diverso modo de proceder na busca da verdade que se individua a substancial diferença entre o juízo histórico e o juízo judiciário (...). A distinção entre os diferentes tipos de verdade, portanto, constitui um artifício formal, que não toca a essência do conceito de verdade. Porém, além desse artifício formal, o referimento à verdade reclama, ou melhor, impõe, que esta seja pensada como essencialmente única, irredutível, ou, dito de outro modo, absoluta.” (“*È proprio in considerazione del diverso modo di procedere nel perseguire la verità che si individua la sostanziale differenza tra giudizio storico e giudizio giudiziario (...). La distinzione tra i differenti ordini di verità dunque sostanzia un artifício formale, che non tocca l’essenza del concetto di verità. Ma al di là di questo artifício formale, il referimento alla verità chiede, o meglio, impone, che essa sia pensata come essenzialmente unica, irriducibile, o detto altrimenti, assoluta.*” *Op. cit.* p. 253-255)

real”, apenas atingível fora do processo e das suas múltiplas regras limitativas, é, segundo o autor italiano, uma certa e ponderada conquista da moderna epistemologia.³²

Embora a verdade deva ser perseguida, o importante é que o processo seja capaz de municiar o julgador com todos os elementos relevantes para justificar a sua decisão, aproximando-o na maior medida possível da realidade retratada nas alegações das partes, nos limites do empiricamente alcançável, e conduzindo-o a um juízo máximo sobre as premissas fáticas necessárias para o julgamento: o juízo de certeza.

1.3 Verdade vs. certeza

Verdade e certeza são conceitos distintos. Nem sempre coincidem, anota Malatesta: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro.³³ A certeza pode ser definida sob dois aspectos, um subjetivo e outro objetivo. O primeiro corresponde a um estado da alma, uma opinião da verdade, um ponto de vista sobre ela.³⁴ Configura-se pela persuasão íntima de um sujeito definido a respeito de uma assertiva. Sob o prisma objetivo, por outro lado, a certeza consiste na estabilidade, na segurança que caracteriza as relações e consequências possivelmente advindas de uma controvérsia.

De forma precisa, Andolina observa que o processo tem como seu resultado natural a produção de certezas.³⁵ Thomas assinala que, malgrado filósofos, humanistas e sociólogos concordem que o mundo atual é incorrigivelmente incerto, os seres humanos buscam a certeza como forma de proteção contra a superstição, o preconceito e a ignorância. O desejo de certeza cega o homem diante da realidade de que a vida social não é passível de acerto.³⁶

³² Com essas premissas, Comoglio conclui que a função da prova não é apenas retórica ou persuasiva, mas sim demonstrativa. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3ª ed. UTET, 2010. pp. 7-9

³³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 25

³⁴ COMTE-SPONVILLE, André. *Valor e verdade*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 357

³⁵ ANDOLINA, Italo. *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo*. *In: RePro* vol. 150, ano 32. São Paulo: RT, ago./2007.

³⁶ THOMAS, E. W. *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 115

O Direito, por sua vez, reflete esse anseio pela certeza, infundindo no seio social a crença de que esta existirá, trazendo consigo a verdade e a estabilidade. Entretanto, o Direito é tão incerto quanto os aspectos socioeconômicos que lhe deram origem e aos quais continua a se submeter. Cardozo, cético quanto à capacidade do processo judicial de retratar a realidade histórica subjacente, chega mesmo a afirmar que “*the process in its highest reaches is not discovery, but creation*”.³⁷

O mito da certeza cria uma busca incansável por fórmulas e doutrinas que reduzam ao máximo a discricionariedade judicial. Um cliente não procura um advogado para saber qual pode ser o seu direito, ou qual provavelmente é, mas sim para ser orientado a respeito de quais são os seus direitos, de modo a pautar o seu planejamento. Esse fator estimula uma visão simplista, que coloca a previsibilidade como característica fulcral do sistema jurídico³⁸, ignorando a existência de outros valores a tutelar.

A certeza que resulta de um processo judicial, portanto, pode não ter caráter empírico, subjetivo. Relaciona-se, isso sempre, com a segurança jurídica a respeito da solução a ser aplicada ao caso *sub judice*. Esgotados os elementos de prova disponíveis para apreciação, o juiz tem em mãos tudo o que necessita para julgar. Cuida-se de uma ficção jurídica, pois a certeza processual não necessariamente corresponde ao conforto interior do magistrado sobre a veracidade das premissas por ele adotadas para decidir. Embora possa o julgador nutrir alguma dúvida sobre os fatos da causa ou o direito aplicável, alguém tem de bater o martelo, permitindo que os litigantes sigam suas vidas com base naquilo que for determinado.

A decisão judicial constitui a última fase da teoria procedimental em quatro níveis, cunhada por Robert Alexy para explicar o funcionamento do sistema jurídico. O jusfilósofo alemão entende que o direito é aplicado a partir da sobreposição de fases discursivas e impositivas.

Em breve análise, inicia-se a descrição da teoria alexyana com o discurso prático geral, baseado na razão prática, aquela apta a formular as leis do dever ser. O discurso prático geral, primeiro nível da teoria procedimental, tem pretensão de correção, e, baseado na razão humana, cuida de afastar certas normas com ela incompatíveis (v. g., um princípio da auto-exterminação dos homens, pelo qual todos seriam obrigados a

³⁷ *apud* THOMAS, E. W. *Loc. cit.*

³⁸ THOMAS, E. W. *Op. cit.* p. 116

ceifar suas vidas) e de exigir a adoção de outras, cujo conteúdo se revela inquestionável (v. g., a segunda formulação do imperativo categórico de Kant, de que o homem deve ser sempre visto como um fim, e nunca como meio).

O segundo nível diz respeito à atuação do legislador e do constituinte. No procedimento institucional de criação do direito há imposição, não apenas discurso. Os limites para a atuação neste nível foram traçados no anterior, de modo que algumas normas são de adoção obrigatória, outras são previamente vedadas e as demais são selecionadas impositivamente no amplo espaço do que é apenas discursivamente possível. O processo legislativo cuida, justamente, de selecionar algumas das normas discursivamente possíveis e impor soberanamente a sua observância.

Passando ao terceiro nível, o discurso jurídico, tem-se que se trata de obter soluções jurídicas com base na força da melhor argumentação, tendo por fim a consecução da justiça. Encontra-se vinculado, embora não totalmente, ao direito objetivo, bem como ao precedente e à dogmática. Isso significa que a interpretação gramatical (semântica) e a histórica (genética) devem ser, em princípio, respeitadas no processo de aplicação do direito, salvo se pesarem razões extremamente fortes para que se supere o princípio formal do legislador democraticamente legitimado.

Nada obstante, ainda o discurso jurídico não é suficiente para reger com a devida segurança todos os problemas que surgem no cotidiano. Com vistas à resolução das controvérsias, não se pode prescindir do processo judicial, instrumento institucional no qual, da mesma forma que ocorre no processo legislativo, não apenas se argumenta, mas também se decide.³⁹

Fácil antever, assim, que a decisão judicial tem por função primordial a eliminação de incertezas, tanto sobre o direito a ser aplicado, quanto em relação aos fatos a serem por ele regidos.

Aqui, é necessário estabelecer a distinção entre dois conceitos cruciais para a compreensão do tema: fato e certeza. Essa distinção apenas faz sentido em se adotando uma perspectiva realista. Os fatos estão na esfera da realidade e constituem o objeto cognoscível. À guisa de exemplo, a existência do presente trabalho prescinde do ingresso na esfera mental daquele que procede à sua leitura neste momento. Noutras palavras, o trabalho existe, ainda que nunca tenha sido apreciado. A partir da sua

³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2009. *Passim*.

análise, a existência da obra passa a integrar a esfera de conhecimento do leitor. A certeza, desse modo, deriva da cognição empreendida, desta resultando um juízo que pode não corresponder à realidade.

Já se disse algures que a verdade, em uma de suas acepções, é um elemento da realidade, não podendo ser apropriada por ninguém. “Aquilo que se vê é apenas aquilo que se parece ver”.⁴⁰ Por isso, Carnelutti já ensinava que a verdade está no todo, não na parte, e o todo é demais para nós.⁴¹ Com inegável dose de realismo crítico, o autor associa a impossibilidade de apreensão da verdade às limitações inerentes aos sentidos humanos. Entenda-se bem: não se está a afirmar que não podemos conhecer absolutamente nada, mas que não podemos nada conhecer absolutamente.⁴²

A inalcançabilidade da verdade (seja como fato, seja como correspondência exata entre uma afirmação e um fato), entretanto, não é óbice para que o processo seja um instrumento destinado a apurar a realidade. Calamandrei, sobre a *quaestio*, preleciona que “ainda que sejamos convencidos de que a natureza humana não é capaz de atingir as verdades absolutas, é dever de honestidade envidar todos os esforços em busca de aproximar-se tanto quanto possível dessa meta inalcançável”; por isso, “toda a estrutura do procedimento deve ser preordenada a tornar o máximo possível aprofundada e controlada a pesquisa da verdade, de modo que a separação entre essa e a verossimilhança se reduza ao mínimo”.⁴³ Na mesma linha, Comoglio, citando Liebman, afirma que não há justiça que não seja fundada sobre a verdade dos fatos aos quais se refere.⁴⁴ Italo Andolina afirma que a rota do processo, a sua estrela polar e ao mesmo tempo o seu “mistério”, é e sempre será a verdade.⁴⁵ Até porque todo julgamento

⁴⁰ “*quello che si vede è solo quello che ci par di vedere*”. CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. In: Opere giuridiche. Vol. V. Padova: Morano Editore, 1972. p. 616

⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. In: Rivista di Diritto Processuale, volume XX (II série), 1965. p. 4-9

⁴² COMTE-SPONVILLE, André. Valor e verdade. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 79-80

⁴³ Tradução livre do trecho: “*Anche se siamo convinti che la natura umana non è capace di raggiungere le verità assolute, è dovere di onestà adoprarsi con tutte le forze per cercare di approssimarsi quanto più si può alla meta irraggiungibile (...) tutta la struttura del procedimento debba essere preordinata a rendere il più possibile approfondita e controllata la ricerca della verità, in modo che lo scarto tra questa e la verossimiglianza si riduca al minimo*”. CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. In: Opere giuridiche. Vol. V. Padova: Morano Editore, 1972. p. 639-640

⁴⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. Le prove civili. 3ª ed. UTET, 2010. p. 21

⁴⁵ ANDOLINA, Italo. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo. RePro vol. 150, ano 32. São Paulo: RT, ago./2007.

encontra, de fato, a sua razão de ser precisamente por orientar-se teleologicamente ao verdadeiro.⁴⁶

O Código de Processo Civil brasileiro incorpora essa necessidade de retratar no processo, tanto quanto possível, a verdade dos acontecimentos, *conditio sine qua non* de uma legítima realização da justiça. O art. 332 do diploma trata dos meios hábeis para “provar a verdade dos fatos”. De igual modo, o art. 339 preceitua que “[n]inguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, reforçando o quanto disposto no art. 14, I: “[s]ão deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: expor os fatos em juízo conforme a verdade”. A sanção para o descumprimento deste dever consiste no reconhecimento da litigância de má-fé, conforme o art. 17, II, do CPC (“Reputa-se litigante de má-fé aquele que: alterar a verdade dos fatos”). Sendo assim, não se pode apenas abandonar o dever de, tanto quanto possível, perseguir a verdade dos fatos no processo judicial, sob o confortável argumento de que a verdade é uma quimera, à margem do ordenamento em vigor.

A adoção da verdade como finalidade maior do processo é uma conquista da sociedade moderna e resultou de longa evolução nos costumes ocidentais, com o abandono completo dos rituais místicos como forma de solução de controvérsias. Na história jurídica recente, Taruffo identifica no Direito Longobardo o nascedouro da verdade como centro da administração da justiça. O Rei Liutprando, que governou Pavia, então capital do Reino Itálico, na primeira metade do século VIII, introduziu o conceito de verdade objetiva, a *certa veritas*, considerada como o escopo fundamental da assunção da prova.⁴⁷ No Direito anglo-saxão, William Twining relata que por um longo período de tempo os principais métodos pelos quais as questões de fato eram resolvidas não demandavam um sistema de prova; os primitivos métodos das ordálias e o emergente júri não exigiam dos Tribunais o prévio conhecimento dos fatos alegados. Apenas no século XVIII começaram a surgir os primeiros escritos doutrinários sobre a prova, com o debate entre Gilbert e Bentham em torno da *best evidence rule*.⁴⁸

⁴⁶ A observação é de Maria Borrello: “Ogni giudizio trova infatti la sua ragion d’essere precisamente nel suo orientarsi teleologicamente al vero” (Sul giudizio: verità storica e verità giudiziaria. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 247).

⁴⁷ TARUFFO, Michele. La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti. 1ª ed. Bari: Laterza, 2009. p. 8-11

⁴⁸ TWINING, William. Rethinking evidence. London: Cambridge University Press, 2006. p. 37

Nada obstante a verdade seja (ou deva ser) o centro das atenções em juízo, é inegável que a sua inapreensibilidade por mecanismos empíricos traz inconvenientes para o modelo de processo adotado nos dias atuais. As relações entre os jurisdicionados devem ser solucionadas, apesar de ser impossível definir exatamente os fatos passados. Há que se buscar um modelo alternativo, não radical, calcado na ideia de que a verdade é tendencialmente retratável através da prova e que o processo, no mais das vezes, conduz o julgador a decidir de acordo com a realidade – o confiabilismo processual.

À vista do exposto, considera-se necessária, para o Direito Processual, uma outra sistemática, não baseada na verdade, como um objeto de investigação absoluto, e sim naquilo que se formou na inteligência do magistrado como reconstrução dos fatos relevantes para a causa, obtida através de um procedimento revestido de garantias, para que a subjetividade não se transforme em arbitrariedade e decisionismo. Isso porque o que importa para fins processuais não é a aproximação entre as alegações de fato e os fatos ocorridos, mas sim o grau de semelhança entre as mesmas alegações e o juízo formado pelo magistrado acerca dos fatos, com base nas suas experiências de vida e nas provas produzidas, encontrando limites no dever de motivação, nas regras sobre o Direito probatório e na parêmia romana “*quod non est in actis, non est in mundo*” (o que não está nos autos, não está no mundo).

Abandonamos, assim, uma concepção substancial da teoria da cognição – que se concentra em desvendar qual é a verdade, esta reputada absoluta – para adotar uma concepção procedimental – que dá maior relevo aos meios pelos quais o juiz formará o seu convencimento. Um procedimento justo (*giusto processo*) tende a culminar em um provimento jurisdicional justo, porque, na maior parte das vezes, seus fundamentos se aproximam muito da verdade. Substitui-se a verdade pela verossimilhança.⁴⁹

Prosseguindo nessa linha, para figurar um exemplo, pode-se dizer que a afirmação “*o trabalho jurídico intitulado ‘Tutela de evidência’ existe*”, tem um alto grau de aceitação no intelecto do leitor, na medida em que a representação mental dos fatos aponta muitos elementos que permitem concluir que a assertiva corresponde à realidade. Esse comparativo entre uma alegação fática e a representação intelectual do mesmo fato pode ser denominada como “análise de verossimilhança”.

⁴⁹ ANDOLINA, Italo. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo. RePro vol. 150, ano 32. São Paulo: RT, ago./2007.

1.4 Os graus de verossimilhança

Verisimilis, do latim, expressa a relação de semelhança entre uma hipótese e a verdade. Considerando verdade como aquilo que realmente ocorreu – que está no plano dos fatos –, a semelhança entre uma hipótese e a verdade pode atingir diversos graus, variando em uma escala que poderia muito bem ser definida em percentuais, mas que para fins didáticos é representada em apenas quatro patamares: impossível, possível, provável e certo.

Ocorre que, conforme exaustivamente repetido até aqui, a verdade é inalcançável, o que impediria a constatação da semelhança entre a proposição e a realidade. Destarte, a verossimilhança, no processo de formação de uma decisão judicial, não é a relação existente entre uma hipótese e um fato, e sim a que se estabelece entre uma proposição e a representação mental formulada pelo julgador a respeito do fato.

A cognição das alegações e das provas constrói na mente do juiz uma representação da realidade pretérita. Neste sentido, Kazuo Watanabe define a cognição como “prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo”.⁵⁰ Por sua vez, Cândido Dinamarco conceitua cognição como o conjunto de “atividades convergentes ao objetivo de eliminar questões de fato e de direito instaladas no processo e permitir que o juiz julgue com o espírito suficientemente iluminado e consciente da realidade sobre a qual decidirá”.⁵¹ Uma hipótese pode ser mais ou menos semelhante à representação intelectual do julgador, ou seja, pode gozar de alto ou baixo grau de verossimilhança.

O conceito de cognição, em verdade, é comum a todas as ciências. Hannah Arendt, ao tratar do assunto, proclamou que “o conhecer é a mais elevada de todas as funções humanas”. Justamente por ser humana, a cognição é falível. O conhecimento

⁵⁰ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 67

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 28

perfeito apenas poderia ser alcançado mediante a abolição do tempo na simultaneidade do conhecimento e o estabelecimento de uma teoria abrangente da experiência, onde a causalidade das experiências individuais e dados empíricos é transformada na certeza e necessidade auto-evidente e axiomática das proposições lógicas. Cuidar-se-ia do “sujeito epistemológico”, a personalidade humana em sua mais extrema abstração. Nada obstante, apenas por meio da cognição é possível contornar a imprevisibilidade e imprezibilidade da ação humana.⁵²

Em razão do corte epistemológico necessário a toda reconstrução histórica, Jerome Frank constatou, em sua experiência como julgador da *Federal Appeals Court*, que aquilo que a Corte pensa sobre os fatos é tudo o que importa, na medida em que os eventos ocorreram no passado – eles não “entram andando” no Tribunal. Afinal, segundo suas considerações, fatos não são objetivos, constituindo, em última análise, aquilo que os julgadores acham que eles são, de modo que o conteúdo da decisão variará de acordo com a percepção de cada magistrado a respeito das provas produzidas.⁵³ A dificuldade também foi enfrentada por Alexy, que afirmou: “fatos não são, tal como os objetos, algo que existe no mundo. Mas, deveriam ser, segundo Habermas, se a teoria da correspondência da verdade for para ter sentido. Caso contrário, a teoria da correspondência ficaria limitada ao âmbito da linguagem. Mas isso não é coerente com a condição de que as afirmações devem ser regidas pelos fatos e não os fatos pelas afirmações”.⁵⁴ A perplexidade desses autores pode ser facilmente superada caso adotado o conceito de verossimilhança como a relação estabelecida entre uma afirmação e a construção intelectual dos fatos pelo julgador, não sendo necessário questionar o próprio conceito de “fatos”.

A respeito da cognição judicial Calamandrei sustenta que “quando se diz que um fato é verdadeiro, se quer dizer, essencialmente, que atingiu, na consciência do julgador, o grau máximo de verossimilhança que, em relação aos limitados meios de cognição de que o judicante dispõe, é suficiente para dar-lhe a certeza subjetiva de que aquele fato

⁵² ARENDT, Hannah. Homens em tempos sombrios. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das letras, 2008. pp. 140-141

⁵³ “For court purposes, what the court thinks about the facts is all that matters. The actual events [...] happened in the past. They do not walk into the court”. “The facts [...] are not objective. They are what the judge thinks they are. [...] Still, since the ‘facts’ are only what the judge thinks they are, the decision will vary with the judge’s apprehension of the facts”. FRANK, Jerome. Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice. Princeton University Press, 1973. p. 15-16 e 55

⁵⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo, Landy, 2001. p. 92

ocorreu”.⁵⁵ Não se duvida que o esgotamento dos meios de cognição conduz ao grau máximo de verossimilhança. Entretanto, nem sempre será capaz de inculcar no julgador a certeza subjetiva a respeito dos fatos da causa. Ao contrário, não é raro que as provas dos autos sejam insuficientes, dando margem a uma profunda dúvida sobre a veracidade das alegações das partes. O ato de julgar, apesar disso, é imperioso, devendo fundar-se nas presunções e regras atinentes ao *onus probandi*.

O autor italiano se refere a um grau máximo de verossimilhança, o que deixa transparecer a existência de um grau intermediário, um grau mínimo e de um grau nulo. Essa escala cognitiva não passou despercebida por Gilbert, que, já no século XVIII, observava que “há diversos graus da perfeita certeza e demonstração, decaindo para a improbabilidade e inverossimilhança, até os confins da impossibilidade”.⁵⁶

Se a comparação realizada pelo magistrado leva em conta dois fatores – a proposição e a representação dos fatos –, e um deles é estático – a proposição –, conclui-se que o grau de verossimilhança dependerá diretamente da reconstrução da realidade operada pelo julgador, a permitir a formação dos juízos de: possibilidade ou impossibilidade; probabilidade ou improbabilidade; e certeza. Perceba-se que, percorrido o *iter* probatório em sua totalidade, o juízo será sempre de certeza, compreendida objetivamente – não há que se falar, para fins processuais, em um “juízo de incerteza”.

1.5 O juízo de possibilidade – cognição superficial

O grau mínimo de verossimilhança – e, portanto, mais efêmero – é aquele que se forma em fase incipiente do processo, tendo em vista a mera apreciação das afirmações aduzidas na exordial. Nem sempre o juiz terá tempo suficiente para certificar-se da

⁵⁵ Tradução livre do trecho: “*quando si dice che un fatto è vero, si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi tale lo giudica, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto*”. CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: Opere giuridiche. Vol. V. Padova: Morano Editore, 1972. p. 616

⁵⁶ Tradução livre do trecho: “*there are several Degrees from perfect Certainty and Demonstration, quite down to Improbability and Unlikeliness, even to the Confines of Impossibility*”. E continua o autor: “*and there are several Acts of the Mind proportion'd to these Degrees of Evidence, wick may be called the Degrees of Assent, from full assurance and Confidence, quite down to Conjecture, Doubt, Distrust and Disbelief*”. Apud TWINING, William. Op. cit. p. 39

veracidade das alegações do demandante, de modo que, em hipóteses tais, será imperioso decidir de plano.

O recurso a exemplos do cotidiano pode auxiliar na demonstração do tema. Se afirmo que “*o presente trabalho tem duzentas páginas*”, a primeira impressão que o leitor tem, analisando apenas a assertiva estabelecida, é a de que é possível a sua correspondência com a verdade. O grau de verossimilhança ainda é baixo, porque são escassos os elementos para a formação da representação mental apenas a partir de alegações. São as máximas de experiência que levarão o julgador a concluir, nessas situações, que é em tese viável a correspondência entre o alegado e os fatos ocorridos. Caso a afirmação fosse de que “*o presente trabalho, escrito, tem zero páginas*”, desde logo o leitor formaria um juízo de impossibilidade, pois nem em tese seria possível imaginar um fato que correspondesse a essa alegação.

O juízo de possibilidade, assim, é aquele que se forma na convicção do magistrado mediante a conjugação de dois fatores, as alegações e as máximas de experiência, resultando que haja chances, ainda que mínimas, de ocorrência dos fatos narrados pela parte, considerando o retrato da realidade figurado pelo juiz. A questão a ser resolvida, nesta etapa, é: os fatos narrados pela parte são, em tese, passíveis de configuração no mundo real?

A cognição da qual resulta o juízo de mera possibilidade é denominada *rarefeita* ou *superficial*.⁵⁷ Nesta, o julgador conhece apenas de alegações, comparando-as com o *Id quod plerumque accidit*, suas considerações políticas, econômicas e sociais, bem como com os demais elementos que pré-habitam o seu consciente, desde antes da propositura da demanda, e que podem ser considerados sem constituir violação à proibição de que o juiz utilize seu conhecimento particular sobre os fatos da causa para julgar.

Acaso tenha presenciado ou participado dos acontecimentos relevantes para o desfecho da controvérsia, deve o magistrado ser ouvido como testemunha, múnus que gera o seu impedimento para atuar no feito (art. 134, II, do CPC). De acordo com o art. 131 do Código de 1973, o juiz deve buscar seus elementos de convicção naquilo que consta dos autos, exceto no caso de fatos notórios (art. 334, I, do CPC). Noutros termos, o julgador apenas pode se valer dos seus conhecimentos gerais, jamais de percepções

⁵⁷ Kazuo Watanabe também utiliza a denominação “cognição quase incorrente” (Da cognição no processo civil. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 41).

obtidas em caráter particular a respeito da causa.⁵⁸ Isso porque eventuais informações particulares que o magistrado possua sobre os fatos são inalcançáveis pelo contraditório (art. 5º, LV, da Constituição), inquinando com a pecha de nulidade o seu emprego para fins de embasamento do *decisum*.

O conhecimento prévio do julgador, desde que de caráter genérico, é relevantíssimo para a cognição empreendida. Conforme aponta Csaba Varga, a moderna epistemologia considera o conhecimento prévio, que substancia, molda e também delimita todos os tipos de cognição como um conceito empírico específico, sendo uma parte do todo.⁵⁹ As experiências adquiridas pelo juiz no processo de socialização influenciam a sentença.⁶⁰ Por isso, numa visão mais cética, a cognição pode ser enxergada como um sistema de paradigmas, processando os elementos conhecidos em classificações e generalizações obtidas no curso da vida em sociedade. Esse tipo de atividade intelectual não é desejável, pois transforma a busca da verdade em um jogo cujas regras são feitas pelo próprio investigador;⁶¹ porém, é tanto mais utilizada quanto mais escassos os elementos passíveis de cognição.

O juízo de possibilidade, assim, é apenas excepcionalmente apto a embasar uma decisão judicial. O baixo grau de verossimilhança corresponde a um alto risco de que qualquer provimento nele baseado seja desconforme à verdade. Em uma contenda, é natural que cada envolvido enxergue os acontecimentos de acordo com a sua própria ótica, nem sempre a mais apropriada. O problema de julgar com base em alegações, desta feita, nem sempre decorre da má-fé do postulante, porquanto, ainda que verdadeiras as premissas do seu pleito, podem ser insuficientes para o adequado equacionamento da querela.

⁵⁸ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 411

⁵⁹ “Modern epistemology considers previous knowledge that substantiates, shapes, and also delimits all kinds of cognition as a specific world concept to be a part of the whole” (VARGA, Csaba. Theory of the Judicial Process – The Establishment of Facts. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1995. pp. 31-32).

⁶⁰ Em estudo feito na Alemanha em processos penais, constatou-se que a definição de “ladrão” pelos juízes corresponde às ideias típicas destes sobre as classes inferiores. O ladrão típico é, por exemplo, descrito como preguiçoso e como trabalhador ocasional, sem formação, interessado em arranjar dinheiro sem esforço. Diante desse estereótipo, é bem possível que o julgador distorça os fatos no momento de decidir. SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 513-516

⁶¹ VARGA, Csaba. *Op. cit.* p. 33

Perceba-se que apenas faz sentido em se definir a cognição superficial como aquela baseada na simples análise de alegações de uma das partes, quando estas não forem suficientes para a conclusão do processo. Um bom exemplo é o que envolve a ausência de uma das condições da ação. Como é sabido, para a análise da presença das condições da ação, a maior parte da doutrina recorre à denominada teoria da asserção (ou da *prospettazione*), segundo a qual o juiz afere a presença daquelas condições apenas com fulcro nas alegações descritas pelo autor na petição inicial, verificadas *in statu assertionis*.⁶² Admitindo como verdadeiras todas as hipóteses fáticas ventiladas na exordial, analisada a demanda em todos os seus elementos (partes, causa de pedir e pedido), deve o demandante possuir alguma chance de êxito, sob pena de o prosseguimento do processo constituir um trabalho inútil. Se a instrução probatória empreendida ao longo do procedimento serve para conferir verossimilhança às alegações das partes, ela se revela inteiramente despicienda no caso em que as alegações da parte, ainda que verdadeiras, não lhe conferem o direito à tutela pleiteada. Em tal situação, desde logo já possui o juiz tudo aquilo de que necessita para decidir com base em um juízo de certeza sobre o resultado do processo – a cognição, pois, é exauriente.

Sobre o ponto, insta ressaltar que autores de vanguarda vêm questionando a própria categoria das condições da ação, por entender que, na maioria dos casos que envolvem a ausência de uma dessas condições, a solução deveria ser o julgamento de mérito da causa. Com efeito, se um particular, completamente alheio à cadeia sucessória, vai a juízo, inflamado pelas notícias jornalísticas das páginas policiais, postular a declaração de indignidade de um herdeiro que teria sido autor de homicídio contra o autor da herança, não é necessário o avanço do processo às suas ulteriores fases para concluir que o demandante não tem direito à providência postulada, ainda que verdadeiras as suas alegações, ante a sua ilegitimidade.⁶³ E se não tem direito, não há motivo lógico para impedir a prolação de sentença de mérito negando a procedência do

⁶² Por todos, v. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 240

⁶³ No exemplo figurado, tem-se que o demandante não se amolda a nenhuma das hipóteses de legitimidade para postular a declaração de indignidade. Confira-se a lição de Maria Berenice Dias: “Não declina a lei quem dispõe de **legitimidade** para propor a ação de indignidade. Assim, é de ser reconhecido o direito de ação a qualquer interessado na sucessão, tanto ao inventariante como aos que podem buscar a abertura do inventário. Não só estes têm legitimidade ativa, mas todos os que demonstrarem legítimo interesse: co-herdeiros, legatário, donatário, credor e fisco. Na inexistência de herdeiros, é possível que a ação seja intentada pelo ente público, para que, declarada a indignidade do único herdeiro, a herança seja recolhida como jacente” (DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. São Paulo: RT, 2008. pp. 301-302).

pedido. Neste caso, explica Adroaldo Furtado Fabrício, deveria o juiz responder ao demandante: “Se é que existe o direito subjetivo invocado, dele não és titular”.⁶⁴ O provimento negativo somente teria efeitos em relação ao sujeito postulante, não alcançando outros sujeitos que porventura levassem a mesma pretensão ao Judiciário posteriormente.⁶⁵ A coisa julgada se produz em face de uma demanda específica, impedindo apenas a sua reprodução em futuro processo (art. 301, §§ 1º e 3º, do CPC), e não a propositura de uma outra petição inicial, com partes, pedido ou causa de pedir diversos.

O mesmo se pode dizer da decisão judicial que conclui pela impossibilidade jurídica da demanda. Segundo clássica lição doutrinária, há possibilidade jurídica quando a pretensão que se exerce em juízo não se encontrar “vetada” pela ordem jurídica.⁶⁶ Pois bem, *quid iuris* se o juiz recebe a inicial de uma demanda declaratória negativa proposta por um proprietário de imóvel urbano que, sob a alegação de malversação das verbas da edilidade, deseja seja declarado o seu direito de não pagar o Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU)? Ora, ainda que seja verdade que o Município vem aplicando mal os seus recursos, tal não afasta o dever do contribuinte do imposto em pagar os seus tributos. O prosseguimento do processo é infrutífero, pois desnecessária a produção de provas. Sequer a oitiva do ente público se impõe, já que o julgador, por certo, formou sua opinião em favor do Município, que apenas teria interesse em se pronunciar para buscar o insucesso da pretensão da parte *ex adverso*. Desse modo, a cognição formulada é exauriente, permitindo ao magistrado decidir com base em um juízo de certeza. É o caso de julgar o próprio mérito, pela improcedência do pedido, e não apenas proferir um provimento na forma do art. 267, VI, do CPC, o que

⁶⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. *In*: Saneamento do Processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989. pp. 15-57

⁶⁵ Em sentido contrário, Bedaque afirma: “Com relação à ilegitimidade de parte, todavia, embora também exista, aqui, juízo de valor sobre aspectos jurídicos da relação material, não parece haver verdadeiro julgamento do mérito, visto que não ocorre rejeição da pretensão deduzida na inicial. O juiz apenas reconhece que aquele autor não pode obter a tutela em favor de terceiro, mas nada diz sobre o direito deste último. Não há solução integral da lide, com rejeição do pedido, muito embora a decisão assim proferida pressuponha juízo de valor sobre elementos da relação de direito material.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 264). Sendo certo que a jurisdição deve orientar-se pelos limites que impõem os elementos da demanda, não pela solução integral da lide que se formou no corpo social, entende-se no presente trabalho que a decisão que conclui pela ilegitimidade da parte resolve o próprio mérito, devendo julgar improcedente o pedido do autor ilegítimo. Afinal, nos termos do art. 128 do CPC, “[o] juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta”.

⁶⁶ FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. V. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 175

permitiria ao autor propor novamente a demanda, em um inexplicável *bis in idem* judiciário. A solução, contudo, é *de lege ferenda*, na medida em que o Código vigente não deixa margem interpretativa ao operador do direito, obrigando à extinção do processo sem resolução do mérito.⁶⁷ Uma alternativa para o juiz é lançar mão do art. 285-A do CPC, inserido pela Lei nº 11.277/06, que permite a prolação de uma sentença liminar definitiva de improcedência, desde que já tenha sido proferida decisão de idêntico teor em outros casos idênticos apreciados pelo mesmo juízo. Merece aplausos, no tema, o projeto de novo CPC, em trâmite no Congresso, que, ao menos quanto à impossibilidade jurídica, passa a admitir o julgamento de mérito.⁶⁸

O pedido juridicamente impossível, como bem observa Bedaque, equivale substancialmente ao julgamento “antecipado” com fundamento no art. 330, I, do CPC, porquanto a pretensão deduzida pelo autor não encontra amparo no ordenamento jurídico e, por isso, deve ser rejeitada. Tanto faz que essa conclusão seja possível de imediato, porque manifesta a inadmissibilidade, ou dependa de reflexão maior por parte do juiz sobre a questão de direito.⁶⁹ A teratologia da alegação de direito seria critério inseguro e pouco científico para diferenciar os casos em que o julgamento deve ou não ser de mérito. O importante é que, num e noutro caso, a cognição exercida pelo juiz já é suficiente para resolver o mérito da causa, conduzindo o processo ao seu resultado típico de accertamento do direito aplicável à hipótese.⁷⁰

Não se comunga, desta feita, das conclusões de Kazuo Watanabe, para quem, no caso de demanda cuja causa de pedir seja dúvida de jogo, a cognição é superficial, em

⁶⁷ Registre-se a opinião de Nieva Fenoll, para quem a decisão que inadmite uma demanda por reconhecer a presença de um defeito processual possui efeitos de coisa julgada em um futuro processo, caso o referido defeito persista, já que outra conclusão seria antieconômica e contrária à ideia de não reiteração de julgados (NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: El fin de un mito. *In*: Jurisdicción y proceso – estudios de ciencia jurisdiccional. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 49 e segs.).

⁶⁸ Dispõe o art. 472, VI, do Projeto de Lei nº 8.046: “O juiz proferirá sentença sem resolução de mérito quando: o juiz verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.* pp. 265-266

⁷⁰ Neste sentido, Cândido Dinamarco repudia aquilo que denomina como “falsas carências de ação”, casos em que os Tribunais se valem da teoria das condições da ação para furtar-se ao exame do mérito, extinguindo o processo sem a resolução deste, quando, na verdade, deveriam julgar a demanda improcedente. Assim, dentre outros exemplos, o autor cita o da demanda de condenação por danos decorrentes de acidentes automobilísticos proposta em face de quem já foi, mas não é mais dono do veículo causador – o caso não é de ilegitimidade *ad causam*, e sim de improcedência do pedido. Todavia, o jurista sustenta a possibilidade jurídica da demanda como condição da ação, afirmando que deve ser reconhecida a impossibilidade jurídica do *petitum* quando este se chocar com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. V. II. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 310 e 319-320).

virtude do reconhecimento, *prima facie*, da inviabilidade da pretensão do autor, feito no plano da mera asserção. Entende o jurista que, porque rarefeita a cognição, não seria possível o julgamento de mérito na hipótese versada.⁷¹ Em face das premissas adotadas neste trabalho, tem-se que a cognição superficial ou rarefeita é aquela empreendida pelo magistrado apenas com fulcro nas alegações do demandante, desde que insuficiente para dar base à solução definitiva do processo, com ou sem julgamento do mérito, o que ocorrerá sempre que pertinente e desejável a continuidade do rito para verificação da veracidade daquelas alegações. De outro modo, o juízo não será de possibilidade, mas de certeza, e a cognição exauriente.

Um exemplo de decisão lastreada em juízo de possibilidade pode ser encontrada na Lei nº 5.478/68, que versa sobre o procedimento de alimentos. Segundo o art. 4º do referido diploma, o juiz, ao despachar o pedido, deve fixar desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita. Em regra, a decisão que fixa os alimentos provisórios é baseada em cognição sumária, derivada de um juízo de probabilidade, já que o art. 2º exige que o demandante prove o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor. Contudo, o inciso II do parágrafo primeiro do mesmo art. 2º dispensa a produção inicial de documentos probatórios quando estiverem em poder do pretense alimentante ou de terceiro residente em lugar incerto ou não sabido. Neste caso, o provimento judicial será emitido apenas com base nas alegações do autor, resultando de cognição superficial, o que se justifica pela necessidade de assegurar a subsistência do alimentando. Noutras palavras, é melhor que o juiz erre para obrigar a pagar alimentos aquele que não os deve, do que negar a tutela liminar e privar o alimentando do mínimo existencial. O juízo de possibilidade, portanto, terá lugar sempre que o alto risco de erro judicial seja compensado pela magnitude do direito a tutelar, conforme alegado pelo demandante.

1.6 O juízo de probabilidade – cognição sumária

Dando um passo adiante em sua inquirição, põe-se o investigador a meio caminho entre uma pesquisa incipiente e uma averiguação exaustiva do plexo de elementos de que pode dispor. Em termos precisos, esse “meio caminho” não significa,

⁷¹ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 109

necessariamente, a metade; ao contrário, há uma larga escala entre o início e o fim da investigação, que, pela impossibilidade de cálculo exato, assume-se sempre como um grau intermediário.

A título exemplificativo, pode-se utilizar a mesma situação referida em capítulo anterior: seria verdade que o presente trabalho tem duzentas páginas? Partindo do pressuposto de que este trabalho está sendo apreciado a partir de uma mídia impressa, o leitor pode apreciar apenas o peso do livro, e concluir que esse peso corresponde, normalmente, a um trabalho de duzentas páginas. Perceba que, nesta etapa, o expectador dispõe, para apreciar a veracidade da assertiva, de dois componentes – um que já integrava o seu conhecimento sobre o mundo (as máximas de experiência) e um que sobreveio a partir da pesquisa de alguns elementos empíricos, que, porém, não são todos os que estavam disponíveis para análise. Esses fatores constroem na mente do investigador um suposto retrato da realidade; deverá, então, compará-lo com as alegações de fato. Caso conclua que há mais chances de procedência dessas alegações do que de improcedência, considera-se que a proposição é provável. Ao revés, militando mais elementos em desfavor da narrativa, malgrado não afastem completamente sua ocorrência, a alegação será possível, mas improvável. Por fim, na hipótese de se entender completamente infactível o quanto alegado, o juízo formado será o de impossibilidade.

O juízo de probabilidade ou de improbabilidade é o resultante da cognição sumária, definida por Victor Fairén Guillén como uma limitação no campo das alegações ou das provas, gerando restrição na cognição judicial.⁷² Já Kazuo Watanabe, invocando a doutrina de Ovídio Baptista, entende que a limitação no campo das alegações consiste em uma restrição horizontal (quanto à extensão) da cognição, pois veda a análise de certas questões pelo juiz, enquanto a limitação na seara probatória acarreta restrição vertical à cognição (quanto à sua profundidade), na medida em que afetará todas as questões passíveis de apreciação pelo magistrado. O autor, com acerto, reserva somente à restrição cognitiva vertical a expressão “cognição sumária”.⁷³

⁷² GUILLÉN, Victor Fairén. Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2006. p. 39

⁷³ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 127-129

Mais uma vez nos deparamos com a ambiguidade por polissemia, agora da palavra “sumário”, utilizado por alguns também para designar a aceleração do rito, mediante a abreviação de prazos e a concentração de atos.⁷⁴ Na “sumarização” do procedimento, sem alteração da profundidade da cognição, preservam-se todas as garantias fundamentais dos sujeitos processuais, inclusive a plena eficácia do contraditório, de maneira que a decisão final ficará acobertada pelo manto da coisa julgada material.⁷⁵

O termo “sumário” remonta à *summatim cognoscere* do Direito Romano, que não era apenas uma simplificação e abreviação do procedimento ordinário; era, ao contrário, caracterizada por gerar uma decisão temporária resultante de cognição incompleta e provisória.⁷⁶

Ainda sobre o Direito Romano, as instituições de Gaio previam a chamada “prova *prima facie*” como suficiente para embasar uma decisão judicial, apesar da incompletude da cognição, podendo haver, em alguns casos, cognição ulterior. A *cognitio prima facie* era incompleta e se caracterizava por somente admitir meios de defesa evidentes e imediatos, de modo a facilitar ao autor a obtenção de um resultado rápido.⁷⁷ O *summarius* era previsto nas edições glosadas do *Corpus iuris* nos seguintes termos: *In summariis controversiis non admittitur exceptio, quam proponere excipientes non interest; secus intersit, nisi requirat altiore indaginem quo casi in alio iudicio reservatur.*

No Direito anglo-saxão, a expressão *short-cut remedies* é utilizada para designar duas categorias: aqueles procedimentos que produzem um julgamento definitivo em uma base expedita; e os que oferecem uma tutela provisional durante a pendência de uma ação judicial.⁷⁸ Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o *summary judgment* consiste em simples abreviação procedimental. Portanto, também nos países da *common law* a sumarização é compreendida de forma equívoca.

⁷⁴ Denominando esta situação como “sumariedade formal”, pois aplicada a procedimentos de cognição plena: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1980.

⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: Temas de Direito Processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 90

⁷⁶ MILLAR, Robert Wyness. Three American Ventures in Summary Civil Procedure. The Yale Law Journal, Vol. 38, Nº. 2 (1928). pp. 193-224

⁷⁷ GUILLÉN, Victor Fairén. *Op. cit.* p.55

⁷⁸ HERSHKOFF, Helen. Short-cuts to Judgment and Provisional Remedies. In: Civil Litigation in Comparative Context (General Editors: CHASE, Oscar; HERSHKOFF, Helen). ThomsonWest, 2007. p. 276

Neste estudo, analisa-se a sumarização cognitiva, situada em patamar intermediário entre a cognição superficial e a exauriente. Não consiste na mera análise das alegações autorais, porém não esgota as alternativas de investigação do magistrado, resultando em um juízo de probabilidade (ou de improbabilidade). Uma proposição será provável quando, na reconstrução dos fatos operada no seu intelecto, o julgador observar que militam mais elementos em favor da aludida proposição do que em sentido contrário. O resultado dessa equação varia de acordo com a quantidade de elementos de que dispõe o juiz. A probabilidade pode ser medida em uma escala, a depender da quantidade e qualidade da prova já constituída, bem como da contribuição do contraditório. A função da ciência jurídica é determinar os graus de probabilidade necessários para decisões jurídicas corretas.⁷⁹

Vislumbra-se, então, algumas possibilidades: (i) o autor instrui a inicial com prova pré-constituída, pendente a manifestação do réu; (ii) da pretensão autoral, embasada em prova do direito do demandante, defende-se o réu, sem, contudo, produzir prova favorável à sua resistência; (iii) autor e réu argumentam em torno da *res in iudicium deducta*, abstendo-se ambos de provar suas alegações; (iv) a exordial, despida de comprovação, é refutada pelo réu com base em elementos de prova carreados por este aos autos.

Árdua, senão impossível, a tarefa de definir, em uma escala precisa, o grau de probabilidade obtido pelo aplicador do direito em cada uma dessas situações, até porque o exame variaria de acordo com os elementos e argumentos de cada caso concreto. Nesse cenário, é importante valorar, em abstrato, os fatores que conferem maior profundidade à cognição judicial. Ao lado da prova, em importância para a reconstrução histórica e justo equacionamento da causa, figura o contraditório, autêntica pedra de toque do estágio de verossimilhança alcançado pelo julgador.

É arraigada no Direito ocidental moderno, tanto na família da *civil law* quanto da *common law*, a parêmia *audiatur et altera pars*. A mais antiga referência ao brocardo se encontra na obra do escritor, filósofo estóico e *quaestor* romano Sêneca (4 a. C. – 65 d.

⁷⁹ SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. *In*: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 533

C.), mais especificamente na tragédia Medeia⁸⁰: “*Qui statuit aliquid parte inaudita altera, Aequum licet statuerit, haud aequus fuit*” (Quem decide o que quer que seja sem ouvir a outra parte, mesmo que decida com justiça, não é justo⁸¹).

A frase comporta duas ideias fundamentais, a primeira de cunho subjetivo e a outra de natureza objetiva. A uma, traduz a injustiça de impor a alguém uma decisão, sem que se lhe tenha oportunizado a apresentação dos seus argumentos. A duas, demonstra ser essencial a oitiva das partes para a descoberta da verdade, sendo que a restrição ao contraditório, quase sempre, conduz a um erro judiciário.⁸²

Consagra-se, assim, o repúdio ao utilitarismo. Conquanto imbuído o magistrado das melhores razões, os fins não justificam os meios. Uma decisão justa não pode resultar senão de um processo justo. E essa conclusão também está em Sêneca, quando distinguiu as funções do *tyrannus* e do *iudex* – o primeiro, ao contrário do segundo, decide sem se importar com a verdade.⁸³

O reforço da importância do contraditório em determinado sistema, indubitavelmente, é uma opção política. Sem pretender insinuar qualquer dose de paternalismo estatal (aliás, pelo contrário), pode-se ilustrar a afirmativa com a figura do pai que, ao ouvir o filho, aproxima-o e o torna mais disposto a obedecer às suas ordens. Da mesma forma, quando o Estado-juiz conclama as partes a participar da formação da sentença, bem assim de todas as decisões, acena com a bandeira da democracia e facilita a efetividade dos seus provimentos, com o importante fator psicológico da predisposição dos envolvidos a cumprir o que for determinado.

Nas raízes do contraditório, encontra-se o direito de influência sobre os provimentos estatais (*Einwirkungsmöglichkeit*), característico das democracias construídas após a segunda guerra mundial. Leonardo Greco atribui a esse evento o marco do renascimento do princípio do contraditório, que havia sido relegado a mera regra técnica disponível pelo positivismo jurídico do final do século XIX e início do

⁸⁰ MANZIN, Maurizio. Del contraddittorio come principio e come metodo. *In: Audiatur et Altera Pars: Il contraddittorio fra principio e regola*. MANZIN, Maurizio; PUPPO, Federico (Org.). Milano: Giuffrè, 2008. p. 3

⁸¹ SÊNECA. Medeia. Ana Alexandra Alves de Sousa (trad.). Lisboa: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, 2011. p. 51

⁸² KELLY, John Maurice. Audi alteram partem. *In: Natural Law Forum*, v. 9. The University of Notre Dame, 1964. p. 103

⁸³ MANZIN, Maurizio. *Op. cit.* p. 4

século XX, e configura hoje postulado de qualquer modelo estatal que pretenda reconhecer o indivíduo como sujeito de direitos fundamentais.⁸⁴

Por meio da Constituição atual, a democracia representativa foi democratizada⁸⁵, permitindo o advento de uma democracia participativa em nosso país. Este é o novo rosto do Estado contemporâneo, como vislumbrado por Bobbio: “*O Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império*”.⁸⁶ A democracia não mais se exerce apenas pelo voto; quando um provimento estatal afeta com maior intensidade um indivíduo ou um grupo de indivíduos, é mister que se lhes confira instrumentos para que possam influenciar na tomada de decisão.⁸⁷ E que outra manifestação do Estado é mais gravosa para uma pessoa do que a jurisdição?

Por isso, é lícito afirmar, com Manzin, que o contraditório não tolhe a *auctoritas* legalmente conferida à jurisdição, mas, ao revés, a reforça com uma autoridade racional que perpassa pela controlabilidade do provimento emanado.⁸⁸ Sim, porque não há processo sem autoridade, o que não significa pugnar por um processo autoritário. Jaime Guasp de há muito alerta para a confusão, explicando que o fim do processo se obtém sempre que a autoridade é colocada a serviço da pequena entidade jurídica que é o indivíduo humano, física ou tecnicamente considerado.⁸⁹

Assentadas essas premissas, tem-se que a decisão judicial calcada em juízo de probabilidade será tão mais legítima quanto mais intenso o contraditório oportunizado previamente à sua prolação. Os provimentos *inaudita altera parte*, proferidos ante a singela oitiva do demandante, devem constituir a exceção no sistema – com maior razão quando o postulante sequer produziu prova de suas alegações, caso em que a cognição é apenas superficial, a ensejar juízo de mera possibilidade.

⁸⁴ GRECO, Leonardo. Estudos de Direito Processual. Coleção José do Patrocínio. Campos dos Goytacazes: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 543

⁸⁵ A célebre expressão é de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 26

⁸⁷ Cárdenas Garcia invoca as palavras de Peter Häberle: “*‘El dominio del pueblo’ se debe apoyar en la participación y determinación de la sociedad en los derechos fundamentales, no sólo mediante elecciones públicas cada vez más transparentes y abiertas, sino a través de competencias basadas en procesos también cada vez más progresistas*”. HÄBERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Madrid: Tecnos, 2002, p. 137 *apud* CÁRDENAS GRACIA, Jaime. El Modelo Participativo y Deliberativo. Disponível na Internet: <<http://www.bibliojuridica.org>>. Acesso em 07 de janeiro de 2012.

⁸⁸ MANZIN, Maurizio. *Op. cit.* p. 15

⁸⁹ GUASP, Jaime Delgado. El Estado como sujeto del proceso. *In*: Boletín mejicano de derecho comparado, Año 8, nº 22-23, ene/ago 1975. p. 525-526

Tamanha a importância do contraditório para a cognição judicial que, mesmo à míngua de prova apta a abalzar as alegações dos contendores, o mero debate entre estes é capaz de conduzir o julgador a um grau de probabilidade razoável a respeito dos fatos relevantes. Não se tratará de cognição superficial, mas sim sumária, conquanto não tenha o juiz lançado mão dos meios de prova que o ordenamento lhe disponibiliza.

Por outro lado, há também juízo de probabilidade sem contraditório, quando o autor faz acompanhar suas alegações de prova da sua procedência. Situação que se amolda à hipótese é a prevista na primeira parte do artigo 928 do CPC, *in verbis*: “Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração”. Ao aludir a “petição inicial devidamente instruída”, a lei não se limita a impor a observância dos requisitos do art. 282 do CPC e seus correlatos. Mais abrangente, o dispositivo exige, para a concessão do provimento *inaudita altera parte*, a produção de prova documental do alegado, devendo o juiz, em caso contrário, determinar que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.⁹⁰

1.7 O juízo de certeza – cognição exauriente

Andrea Proto Pisani enumera as características dos processos baseados em cognição exauriente (*cognizione piena*). Uma primeira marca é a predeterminação legal das formas e prazos, bem como dos correspondentes poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz. Outra qualidade é a realização plena do contraditório, na forma antecipada, motivo pelo qual o provimento do juiz (executivo ou não) é emanado apenas depois que é garantida a ambas as partes a possibilidade de fazer valer todas as suas defesas. Daí decorre outra característica, qual seja, ao conteúdo da sentença transitada em julgado é atribuída a autoridade de coisa julgada substancial.⁹¹

Exaurir é esgotar, dissipar inteiramente, conforme definição vernacular. A cognição exauriente é aquela que esgotou todos os elementos que poderiam e deveriam ser perquiridos pelo juiz com vistas à solução da causa, com ou sem exame do mérito. O

⁹⁰ Assim também: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 866

⁹¹ PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *In*: Revista de Processo, v.31, n.131. São Paulo: RT, 2006. p.239

momento processual em que se exaurem as hipóteses cognitivas necessárias para dar fim ao feito pode variar. Por exemplo, linhas acima foi dito que a cognição pode ter máxima profundidade ainda que o magistrado apenas tenha analisado alegações, como nas hipóteses em que reconhecer ilegitimidade de parte ou impossibilidade jurídica da demanda, com toda a divergência doutrinária apontada sobre a existência ou não de resolução do mérito nesses casos. O juízo de certeza, assim, pode até mesmo independender da análise de provas.

Considera-se exaurida a cognição sempre que o julgador dispuser das informações de fato ou de direito que sejam suficientes para o desate da controvérsia sobre a relação jurídica deduzida em juízo, julgando procedente ou improcedente o pedido, ou, excepcionalmente, extinguindo o processo sem resolução do mérito. A partir de então, a continuidade do processo pode até ser possível; contudo, representaria atividade inútil, vez que despicienda, implicando injustificável demora na prolação da decisão final.

Por outro lado, o inverso pode também ocorrer. O percurso de todo o *iter* procedimental abstratamente previsto em lei não é garantia de que o magistrado conseguirá obter, ao longo da instrução, todas as provas necessárias à formação da sua convicção sobre os pontos controvertidos. A dúvida sobre a veracidade das alegações das partes pode não ter sido eliminada, mas há que se eleger um ponto final, um limite máximo fixado pelo legislador processual, sob pena de se admitir a procrastinação do litígio indefinidamente, o que em nada se diferenciaria do “*rem sibi non liquere*” do direito romano, pronúncia pela qual o *iudex* se abstinha de julgar a causa em razão da sua obscuridade.⁹²

Não se pode, portanto, concordar com a posição de Cândido Dinamarco, no ponto em que afirma que a cognição é “*exauriente* quando comporta indagações tão profundas que sejam capazes de eliminar toda possível dúvida e incutir certeza no espírito do juiz”.⁹³ Nem sempre toda a dúvida será obliterada na mente do magistrado. Mais preciso é conceituar a cognição exauriente como aquela que, de acordo com os critérios de verificação lógica e probabilística do julgador, oferece a este o grau mais elevado possível de confirmação racional da hipótese a ser assumida, de modo

⁹² JOLOWICZ, Herbert Felix; NICHOLAS, Barry. Historical Introduction to the Study of Roman Law. 3ª ed. London: Cambridge University Press, 1972. p. 186

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. V. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 36-37

definitivo, como “verdadeira”.⁹⁴ O juízo de certeza, que embasa o legítimo acerto contido no provimento decisório do juiz, reflete o máximo grau de aproximação possível da verdade dos fatos que se alegam para sufragar a pretensão deduzida em juízo. Desta feita, a certeza pressupõe o conhecimento, a demonstração e a reconstrução, narrativa ou lógica, dos acontecimentos históricos inicialmente ignorados pelo julgador.⁹⁵

Neste ponto, há uma diferença entre o juízo de certeza e aqueles baseados em cognição menos profunda. Para concluir pela possibilidade, impossibilidade, probabilidade ou improbabilidade, há que se perquirir a respeito dos elementos que militam no consciente do juiz, *in concreto*, em favor ou em desfavor do quanto postulado. Em se tratando de cognição exauriente, uma vez executado por inteiro o procedimento legalmente previsto, há uma presunção absoluta de que o julgador está preparado para decidir, independente do seu estado de consciência. À luz do confiabilismo, tem-se que o percurso do rito processual, revestido das garantias constitucionais e moldado para atingir a verdade na maior parte dos casos, é suficiente para dar ensejo a uma decisão acobertada pela coisa julgada material.

Nada obstante seja impossível eliminar em todos os casos a dúvida que reside na subjetividade do aplicador do direito, a decisão final do processo sempre se baseará em um juízo de certeza, mesmo que o juiz não se tenha convencido totalmente das alegações das partes. A causa necessita de uma definição, ainda que empiricamente seja impossível determinar a veracidade dos fatos históricos relevantes para o seu desfecho. O processo judicial se desenvolve em busca da verdade, mas o seu término não pode depender da sua definição. Tanto é assim que a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, não faz coisa julgada (art. 469, II, do CPC). O juiz declara a existência ou inexistência de relações jurídicas, jamais fatos, salvo na excepcional hipótese de declaração da autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º, I e II, do CPC).

Em síntese, pode-se vislumbrar três tipos de situações: (i) o término do percurso do procedimento abstratamente previsto na lei processual, em sua totalidade, coincide com o momento em que o magistrado resta convencido acerca da veracidade ou claudicância das alegações; (ii) mesmo antes do esgotamento do rito processual,

⁹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3ª ed. UTET, 2010. p. 19

⁹⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Op. cit.* pp. 9-11

respeitado o princípio do contraditório, o juiz atinge um grau de cognição suficiente para formar seu convencimento sobre a verdade dos fatos; (iii) conquanto exaurido o modelo de processo adotado no caso, tanto em sua fase postulatória quanto a instrutória, não possui o juiz o conforto interior a respeito da matéria de fato deduzida pelas partes, devendo julgar com recurso às regras atinentes ao ônus da prova, consideradas espécies de presunções legais.

Percebe-se que nas duas primeiras situações é possível falar em certeza subjetiva, pois devidamente formada a opinião do magistrado sobre a verdade. Já instaurado o contraditório, sente-se, o juiz, seguro para decidir, reputando solucionadas as questões relevantes para a causa. Na última hipótese, contudo, apenas é possível falar em certeza em um sentido objetivo, denotando a situação de estabilidade que recobre a decisão judicial baseada em cognição exauriente. Seguro ou não dos fatos da causa, o ordenamento jurídico direciona o julgador a decidir de tal ou qual modo, a depender do sujeito a quem competia convencê-lo da sua versão dos fatos. A dúvida favorece a alguém, e essa é uma regra que conduzirá a um provimento jurisdicional destinado ao acertamento da relação jurídica deduzida em juízo. Noutros termos, a certeza subjetiva ou a dúvida, desde que precedidas de cognição exauriente, conduzem ambas à segurança jurídica sobre a solução da causa – em todas as três conjunturas acima referidas haverá, portanto, certeza objetiva. Bem por esse motivo, Malatesta afirma que não pode haver certeza que não seja determinada por critério objetivo; a subjetividade da certeza perde-se, por isso, durante o caminho.⁹⁶

Ilustra-se a segunda das situações apresentadas com o art. 330, I, do CPC, que trata do cognominado “julgamento antecipado da lide”.⁹⁷ Autoriza, a lei processual, a prolação de sentença logo após a fase postulatória, dispensando a realização das audiências preliminar e de instrução e julgamento, sempre que “a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. O exame da necessidade de produção de prova em

⁹⁶ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 52

⁹⁷ A expressão “julgamento antecipado da lide” é equivocada, pois o que se julga não é a lide, o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, mas o pedido. Além disso, não se antecipa o julgamento; o que se faz é julgar no momento certo, embora em altura menos tardia do que um procedimento daquela espécie poderia alcançar. Por isso, o julgamento é imediato, não antecipado.

audiência é feito pelo magistrado;⁹⁸ este, convencido da solução que deve atribuir às questões importantes para o julgamento do pedido, atinge a certeza subjetiva considerada pelo ordenamento como justificada, vez que precedida de um procedimento revestido das garantias processuais, atendendo, desse modo, ao requisito da confiabilidade.

Quanto à terceira situação, a dificuldade reside em estabelecer quais os procedimentos que, uma vez percorridos, autorizam o julgamento de mérito, apto a fazer coisa julgada. Em outras palavras: em abstrato, como saber que um rito se baseia em cognição exauriente? A resposta não é simples. A princípio, cabe ao legislador, balizado por certos limites, indicar expressamente quais as decisões que, sendo precedidas por cognição exauriente, podem ser acobertadas pelo manto da coisa julgada. Como exposto no início deste tópico, o procedimento baseado em cognição exauriente tem como conteúdo mínimo a predeterminação de formas (em sentido amplo, abrangendo prazos, poderes, deveres e faculdades de todos os sujeitos processuais) e a observância do amplo contraditório. Além disso, como ensina Comoglio, a discricionariedade do legislador é vinculada ao princípio da razoabilidade, sendo-lhe vedado criar procedimentos cuja dilação probatória e cujas oportunidades de manifestação sejam incompatíveis com a complexidade do objeto litigioso.⁹⁹

Bem por isso, Leonardo Greco sustenta que o procedimento dos juizados especiais pode ser, no caso concreto, insuficiente para a adequada cognição da causa, hipótese em que sustenta a possibilidade de a sentença ser atacada por ação autônoma de anulação. Nesta demanda ulterior, o prejudicado poderia demonstrar o cerceamento da amplitude da prova ou de outro elemento componente de uma garantia fundamental do processo. Ao pedido de desconstituição, segundo o citado jurista, poderia ser

⁹⁸ Neste sentido se orienta a jurisprudência pátria: “A avaliação da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide demanda o reexame fático-probatório dos autos, soberanamente delineado pelas instâncias ordinárias. O magistrado é o destinatário da prova, cabendo a ele decidir acerca dos elementos necessários à formação do próprio convencimento.” (STJ, REsp 1162469/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/04/2012, DJe 09/05/2012); “O juízo singular, soberano na análise de fatos e provas, de forma fundamentada, entendeu pela possibilidade de proferir julgamento antecipado. Alterar esse entendimento, implicaria (...) violação ao princípio do livre convencimento motivado.” (STJ, EDcl no REsp 1194009/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 30/05/2012); “O julgamento antecipado da lide, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, já que cabe ao magistrado apreciar livremente as provas dos autos, indeferindo aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias.” (STJ, AgRg no AREsp 118.086/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 11/05/2012).

⁹⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Commentario del codice di procedura civile*. Volume 1. Torino: UTET, 2012. p. 41

cumulado o de novo julgamento da causa em cognição exauriente.¹⁰⁰ Há um certo paralelismo com a situação do juiz que, no rito ordinário, indefere a produção de determinada prova, dando-se por satisfeito com os demais elementos dos autos, os quais, no seu sentir, seriam suficientes para conduzi-lo à certeza subjetiva – malgrado o magistrado seja o destinatário da prova, é possível que, no caso concreto, fuja à razoabilidade a dispensa de determinado meio de prova, manifestamente pertinente e necessário à busca pela verdade, dando ensejo à anulação do *decisum* por *error in procedendo*.

Não se pretende tratar, no presente trabalho, das especificidades de cada rito especial, sob pena de evidente fuga da temática eleita. Deve-se apenas demonstrar que há diversas situações obscuras, em que a doutrina discute sobre a existência ou não de coisa julgada, justamente pela dificuldade em identificar a profundidade da cognição. É o caso, por exemplo, da decisão que, em procedimento monitório, converte o mandado de pagamento em título executivo judicial, após abster-se o réu de opor embargos (art. 1.102-C do CPC/73); ou da decisão que antecipa a tutela por mostrar-se incontroverso um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles (art. 273, § 6º, do CPC/73). Averiguar se essas decisões fazem coisa julgada, ou seja, se são prolatadas com base em cognição exauriente, é também aferir se a extensão do rito é compatível com a complexidade do direito material disputado. O tema será abordado novamente adiante.

Ainda sobre o tema da cognição exauriente, há um último ponto a ser apreciado. Respeitável doutrina sustenta ser possível, em tese, cogitar de um provimento inidôneo à formação de coisa julgada, conquanto derivado de um processo contencioso¹⁰¹ baseado em cognição exauriente. É a posição de Roberta Tiscini, para quem a opção em favor da coisa julgada material se funda em razões de oportunidade, de acordo com a discricionariedade legislativa, inexistindo qualquer óbice constitucional ao afastamento da *res iudicata*.¹⁰² As lições, entretanto, são inaplicáveis ao Direito brasileiro. Ao dispor, no inciso XXXVI do art. 5º¹⁰³, que a lei não prejudicará a coisa julgada, o constituinte pátrio dirigiu um claro comando ao legislador, para que respeite a

¹⁰⁰ GRECO, Leonardo. Os juizados especiais como tutela diferenciada. *In*: Tutelas Diferenciadas como Meio de Incrementar a Efetividade da Prestação Jurisdicional. Coord: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra. Rio de Janeiro: GZ, 2010. pp. 711 e ss.

¹⁰¹ A limitação temática impede a análise da coisa julgada nos procedimentos de jurisdição voluntária.

¹⁰² TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 15-18

¹⁰³ Não há norma correspondente na Constituição italiana.

segurança jurídica que deve amparar a decisão judicial precedida de exaustiva cognição. A coisa julgada, desse modo, é não apenas uma consequência natural da cognição exauriente, mas também um consectário constitucionalmente imposto e que apenas pode ser afastado por razões excepcionalíssimas. Nas palavras de Teresa Wambier e José Miguel Garcia Medina, cuida-se de um instituto agregado ao Estado Democrático de Direito, que não prescinde da garantia de estabilidade jurídica, de segurança e orientação e realização do direito.¹⁰⁴

1.8 Cognição plena e limitada

A classificação da cognição em plena e limitada, conforme abalizada doutrina, leva em conta a sua extensão ou dimensão horizontal, no que tange às matérias em relação às quais deverá o julgador reconstruir a realidade pretérita subjacente à controvérsia. De acordo com a lição de Kazuo Watanabe, a cognição é horizontalmente ampla e ilimitada quando se estabelece sobre todas as questões, enquanto que é limitada na sua extensão se eliminada de uma área toda de questões.¹⁰⁵ Ovídio Baptista, utilizando terminologia diversa da adotada nesta obra, entende que a “técnica de sumarização” consiste em operar um corte na totalidade do conflito, trazendo-o para o processo através de uma demanda que não o envolve em sua plenitude, de tal modo que determinados pontos ou questões litigiosas devem ficar “reservadas” para futuro exame em processo subsequente.¹⁰⁶ Desse modo, o litígio (controvérsia que vem descrita na petição inicial) não abrange toda a lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, no sentido carneluttiano).¹⁰⁷ Aqui, será empregada a expressão “limitação horizontal da cognição” para designar tal técnica, evitando, com isso, a confusão com a sumariedade da cognição em sua dimensão vertical.

Sob um ângulo estritamente empírico, toda e qualquer cognição é parcial. Não há ser humano capaz de apreender toda a experiência da realidade, de modo que sua visão de mundo será sempre semiplena. O direito seleciona certas características

¹⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003. p. 22

¹⁰⁵ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005. pp. 128-129

¹⁰⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 114

¹⁰⁷ *Ibidem.* p. 120

comuns em diferentes acontecimentos da vida; estes, a bem de ver, não possuem um começo e um fim, restando absolutamente intrincados na complexidade e riqueza dos meios social, político e econômico. No processo, de maneira artificial, realiza-se uma abordagem específica daqueles fatos que têm relevância jurídica para a *res in iudicium deducta*.

Conforme aponta Csaba Varga, não há cognição de uma generalidade abstrata, mas apenas e exclusivamente sobre contextos postos e individuais, selecionando componentes singulares de uma unidade natural, tendo em conta o objetivo predeterminado da cognição – a cognição, em última análise, é sempre parcial, a depender do contexto previamente determinado.¹⁰⁸ A determinação dos fatos é feita para resolver um concreto problema jurídico, e só tem sentido como momento metodológico de uma unitária questão jurídica concreta.¹⁰⁹

A crítica não passou despercebida por Dinamarco, que, de forma precisa, preleciona que a delimitação da área sujeita a cognição no plano horizontal é dada em primeiro lugar pela relevância jurídico-material da questão a investigar, porque não teria utilidade alguma a discussão em torno de pontos estranhos à categoria jurídica em que se enquadra o litígio.¹¹⁰ Se o autor vai a juízo pleiteando uma providência jurisdicional para albergar um direito que sustenta possuir, obviamente que apenas interessará ao magistrado conhecer das questões de fato controvertidas que compõem o fato gerador do direito alegado. *V. g.*, numa demanda que verse sobre responsabilidade civil objetiva, a discussão sobre a culpa do agente não guarda qualquer pertinência com a causa, a menos que o réu sustente tratar-se de hipótese prevista pelo direito positivo como de responsabilidade subjetiva e assim reconheça o juiz.

Veja-se: toda cognição parte de um corte epistemológico, cujos lindes, no processo, correspondem aos pressupostos fáticos para a configuração dos direitos em discussão. Nem por isso deixa de ser plena. Apenas é possível reconhecer a parcialidade

¹⁰⁸ “[T]here is no cognition in abstract generality but only and exclusively one proceeding in given, individual contexts, picking out single components of a natural unit, within the system of fore-knowledge, ‘stemming from the predetermined goal of cognition’. (...) For cognition is always partial, dependent upon the choice made for a given context.” (VARGA, Csaba. *Theory of the Judicial Process – The Establishment of Facts*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1995. p. 34 e 63).

¹⁰⁹ NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito: ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 242

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 37

da cognição, para fins processuais, nas hipóteses em que a lei processual¹¹¹, atenta à necessidade de apaziguar de forma célere determinados conflitos, impede a apreciação de questões de fato que, em tese, poderiam interferir na análise do direito material aplicável à espécie.

Discorda-se, aqui, da afirmação de Dinamarco, no sentido de que a cognição deixa de ser plena para ser limitada sempre que o direito material restringe de modo particular a matéria pertinente, com reflexos no processo e na área suscetível de cognição, excluindo a eficácia jurídica de algum ato ou fato com relação a determinada categoria substancial.¹¹² Exemplifica o autor, fazendo coro a Watanabe, com as demandas que envolvem títulos de crédito, nas quais não se admite defesa fundada na causa ou origem do título.¹¹³ Ora, essa limitação é inerente ao Direito cambiário, dispendo os artigos 915 e 916 do Código Civil de 2002 que o devedor não pode opor ao legítimo portador do título de crédito as exceções pessoais que possui contra o credor originário, salvo nos casos de aquisição de má-fé.¹¹⁴ O corte cognitivo é o que naturalmente se espera em uma lide envolvendo títulos de crédito, ou de uma obrigação civil ordinária se trataria. À perplexidade não foi alheio Kazuo Watanabe, o qual reconhece que, em termos estritamente processuais, só se pode falar em limitação à cognição quando instituída em função de um objeto litigioso já estabelecido.¹¹⁵

O caso clássico de cognição limitada é o do art. 923 do CPC, que assim dispõe, na sua redação atual: “Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio”. Pela mera apreciação do dispositivo, resta a dúvida se a exceção de domínio pode ser oposta, nos procedimentos

¹¹¹ Para Carnelutti, considera-se lei processual a “norma jurídica que disciplina a atividade do juiz e das partes para a realização do direito objetivo e para a composição dos conflitos de interesses não regulados pela norma material; norma jurídica que atribui poderes e impõe deveres ao juiz e aos seus auxiliares, e às partes e aos auxiliares destas, para o accertamento das normas jurídicas, para a execução dos comandos jurídicos e para a composição de conflitos de interesses ainda não compostos em relação jurídica” (tradução livre do trecho: “*norma giuridica che disciplina la attività del giudice e delle parti per la realizzazione del diritto obbiettivo e per la composizione di conflitti di interessi non regolati da norme giuridiche materiali; norma giuridica che attribuisce poteri e impone doveri al giudice e ai suoi ausiliari e alle parti e ai loro ausiliari per lo accertamento delle norme giuridiche per la esecuzione dei comandi giuridici e per la composizione di conflitti di interessi non ancora composti in rapporto giuridico*”). CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. V. Primo. Padova: CEDAM, 1986. p. 184).

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 38

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Loc. cit.*; WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 133

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo *et alii*. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 792-793

¹¹⁵ WATANABE, Kazuo. *Loc. cit.*

possessórios, em desfavor daquele que exerce a posse sobre a coisa. Uma análise histórica é necessária. O antigo art. 505 do Código Civil de 1916 dispunha que “[n]ão se deve (...) julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”. Essa norma foi derogada com a entrada em vigor do art. 923 do CPC de 1973, que originalmente tinha o seguinte teor: “Na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento do domínio. Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio”. Malgrado tenha a parte final do dispositivo sido extirpada pela Lei nº 6.820/80, não houve repristinação do art. 505 do CC/1916, de forma que continua sendo inadmissível a exceção de domínio nos procedimentos possessórios, o que se justifica pela magnitude social da posse e pela necessidade de rapidamente apaziguar os conflitos que surgem nesta sorte de lides.¹¹⁶

Uma voz mais apressada poderia afirmar que a limitação à discussão de domínio nas causas possessórias também tem amparo no direito material, por força do art. 1.210, § 2º, do Código Civil, *verbis*: “Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”. Ocorre que, conquanto prevista na lei civil, a disposição tem nítido caráter processual, por reger as alegações que podem ou não ser ventiladas no curso do rito possessório. A propriedade, embora não possa ser alegada para impedir a procedência da demanda de manutenção ou reintegração da posse, não deixa de constituir *fattispecie* do direito de posse, nos termos do art. 1.228 do Código Civil.¹¹⁷ Tanto que pode ser ajuizada posteriormente ação em que se postule a imissão na posse ou a sua reivindicação, com base no domínio.

Outra interessante situação em que a cognição é parcial se dá nos embargos de terceiro opostos pelo credor com garantia real com o fito de obstar a alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese, desconstituindo a penhora que recaiu sobre o bem para transferi-la para outros bens livres do devedor ou, à míngua de bens que possam substituir aquele que serve de garantia, postulando seja observado o direito de

¹¹⁶ Assim também: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 860

¹¹⁷ “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

preferência do embargante.¹¹⁸ O embargado-exequente, de acordo com o art. 1.054 do CPC, somente poderá alegar em defesa as seguintes matérias: I - o devedor comum é insolvente; II - o título é nulo ou não obriga a terceiro; III - outra é a coisa dada em garantia. Seria apta, em tese, a obstar a pretensão do credor embargante, a alegação de que o crédito garantido já foi substancialmente adimplido, pelo que a manutenção da garantia sobre todo o bem reputar-se-ia abusiva. A lei processual, contudo, impede que o juiz examine semelhante questão, motivo pelo qual a cognição é limitada ou parcial em sua extensão.¹¹⁹

1.9 A cognição e as questões de direito

Ao longo do processo, o juiz se depara com diversas matérias que devem ser resolvidas antes da decisão final sobre o pedido do autor. As alegações das partes que sejam importantes para o julgamento ganham a denominação de “pontos”. Questões são pontos controvertidos ou que, por força de lei, dependem de comprovação (v. g., art. 320, II, do CPC). Herdamos do Direito romano a distinção entre *quaestio facti* e *quaestio juris*, sem refletir, no mais das vezes, sobre o que significam uma e outra.¹²⁰

A cognição de questões de fato e de direito não difere em essência. A realidade é una e indivisível. Quando um ser humano, no cotidiano, observa uma cadeira, para utilizar um exemplo trivial, uma análise valorativa ocorre em seu consciente, reunindo qualidades do objeto apreciado e comparando-as com atributos previamente conhecidos – *in casu*, outras peças de mobiliário apoiadas sobre quatro pés, cuja função primordial seja servir de assento. O direito, igualmente, surge da praxe humana, do saber comunicativo e das expectativas normativas, prescrevendo consequências para eventos que preenchem características eleitas *a priori*.¹²¹

¹¹⁸ MARCATO, Antonio Carlos *et alii*. Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004. p. 2537

¹¹⁹ Assim também: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p. 936

¹²⁰ Denominava-se *actio in jus concepta* aquela baseada em uma lei previamente conhecida; por outro lado, na *actio in factum* a solução para a causa era buscada pelo pretor mediante recurso à analogia. Sobre o tema, v. SOHM, Rudolf. *The Institutes of Roman Law*. Trad. James Ledlie. New Jersey: Gorgias Press LLC, 2002. p. 179; BLACK, Henry Campbell. *A Law Dictionary*. 2ª ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1995. p. 24.

¹²¹ VARGA, Csaba. *Theory of the Judicial Process – The Establishment of Facts*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1995. p. 97

A diferença reside no fato de que o direito não é inerente à realidade que pretende reger. Sabe-se que o direito decorre dos fatos, da repetição destes na experiência social a ponto de exigir uma solução jurídica que confira estabilidade às relações entre os homens. No entanto, o aplicador do direito não colhe a norma jurídica da materialidade dos eventos naturais, retirando-a do sentido que o sistema jurídico indica deva ser conferido às circunstâncias apreciadas. É o direito que qualifica os fatos, que os classifica e que lhes confere um sentido juridicamente apreensível.

Há, aqui, um paradoxo: a consequência jurídica de um acontecimento somente pode ser encontrada após a reconstrução deste em juízo, enquanto que a definição das questões de fato a serem solucionadas depende diretamente do direito que se pretende aplicar.¹²² Existe uma constante relação dialética entre ser e dever ser.¹²³ A determinação no mundo da vida natural é sempre uma interpretação interessada desse mundo, e a posição jurídica é, como qualquer outra, uma certa forma natural de estar no mundo e de o interpretar para o determinar.¹²⁴ Em suma: o caso será submetido à lei por subsunção só depois que a lei for declarada apta para o caso por valoração.¹²⁵

O ceticismo merece ser abandonado, ao menos para que se efetue uma distinção voltada à sistematização do processo decisório. Pode-se dizer que a questão de fato se peculiariza por ser pós-determinada, ao passo que a questão de direito é revelada pela análise de normas extraídas do ordenamento jurídico preexistente. Enquanto a solução da questão de fato depende da reconstrução do passado, tem-se que para a elucidação da questão de direito, em tese, basta uma operação intelectual do juiz. A subsunção jurídica como a mera aplicação lógica, por dedução conceitual do geral ao particular, de uma norma de direito formal positivo, terá decerto de levar pressuposta a norma-premissa de uma tal aplicação. Assim, aponta Castanheira Neves, o problema da existência de uma norma aplicável, e da sua identificação e determinação, ou não será verdadeiramente um problema ou será uma dificuldade já resolvida antes de o problema da aplicação subsuntiva do direito se vir a por.¹²⁶ Noutros termos: o direito é certo; se por vezes

¹²² VARGA, Csaba. *Op. cit.* p. 99

¹²³ BÜLLESBACH, Alfred. Saber jurídico e ciências sociais. *In*: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 495

¹²⁴ NEVES, António Castanheira. Questão-de-facto – Questão-de-direito: ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967. p. 246

¹²⁵ *Ibidem.* p. 262

¹²⁶ NEVES, António Castanheira. *Op. cit.* p. 252

dubia est legum sententia, incumbe ao juiz estabelecer a sua certeza *coniecturis et argumentis*.¹²⁷

Admitindo a distinção como correta nos termos em que proposta, imperioso concluir que a prestação jurisdicional calcada apenas em questões de direito deveria ser sempre instantânea. A desnecessidade de uma fase destinada à demonstração da veracidade das alegações das partes enseja o imediato término do processo, pois do Estado-juiz não se pode exigir uma atividade inútil e das partes não se pode tolher senão o tempo estritamente necessário à reunião das premissas que compõem o *decisum*. A cognição das questões de direito, ao contrário da resolução de questões de fato, possui sempre a máxima profundidade, porquanto dispõe o julgador, de plano, de todos os elementos necessários à resolução do *thema decidendum*. Enquanto os fatos são provados, o direito aplicável a esses fatos é obtido por dedução (*iura deducuntur, facta probantur*).

Tem pleno vigor no nosso ordenamento a máxima *iura novit curia*, designativa da ficção jurídica segundo a qual o juiz está sempre preparado para decidir a respeito de controvérsias estritamente jurídicas. O brocardo já constava do *Corpus Iuris Canonici*, compilação das leis canônicas da era medieval, e teria surgido acidentalmente, em ocasião na qual um juiz, cansado das prolongadas divagações jurídicas de um advogado, exclamou: “*Venite ad factum. Curia novit ius*”. Não se sabe ao certo, contudo, a época em que o evento teria ocorrido.¹²⁸ A regra tem diversas funções: (i) permite ao juiz aplicar o direito, ainda que não alegado pelas partes, sem que se possa entrever nisso qualquer malferimento ao princípio dispositivo; (ii) impõe ao magistrado o dever de julgar a causa, não sendo escusa a claudicância das partes na definição das normas incidentes sobre os fatos narrados; (iii) conseqüentemente, retira do rol dos elementos indispensáveis da demanda a invocação do direito. Não obstante, desde a sua origem é

¹²⁷ MELENDO, Santiago Sentís. *El juez y el derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. p. 35

¹²⁸ MELENDO, Santiago Sentís. *Op. cit.* pp. 14-18. Santís Melendo observa que, ao menos até o Século XIV o termo *iura* era utilizado para designar os direitos subjetivos, enquanto que o direito objetivo era traduzido pelo vocábulo *ius*. Por sua vez, Arturo Capone relata que o adágio *iura novit curia* somente se difundiu, com o significado que possui atualmente, por volta do Século XVII; porém, ao menos dois Séculos antes, os juizes dos supremos colégios judiciários franceses já advertiam os advogados com a frase “*Venite ad factum, curia satis illa intelligit*” (CAPONE, Arturo. *Iura novit curia – studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2010. p. 18).

uma norma voltada à tutela da celeridade do processo, de modo a evitar infundáveis e pouco férteis debates sobre a melhor interpretação do sistema jurídico.¹²⁹

É corriqueira na doutrina a divisão entre direito objetivo e subjetivo. O primeiro termo designa o sistema de normas jurídicas em vigor, derivadas de fontes formais ou materiais de direito. O segundo, por sua vez, refere-se à prerrogativa que tem o beneficiário de uma norma de fazer atuá-la em seu favor, inclusive por meio de recurso à coação estatal. Santiago Sentís Melendo cogita a possibilidade de o brocardo *iura novit curia* ter surgido para designar o conhecimento do juiz acerca do direito subjetivo das partes, e não propriamente do direito objetivo.¹³⁰ Uma concepção do adágio que lhe confira abrangência sobre os direitos subjetivos¹³¹, entretanto, é incompatível com o ordenamento brasileiro, que adota a denominada teoria da substanciação, segundo a qual a causa de pedir é composta dos fatos alegados pelo demandante e da relação jurídica apontada como consequência daqueles acontecimentos. Tem-se, assim, que a regra “*Da mihi factum, dabo tibi ius*” se direciona tão somente ao arcabouço normativo a ser aplicado pelo julgador;¹³² este, em atenção ao princípio da inércia, não pode modificar o direito subjetivo invocado pelo autor.¹³³

Figure-se, a título ilustrativo, hipótese em que o credor vai a juízo pleiteando a resolução da obrigação de dar coisa certa, fundamentando sua pretensão no fato de que esta se deteriorou sem culpa do devedor. O direito objetivo aplicável ao caso, que não compõe a causa de pedir, é o art. 235 do Código Civil, que assim dispõe, *in verbis*: “Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu”. O credor, portanto, é titular de um direito potestativo de escolha entre a resolução ou o abatimento

¹²⁹ CAPONE, Arturo. *Op. cit.* p. 19

¹³⁰ MELENDO, Santiago Sentís. *Op. cit.* p. 19

¹³¹ O termo “direito subjetivo” é utilizado, aqui, em acepção ampla, abrangendo também aqueles direitos denominados potestativos, aos quais corresponde um estado de sujeição, e não um dever.

¹³² Interessante a solução da lei processual civil alemã (ZPO), cujo § 139 exige que seja oportunizado o contraditório às partes sempre que o Tribunal pretenda reconhecer uma questão de direito de ofício.

¹³³ Em idêntico sentido: GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 204. Santiago Sentís Melendo sustenta posição parcialmente diversa, admitindo a extensão do *iura novit curia* aos direitos subjetivos, malgrado afirme que o seu sentido original e autêntico é dirigido ao direito objetivo: “Em conclusão: o significado exato do aforismo é o conhecimento do direito objetivo, da norma jurídica, por parte do juiz. A extensão do aforismo e aplicação normal do mesmo alcança os direitos subjetivos feitos valer pelos litigantes.” (tradução livre do trecho: “*En conclusión: significado exacto del aforismo, es el conocimiento del derecho objetivo, de la norma jurídica, por parte del juez. La extensión del aforismo y aplicación normal del mismo alcanza a los derechos subjetivos hechos valer por los litigantes.*” MELENDO, Santiago Sentís. *Op. cit.* p. 37).

no preço. Desde que inexistia no caso um abuso do direito de resolver a avença, não pode o juiz, invocando o *iura novit curia*, conceder o abatimento no lugar da resolução, como se provocado a tutelar uma pretensão *quanti minoris*. Tal julgamento seria claramente *extra petita*.¹³⁴

A própria análise gramatical do aforismo autoriza esta conclusão. O verbo *novit* constitui a terceira pessoa do singular do pretérito perfeito de *noscere*, que significa “conhecer”. Não denota uma ação progressiva, ascendente e inacabada, mas uma atividade completa e concluída. *Curia*, por sua vez, não indica um Tribunal ou juiz singularmente definidos, e sim o conjunto dos organismos e Tribunais em geral para o governo de uma nação. A *curia*, portanto, conhece o ordenamento jurídico, as normas jurídicas. É sabedora do direito positivo e não precisa conhecê-lo ao longo do processo. Quanto aos direitos subjetivos, estes resultam da subsunção da norma aos fatos da causa, os quais, conforme explicitado alhures, dependem da sua reconstrução em juízo, sendo, portanto, pós-determinados. Para designar a atividade da Corte (*curia*) em relação aos direitos subjetivos, seria mais adequada a expressão *noscit*, visto que aquela os conhece ao longo do processo.¹³⁵

Resulta do exposto que a máxima *iura novit curia* constitui uma ficção jurídica, segundo a qual a cognição judicial é pressuposta em relação às questões de direito objetivo.

Sob o ângulo estritamente prático, contudo, nem sempre o magistrado é sabedor, com total convicção, do direito que deve ser aplicado à espécie julgada.¹³⁶ O saber jurídico não tem apenas a tarefa de analisar o conteúdo das normas, mas também os seus objetivos, as suas formas de aplicação e os seus efeitos. Na doutrina alemã, denomina-se “jurisprudência experimental” a sistemática constatação dos efeitos gerados por

¹³⁴ Vide, sobre o tema, a seguinte sentença do Tribunal Supremo espanhol: “*TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCIAS POR CARRETERA. CAUSA PETENDI: ALTERACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO. La resolución recurrida cambió el objeto del proceso, al alterar la “causa petendi” y condenar por una acción no ejercitada, lo que tiene especial trascendencia porque la formulada, a diferencia de la estimada, se hallaba extinguida en cuanto a la mayoría de los servicios reclamados por prescripción extintiva. La modificación de la “causa petendi” y el cambio de acción quedan excluidos del ámbito del “iura novit curia”. En primera instancia se desestima la demanda. Se estima parcialmente la apelación. Se estima la casación.*” (Sentencia nº 624/2007 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 6 de Junio de 2007).

¹³⁵ MELENDO, Santiago Santís. *Op. cit.* p. 26

¹³⁶ Sobre a denominada “humildade judicial”, v. SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds*. New Jersey: Princeton University Press, 2009. V. tb. BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Quem tem medo do povo? *In: Revista Consultor Jurídico*, 9 de março de 2012. Disponível no sítio eletrônico <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-09/lei-ficha-limpa-assistimos-advento-stf>>, acesso em 25 de julho de 2012.

determinada solução jurídica no meio social, investigando-se fenomenologicamente a sua capacidade para resolver o problema respectivo, em uma legítima atividade de erro e acerto.¹³⁷

Em última análise, o mito da prestação jurisdicional instantânea em face das questões de direito leva à conclusão de que os processos de controle objetivo de constitucionalidade, assim como os recursos excepcionais (especial e extraordinário), deveriam ter um rito reduzidíssimo, limitado ao tempo mínimo suficiente para a subsunção do direito pré-definido à hipótese *sub judice*. A praxe judiciária, entretanto, demonstra que o julgamento destas espécies processuais se protraí por longo período de tempo, não só devido ao excesso de trabalho nas Cortes superiores, mas também em razão das polêmicas que se instauram em torno das matérias postas à apreciação.

Duas constatações *de lege lata* põem em xeque o dogma da profundidade cognitiva absoluta das questões de direito.

Em primeiro lugar, a Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, prevê a possibilidade de o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 9º, § 1º, e art. 20, § 1º). Idêntica previsão consta do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, quanto à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Observa Gilmar Mendes que a inovação legal serviu para superar a antiga jurisprudência do Pretório Excelso, no sentido de que fatos controvertidos ou que demandam alguma dilação probatória não poderiam ser apreciados em Ação Direta de Inconstitucionalidade. A inspiração foi o chamado *Brandeis-Brief*, memorial elaborado pelo advogado estadunidense Louis Brandeis no caso *Müller v. Oregon*, de 1908, que possuía cento e treze páginas, sendo que apenas duas delas destinadas ao debate de questões jurídicas. Assim, percebe-se a importância do exame dos fatos legislativos

¹³⁷ BÜLLESBACH, Alfred. BÜLLESBACH, Alfred. Saber jurídico e ciências sociais. In: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 495

pressupostos ou adotados pelo legislador, por força da dialética entre fato e direito analisada linhas acima.¹³⁸

A segunda constatação deriva da possibilidade de concessão de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 11 da Lei nº 9.868/99), na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 12-F da Lei nº 9.868/99), na Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 21 da Lei nº 9.868/99) e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 5º da Lei nº 9.882/99). A medida liminar é, por imposição lógica, prolatada com base em cognição menos profunda que a decisão final, o que implicaria admitir uma cognição não exauriente em um processo que apenas versa sobre questões de direito. Nem o prazo reduzido para a oitiva dos órgãos e autoridades pertinentes seria justificativa plausível para a existência de um provimento não definitivo a respeito de matéria estritamente jurídica, visto que acarreta a dupla manifestação do Tribunal sobre o mesmo tema, em troca da diminuição de apenas alguns dias nos prazos processuais que antecedem o julgamento da liminar.

Talvez em virtude dessa incongruência, vem o Supremo Tribunal Federal, em diversos casos, determinando a adoção do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99.¹³⁹ Por meio desse mecanismo, o relator, alegando ser a matéria relevante e de especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, provoca o encurtamento dos prazos para prestação de informações e para manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, encaminhando o processo ao Pleno para o julgamento definitivo da controvérsia. O contrassenso é evidente: justamente nos casos de maior relevo, que mereceriam detida reflexão, a Lei permite a redução dos prazos processuais, enfraquecendo o debate.

A medida liminar nos processos de controle concentrado de constitucionalidade tem maior importância nas situações em que a urgência requer a prolação de um provimento *inaudita altera parte*, decidindo o relator *ad referendum* do Tribunal Pleno,

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 1213-1214

¹³⁹ O procedimento mais célere já foi, inclusive, adotado em Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, apesar da omissão da Lei nº 9.882/99. Confira-se: “(...) A relevância social da matéria arguida na presente demanda, a reclamar análise em definitivo pelo Plenário desta Corte, milita em prol da aplicação ao caso da abreviação procedimental prevista no art. 12 da Lei nº 9.868/99. Embora à primeira vista pertinente, no referido diploma legal, exclusivamente à ação direta de inconstitucionalidade, é a própria teleologia da norma que enseja sua aplicação analógica ao procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, regido pela Lei nº 9.882/99, na medida em que igualmente presentes as razões que a fundamentam.” (ADPF nº 235, Rel. Min. Luiz Fux, despacho de 10/06/2011, DJE nº 116 de 16/06/2011)

conforme permitido pelo art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em relação à ADPF, e pelo art. 21, V, do Regimento Interno do STF, nas demais espécies processuais. O contraditório, como pressuposto fundamental de uma decisão justa, é exigência constitucional cuja ausência impede que se considere completa a cognição, ainda que somente envolva questões de direito, obstando seja acobertado pelo manto da coisa julgada o provimento que atinja desfavoravelmente a esfera jurídica daquele que não teve a oportunidade de se manifestar. Por imperativo lógico, há que se concluir que a cognição do direito objetivo comporta divisão em ao menos dois graus: um mais brando, anterior ao contraditório, e outro mais intenso, em momento seguinte à fase de resposta.

No campo das questões de direito, aquele incumbido de decidir pode se deparar, ainda, com dois tipos de problemas. Pode ser que a situação de fato se amolde a diversos fatos geradores normativos, causando dúvida sobre a solução jurídica aplicável. O oposto também pode ocorrer, de maneira que o evento apreciado não atraia a incidência de qualquer norma predefinida, por ser, a princípio, uma conjuntura nova para o direito. O primeiro problema caracteriza a denominada lacuna de reconhecimento, ao passo que o segundo é usualmente definido como lacuna normativa.

Tem-se, desse modo, que a cognição na seara do direito positivo pode ser turbada pelos casos difíceis, nestes incluídos os casos omissos. O caso omissos é um evento cuja juridicidade pende de constituição, o que se faz mediante recurso ao *argumentum a contrario* e à analogia.¹⁴⁰ São exemplos os eventos de subinclusão (*underinclusiveness*), nos quais o fato gerador da norma jurídica aparentemente abrange um espectro de conjunturas mais restrito do que sugere a justificação que lhe subjaz. Fazem parte do gênero “casos difíceis”, nos quais a mera subsunção da regra jurídica potencialmente aplicável à hipótese é insuficiente para a adequada resolução da causa. É possível enumerar diversas situações que se enquadram nesse perfil, como os casos de sobreinclusão (*overinclusiveness*) e textura aberta da linguagem.

Regras não são mais que generalizações probabilísticas, pois cada qual prescreve uma solução que, em razão de um motivo legítimo, é capaz de conciliar adequadamente todos os interesses em jogo na maior parte dos casos. Frederick Schauer denomina experiências recalcitrantes (*recalcitrant experiences*) todas aquelas em que o aplicador do direito, deparando-se com um caso excepcional não adequado à generalização,

¹⁴⁰ NEVES, António Castanheira. *Op. cit.* pp. 260-263

coloca-se em uma difícil encruzilhada: aplicar o que dispõe a regra jurídica e contrariar a sua própria razão de ser, ou descumprir a regra e seguir a orientação que melhor atenda à justificação subjacente à norma?¹⁴¹

A esta altura já nos embrenhamos excessivamente em árido campo, reservado à filosofia do direito. A breve incursão se deve à necessidade de demonstrar que a ficção jurídica imposta pelo *iura novit curia*, de que o juiz sempre sabe o direito que deve reger o caso pendente de julgamento, é empiricamente imprecisa em muitos casos. Atenta a esse dado, a lei pode estabelecer exceções, admitindo como incompleta a cognição mesmo que nada reste a ser esclarecido quanto às questões de fato, sendo exemplos os supracitados artigos 9º, § 1º, 20, § 1º, 11, 12-F e 21 da Lei nº 9.868/99, bem como os também já mencionados artigos 5º e 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

Encerramos o presente tópico com as seguintes conclusões: (i) o ordenamento brasileiro acolhe a máxima *iura novit curia*, disso decorrendo que a cognição de questões de direito, como regra, é pressuposta, somente podendo ser considerada incompleta enquanto não formado o contraditório; (ii) excepcionalmente, o ordenamento jurídico pode render-se às exigências práticas, afastando o *iura novit curia* para permitir a prova das questões de direito¹⁴² ou a concessão de provimentos liminares, que não impedem a continuidade do processo, apesar da inexistência de questões de fato por solucionar.

¹⁴¹ SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Reimpressão. New York: Oxford University Press, 2002. p. 53 e ss.

¹⁴² Sobre o tema, V.: ORDIOZOLA MARISCAL, Carlos Enrique. El principio *iura novit curia* en México: hacia un instituto federal de especialistas en Derecho Internacional Privado y Comparado. *In: Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*. Tomo I. Coord.: Manuel Becerra Ramírez *et alii*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. p. 97

2. DIREITO PROCESSUAL DE RISCOS

2.1. Dromologia processual

“Dromologia” é um termo cunhado pelo filósofo francês Paul Virilio para designar o estudo dos efeitos da velocidade nas relações humanas, notadamente as relações políticas.¹⁴³ Com um enfoque próprio, o autor demonstra como a velocidade sempre foi um fator de proveito na sociedade, sendo um de seus exemplos a vantagem que os conquistadores espanhóis possuíam sobre as civilizações pré-colombianas, em razão da capacidade daqueles para uma maior rapidez de deslocamento.¹⁴⁴ Em contrapartida, na era contemporânea, as tecnologias aceleraram as relações, permitindo a realização de operações a distância, o agir instantâneo, colocando a sociedade e a história em uma corrida precipitada em direção à barreira do tempo. A “velocidade da luz”, segundo ele, não apenas transformou o mundo, mas se tornou o mundo¹⁴⁵, provocando o que denominou de “poluição dromosférica”, uma tirania do tempo, ou da sua falta, que gera uma instabilidade social quase tão catastrófica quanto as mudanças climáticas.¹⁴⁶

O importante é compreender que o tempo não constitui apenas uma dimensão física: o tempo como número do movimento segundo o anterior e o posterior, como pensado por Aristóteles.¹⁴⁷ Além de uma experiência psíquica, representa também uma construção social – um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico.¹⁴⁸ Não que se trate de várias e ontologicamente distintas espécies de tempo, para além daquele constante das equações de mecânica; longe disso, o que se prega é a existência

¹⁴³ VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

¹⁴⁴ VIRILIO, Paul. *Negative horizon: An Essay in Dromoscopy*. Trad. Michael Degener. London – New York: Continuum International Publishing Group, 2006.

¹⁴⁵ Na sua obra mais famosa, Virilio concluiu: “A violência da velocidade tornou-se, simultaneamente, o lugar e a lei, o destino e a destinação do mundo” (VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996. p. 137).

¹⁴⁶ VIRILIO, Paul. *The Great Accelerator*. Trad. Julie Rose. Cambridge – Malden: Polity, 2012. p. 73-85

¹⁴⁷ PUENTE, Fernando Rey. *Os sentidos do tempo em Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2001. p. 121

¹⁴⁸ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 12

de diferentes valorações do tempo, diversas óticas pelas tantas lentes das múltiplas áreas do saber humano.¹⁴⁹

Para o estudioso do Direito processual, o tempo é uma preocupação constante. O juiz reconstrói os fatos de ontem para aplicar o direito de hoje, ou da época em que os acontecimentos ocorreram, interpretando-o à luz de pensadores e textos legais do passado, sempre atento às consequências que a decisão pode gerar no futuro.¹⁵⁰ Quando o legislador e o magistrado assinalam um prazo para a prática de determinado ato processual, utilizam o tempo como instrumento para a consecução de certos objetivos escolhidos – v. g., permitir uma manifestação refletida sobre as alegações da parte *ex adverso*, velar para que determinada ordem seja cumprida de forma satisfatória, impedir o perecimento de algum bem jurídico em situação de perigo *etc.*

A dromologia aplicada ao processo suscita a análise das implicações do elemento temporal no caminho para a aplicação da vontade concreta da lei. Há diversos aspectos positivos, que não podem ser desprezados, mas também existe o lado negativo do curso temporal.

Quanto às consequências positivas, o passar do tempo produz um desejável efeito apaziguador, permitindo que as partes reflitam sobre os acontecimentos, reconheçam suas próprias falhas e acalmem seus ânimos. Com isso, aumentam as chances de conciliação, do reconhecimento do direito da outra parte ou, até mesmo, o perdão.¹⁵¹

Em contrapartida, são incontáveis os seus efeitos deletérios. O tempo do processo condiciona a justiça da decisão. No processo, o tempo é mais que ouro: é justiça.¹⁵² Carnelutti, por isso mesmo, compara o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso.¹⁵³ São severos os aspectos negativos da dimensão temporal, indica o belga François Ost: com o passar do tempo, a força obrigatória das leis enfraquece em vez de se reforçar, os títulos jurídicos definham em vez de se consolidar,

¹⁴⁹ Sobre a importância do tempo para as ciências sociais, v. NOVAES, Adauto (org.). Tempo e história. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

¹⁵⁰ OST, François. *Op. cit.* p. 30

¹⁵¹ Sobre a relação entre tempo, esquecimento e perdão, v. OST, François. O tempo do Direito. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 139. V. tb. BARROSO, Luís Roberto. O mistério maravilhoso do tempo. *In*: Temas de Direito Constitucional. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 597 e segs.

¹⁵² A frase, atribuída a Eduardo Couture, foi colhida em NERY JR., Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 315

¹⁵³ CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo. Napoli: Morano, 1958. p. 232

as provas, mais do que acumular-se, dispersam-se e baralham-se. Enquanto o direito de um se afirma progressivamente, o do outro esbate-se; enquanto uma regra se sente morrer pouco a pouco, atingida pela ineficácia, uma outra, mais jovem, ocupa em breve o lugar deixado vazio.¹⁵⁴ O direito, pela ação do tempo, pode se render à situação de fato consolidada pela inoperância do Estado-juiz – a solução jurídica imediata é diversa daquela postergada.¹⁵⁵ Mais do que injustamente ter de esperar para ver reconhecido e efetivado um direito que possui, a parte pode vê-lo desvair-se entre seus dedos, ainda que tenha sido diligente na busca pela tutela devida.

Ocorre que o processo não deve constituir mecanismo de punição àquele que é titular de um direito. Procrastinar a tutela jurisdicional da legítima pretensão de uma parte constitui grave injustiça, somente superada em intensidade pela negativa de tutela. As consequências da morosidade no gozo de uma posição jurídica de vantagem podem ser desastrosas no âmbito econômico-social. Saber que um direito demorará a ser satisfeito, se o devedor vier a resistir, constitui fator de desestímulo à sua aquisição. Em uma escala ampliada, não é exagero cogitar da diminuição dos investimentos, da redução do crédito disponível, da desaceleração da economia e de tantos outros indesejáveis derivados.

Sem dúvidas, o tempo é um inconveniente para aquele que o suporta à espera da satisfação de sua pretensão. Todavia, não se pode eliminá-lo – um processo justo demanda uma parcela de tempo que será debitada em desfavor de um dos litigantes. É, como afirma Ovídio Baptista, um custo necessário, que não se pode suprimir, e que deve ser partilhado pelo legislador de forma harmoniosa e justa, de modo que não sobrecarregue apenas um dos litigantes para gáudio de seu adversário, o qual sempre terá no tempo, que onera a outra parte, o grande aliado com que haverá de contar durante a longa travessia representada pelo processo de conhecimento.¹⁵⁶

Note-se: quando se fala em prestação jurisdicional morosa, retrata-se a situação em que o autor vai a juízo alegando a violação a um direito seu, mas recebe em troca a

¹⁵⁴ OST, François. O tempo do Direito. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 165

¹⁵⁵ Para uma análise da modulação dos efeitos das decisões judiciais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e no Direito comparado, v. BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. RePro, vol. 198, p. 389 e ss., RT, ago/2011.

¹⁵⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: Doutrinas essenciais – Processo Civil. Org.: Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier. V. II. São Paulo: RT, 2011. p. 841

violência contra outro dos seus direitos, qual seja, a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB). Referido princípio, cuja previsão expressa na Carta Magna adveio com a Emenda Constitucional nº 45/2004, impõe a exata ponderação entre os valores em jogo, a fim de que o ônus dromológico processual recaia sobre a parte que possui menos chances de sair vencedora.¹⁵⁷ Luigi Paolo Comoglio chama a atenção para a difícil relação entre tempo processual extenso e disfunção institucional da justiça pública, cuja inexorável consequência é converter uma justiça tardia em uma substancial injustiça, uma verdadeira e própria justiça denegada.¹⁵⁸ Afinal, como já alertava Jeremy Bentham, “*justice delayed is justice denied*”.

Há duas linhas de estratégias historicamente adotadas para contornar ou minorar os inconvenientes gerados pela morosidade do processo judicial, a depender das opções político-ideológicas dos diversos ordenamentos. A primeira saída tem caráter estrutural e técnico, incidindo sobre o âmago do processo para combater, de dentro, a morosidade. Diz respeito às reformas destinadas a acelerar e a concentrar o curso dos procedimentos jurisdicionais, a diminuir a sua duração global, a controlar com rigor o seu ritmo. É o que se busca com a adoção de modelos e ritos processuais diferenciados, em função das características substanciais dos direitos ou dos interesses a tutelar.¹⁵⁹ A segunda alternativa, que não constitui elemento central de pesquisa neste trabalho, tem cunho externo. Adotando como premissa a excessiva duração da justiça pública, tem por objeto a individualização, a disciplina e o estímulo a formas eficientes de proteção e de tutela em sede não contenciosa e conciliativa, ou a órgãos privados de composição de conflitos – o que se convencionou chamar de meios alternativos de resolução de controvérsias (ou *ADR: alternative dispute resolution*).¹⁶⁰

O combate às falhas estruturais do processo e da administração da justiça não deve implicar, contudo, uma busca pela rapidez a qualquer custo. Não se deve

¹⁵⁷ A Corte Europeia de Direitos Humanos tem vasta jurisprudência sobre a cláusula do “tempo razoável” (*reasonable time*), prevista no art. 6, § 1, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Entende a aludida Corte que a razoabilidade da duração dos processos deve ser analisada à luz das circunstâncias do caso e com atenção aos seguintes critérios: (i) a complexidade do caso; (ii) a conduta do demandante e das autoridades; e (iii) o que estava em jogo para o demandante naquela controvérsia (*Case of Laduna v. Slovakia*, nº. 11686/10, § 45, julg. 31/05/2012). Idêntica cláusula consta do artigo 8, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, internalizada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 678/92.

¹⁵⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. In: Revista de Processo*. Vol. 151. São Paulo: RT, 2007. p. 72

¹⁵⁹ V. *infra* 3.2

¹⁶⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Loc. cit.*

hipervalorizar o aspecto negativo do passar do tempo para o processo, descurando-se dos seus relevantes caracteres positivos.¹⁶¹ Sem um mínimo de dispêndio temporal, é impossível uma análise detida do caso, um correto equacionamento de todas as nuances do conflito que se deve solucionar. Transforma-se, então, o Judiciário em um mecanismo burocrata de sentenciamento irracional em massa, abandonando o modelo, tão esperado, de justiça humanista.¹⁶² Como alerta Nelson Nery Jr., o que se deve buscar não é uma “justiça fulminante”, mas um processo de duração razoável, com o devido respeito aos demais valores constitucionais.¹⁶³

A introdução da cláusula da razoável duração do processo na Carta Magna possui a relevante função de trazer para a ordem do dia dos legisladores e operadores do direito em geral, a preocupação com o tempo da justiça estatal, a fim de que jamais constitua punição àquele que legitimamente busca a satisfação de um direito. Semelhante mudança de paradigma também ocorreu na Itália, com a introdução da garantia da “*ragionevole durata*” no art. 111 da Constituição pelo art. 1 da *legge costituzionale* n. 2 de 23 de novembro de 1999 – a perspectiva de efetividade passa a ser a medida do processo.¹⁶⁴

Sob essa ótica, o processo de conhecimento à moda clássica, que reserva os provimentos antecipatórios de tutela para excepcionais casos de urgência, reveste-se de cunho inegavelmente conservador, pois privilegia a posição do demandado ao mantê-lo “no cômodo da posse”, mesmo que as suas probabilidades de vitória sejam reduzidas ou nulas.¹⁶⁵ Dando excessivo valor ao elemento certeza e recusando deixar-se interpelar

¹⁶¹ ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *In*: Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coord: Luiz Fux; Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006. p. 196

¹⁶² Por isso, merece ser repensado o modelo atualmente adotado pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo encarregado de recomendar providências aos órgãos do Poder Judiciário. Atualmente, o CNJ vem estabelecendo metas anuais de encerramento dos processos. Por exemplo, em 2011 foi estabelecida a meta de “acabar com o estoque de processos que entraram na Justiça até o fim de 2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e de competência do tribunal do júri, até o final de 2007”. A intenção primordial é louvável, de combater a morosidade gerada pela claudicância de membros do Poder Judiciário. Porém, a ausência de atenção à qualidade das decisões geradas pela “meta” gerou, na praxe, uma multiplicação em massa de injustiças.

¹⁶³ NERY JR., Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 318

¹⁶⁴ SASSANI, Bruno. La durata ragionevole del processo civile. *In*: Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile. A cura di: CAPPONI, Bruno; VERDE, Valeria. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 88

¹⁶⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Op. cit.* p. 843

pelas exigências do presente, o direito torna-se dogmático e a sua prática torna-se formalista e legalista.¹⁶⁶

Uma mudança é necessária, mas qual deve ser o novo horizonte? Como evitar que a assunção das incertezas que compõem o denominado “obstáculo epistemológico”¹⁶⁷ abra as portas para o arbítrio? Segue-se uma proposta de solução.

2.2 Velocidade e justiça: uma análise econômica do Direito Processual

As linhas escritas até aqui edificam a ideia base para o presente estudo: pelo simples fato de ter de aguardar para exercer o seu direito, o titular experimenta um prejuízo em sua esfera jurídica. O tempo é um bem da vida, decorrendo da sua escassez uma correspondente preciosidade. Os dias e horas que passam não podem ser recuperados, do que decorre que a perda de tempo é irreversível.¹⁶⁸ No mundo globalizado, onde se vive a era do efêmero, da rapidez, das relações imediatas, o tempo é um item cada vez mais disputado.¹⁶⁹ O processo não pode ignorar essa exigência da modernidade, amparado no confortável dogma de que o postulante é que deve suportar os reveses infligidos pelo tempo necessário para formar o convencimento do juiz acerca dos fatos.

A cognição é funcionalmente dirigida à determinação da legitimidade da pretensão autoral. Quanto mais profunda a cognição, menor o risco de se conferir provimento judicial favorável àquele que não tem direito. Por outro lado, a máxima profundidade da cognição pode retardar a realização da justiça, prejudicando desnecessariamente a parte que tem razão. Rememore-se que, conforme demonstrado alhures, a cognição exauriente sequer é garantia de um julgamento baseado na verdade.¹⁷⁰ Pode ser que o autor vá a juízo com um direito de tal sorte comprovado que seja absolutamente iníquo negar-lhe o imediato acesso ao bem da vida a que provavelmente faz jus. Quando o risco de erro Judiciário é nitidamente menor que o

¹⁶⁶ OST, François. O tempo do Direito. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 138

¹⁶⁷ François Ost atribui a expressão a Gaston Bachelard, designando tudo aquilo que permite questionar as certezas do senso comum (O tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 309).

¹⁶⁸ A valoração do tempo em razão da sua escassez é muito bem trabalhada por: GIANNETTI, Eduardo. O valor do amanhã: ensaio sobre a natureza dos juros. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

¹⁶⁹ OST, François. *Op. cit.* p. 331

¹⁷⁰ V. *supra* 1.3

risco de atrasar a realização do direito suficientemente demonstrado, passa a ser desproporcional agraciar o réu com a postergação do provimento decisório, equivalente a uma imunidade contra as legítimas investidas do autor. Disso resulta uma encruzilhada, tanto para o legislador quanto para o juiz, da qual o processo jamais conseguiu se livrar em seu desenvolvimento histórico: é melhor julgar rápido ou postergar a solução da causa para que dela se tenha certeza?

A ponderação narrada consiste em delicada atividade. Um descuido pode transformar o processo em uma arma a serviço de um sujeito a quem o direito material não acode. Por isso, Cândido Dinamarco alerta para o fato de que, ao estabelecer o desejado modelo do equilíbrio entre a celeridade e a ponderada cognição como virtudes internas do processo, legislador e intérprete hão de estar conscientes do risco que correm ao se afastarem dos critérios de certeza e passarem a confiar na probabilidade suficiente, como metro para as soluções processuais. Prossegue o jurista afirmando que cada sistema processual, em sua individualidade, contém a fórmula de seu próprio equilíbrio e assume seus próprios riscos, moldados e calculados segundo os ditames de uma relatividade histórico-cultural que é em si mesma dinâmica e nunca se estabiliza em soluções definitivas e universais.¹⁷¹

Na linha de raciocínio do Professor da Universidade de São Paulo, apenas mediante autorização legislativa seria possível efetuar a transferência dos ônus inerentes ao tempo do processo para o réu, em razão do alto grau de verossimilhança das alegações do autor. A experiência longeva do legislador lhe permitiria avaliar o risco e só se atrever a enfrentá-lo quando sentir que é suportável e que os benefícios a serem alcançados, na maioria considerável dos casos, compensam os possíveis males, os quais teriam pouca incidência. É uma questão de avaliação da intensidade dos riscos e da gravidade dos males, em confronto com as vantagens esperadas, com base em juízos de probabilidade suficiente.¹⁷²

A despeito dessas conclusões, não há que se negar que a avaliação dos riscos depende da atuação do juiz, porquanto se trata de sopesamento que só pode ser realizado à luz dos elementos do caso concreto. Neste sentido, impõe-se a divisão das modalidades de decisão, de acordo com a sua natureza, entre aquelas prolatadas em

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 270

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 287-288

situação de certeza e aquelas outras proferidas em situação de risco. Sob o ângulo da argumentação jurídica, é conhecida na doutrina alemã a teoria da decisão em treze passos de Thomas Wälde, que assim descreve o percurso do juiz, desde a identificação das questões até o provimento final: (i) identificação do problema a decidir; (ii) apuramento e construção de opções de decisão jurídico-dogmaticamente defensáveis; (iii) apuramento das consequências: seleção de expectativas relevantes de consequências; (iv) determinação da estrutura substancial de objetivos naquele âmbito problemático; (v) identificação da estrutura de objetivos: classificação/escala de valores; (vi) avaliação da probabilidade das várias expectativas de consequências; (vii) avaliação do resultado das consequências de uma possível estratégia da decisão com base na estrutura de objetivos identificada no quinto passo; (viii) avaliação do resultado das consequências com base no fator de insegurança; (ix) ato de escolha com base no processo da decisão; (x) exame de sensibilidade; (xi) exame dos critérios de legitimação: estará o sistema da decisão legitimado para a proposta da decisão?; (xii) exame dos critérios de funcionalidade, especialmente: (a) foi processada a informação suficiente?; (b) têm outros sistemas da decisão uma melhor capacidade de informação?; (c) a decisão tem possibilidade de ser executada?; (xiii) fundamentação.¹⁷³

A decisão que se funda em cognição não exauriente é daquelas proferidas em situação de risco, devendo o julgador optar pela solução jurídica que, de acordo com as informações coligidas sobre a demanda e com as alternativas decisórias traçadas em abstrato, apresentar a mais alta probabilidade de realização da justiça. A escolha é delicada, pois alguém sairá perdendo. Recusar ao autor o benefício provisional significa agraciar o réu com um proveito de idêntica magnitude, consistente em manter as coisas exatamente como estão.¹⁷⁴ Ao menos o réu que sofre execução provisória tem direito à reparação dos danos que haja experimentado, no caso de posterior reforma do título

¹⁷³ SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. *In*: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 535. Assim também: LUHMANN, Niklas. Risk: A Sociological Theory. New Jersey: Transaction Publishers, 2005. p. 59; COELHO, Nuno Miguel Pereira Ribeiro - A organização do sistema judicial enquanto condicionante da realização do Direito [Em linha]. Lisboa: ISCTE, 2008. Tese de mestrado. [Consult. 23 de junho de 2012] Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10071/1297>>. p. 34; HOFMANN, Ekkehard. Abwägung im Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 13.

¹⁷⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *In*: Doutrinas essenciais – Processo Civil. Org.: Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier. V. II. São Paulo: RT, 2011. p. 850

executivo efêmero (art. 475-O, I, do CPC de 1973).¹⁷⁵ No caso inverso, o autor, pela demora na satisfação de seu direito, será ressarcido apenas com os juros moratórios e a correção monetária – outros danos que porventura houver suportado (sim, outros, porque a demora é prejudicial em si mesma) serão buscados em processo distinto, com base na disciplina genérica do Direito Civil.

É esse mesmo autor quem iniciou o processo em desvantagem econômica, obrigado a adiantar o valor das despesas processuais (art. 19 do CPC de 1973), sendo que sequer será ressarcido dos honorários que desembolsou para o custeio de seu patrono, pois, pelo sistema vigente, o advogado é quem faz jus ao recebimento dos honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência (art. 23 da Lei nº 8.906/94). O art. 333 do Código de Processo Civil atual também coloca sobre os ombros do demandante o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito – se bem que algumas regras esparsas, como o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, admitem a inversão do ônus da prova, autorizam-na apenas a título excepcional. Até que ponto o tempo do processo deve ser outro fardo que o autor deve carregar, sem que isso constitua violação ao princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB)?

Há que se ter em mente, por outro lado, que a cognição exauriente não é garantia de eliminação de qualquer risco de erro judiciário. Fosse assim, o instituto da ação rescisória seria despicendo – a previsão legal de rescisão do julgado de mérito, em diversas das hipóteses do art. 485 do CPC, é a admissão, pelo ordenamento, de que a fixação dos fatos estabelecida na sentença pode não corresponder à verdade, ainda que precedida de cognição completa. Já se concluiu, no capítulo inicial desta obra, que importa menos a verdade que a sua justificação racional, por ser, a primeira, inapreensível, e que a certeza subjetiva é apenas eventual, ainda que se chegue aos extremos lindes do procedimento legalmente previsto, percorridas todas as etapas postulatórias e instrutórias.

Partindo de uma análise que compare o risco de erro judiciário derivado de cognição exauriente com aquele resultante de cognição menos profunda, pode-se concluir, no caso concreto, que a intensidade de cada qual é muito aproximada, quando não equivalente. É, realmente, um exercício de futurologia: em estágio inicial do

¹⁷⁵ CPC, Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

processo, o julgador examina os elementos de que dispõe, forma um juízo provisório sobre a causa e considera quais as chances de que os atos processuais subsequentes possam levar a uma mudança da sua orientação. Um panorama possível nessa pesquisa é o de serem reduzidas as perspectivas de esclarecimento dos fatos da causa, fator esse que pode e deve influenciar na escolha da parte que sofrerá as consequências negativas impostas pelo tempo ao longo do processo.

Diante de todas essas variáveis, paira a dúvida sobre a controlabilidade da atuação judicial em situação de incerteza, bem como sobre a capacidade do juiz para realizar tão delicada operação. Richard Posner, analisando o comportamento dos juízes sob os prismas econômico e do senso comum, conclui que o magistrado normalmente é avesso ao risco (*risk-averse*), já que sua remuneração costuma ser menor, conquanto mais estável, do que a de outros profissionais do direito.¹⁷⁶ Neil Komesar, por sua vez, observa que quanto mais incerto o julgador está a respeito da solução a ser conferida a uma controvérsia, maior a sua inclinação para adotar uma decisão em termos mais flexíveis, deixando a sua delimitação para um momento futuro.¹⁷⁷ Sem o conforto da certeza, a tendência do juiz seria sempre a manutenção do *statu quo*, por temer um arrependimento futuro. Segundo a constatação de David Bell, professor da *Harvard Business School*, é natural que tomadores de decisão evitem consequências pósteras que pareçam, depois, derivadas de uma escolha equivocada, sendo que a decisão se afigurava a mais correta tendo em conta a informação disponível à época em que adotada.¹⁷⁸

Cabe, porém, indagar o que exatamente se deve entender por risco e, ainda além, se realmente é o caso de temê-lo. O renascimento do termo “risco”, derivado do latim (*risicum*)¹⁷⁹, deu-se no período pré-moderno, com as primeiras expedições marítimas.

¹⁷⁶ POSNER, Richard. Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach. In: Florida State University Law Review, Vol. 32, 2005, n. 4, Symposium Empirical Measures of Judicial Performance. p. 1260. Ressalte-se que a constatação de Posner (que, por sinal, é juiz da *Court of Appeals for the Seventh Circuit* em Chicago, EUA) se baseia em conceitos puramente técnicos. Sobre a noção de “*risk aversion*”, “*risk neutrality*” e “*risk-preferring*”, v. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law and Economics. 3ª ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000. p. 46 e ss.

¹⁷⁷ KOMESAR, Neil K. Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. University of Chicago Law Review, Vol. 51, 1984, p. 379

¹⁷⁸ BELL, David E. Regret in Decision Making under Uncertainty. In: Operations Research, Vol. 30, n.º. 5, set.-out. 1982. p. 961

¹⁷⁹ A doutrina especializada relata que a etimologia da palavra “risco” é desconhecida. Alguns suspeitam que a sua origem seria proveniente da palavra árabe “*risq*”, que significa “tudo o que lhe foi dado por Deus e do que se extrai lucros” (HOCHRAINER, Stefan. Macroeconomic Risk Management Against Natural Disasters: Analysis Focused on Governments in Developing Countries. Berlin: Springer,

Guardava relação com o seguro marítimo e era usado para designar os perigos que comprometiam uma viagem. Nesta época, o risco excluía a ideia de falha ou responsabilidade humana – seu advento era imputado tão somente a eventos naturais. O iluminismo promoveu uma nova mudança na compreensão do risco. Com o progresso das ciências, em especial a probabilidade e a estatística, o risco passa a ser apreendido de forma técnica, identificando os desvios da normalidade. Também se houve por bem diferenciar risco e incerteza – enquanto o primeiro pode ser calculado, a segunda é impassível de prefiguração.¹⁸⁰ No Século XIX, observou-se uma extensão do risco também para as atividades e condutas do homem¹⁸¹ – o risco bom e o risco mau, significando as possibilidades de ganho e as de perda, em uma sociedade que tinha o jogo como símbolo. Já no Século XX, o uso da expressão “risco” ficou restrito ao segundo significado, passando a denotar somente consequências negativas e indesejadas: alto risco quer dizer perigo excessivo, grande ameaça.¹⁸²

Nos tempos recentes, o risco passou a ser o centro das atenções econômicas e sociais. A escassez de bens e os perigos que se escondem no amanhã por ação do desenvolvimento trazem à tona a necessidade de partição dos riscos negativos. Em contrapartida, a riqueza, no mundo capitalista, só pode ser alcançada por aqueles que correm riscos. O primeiro dos axiomas de Zurique – técnicas adotadas pelos donos de bancos suíços para obter vantagens no mercado econômico – é, justamente, o risco, um pressuposto do alto retorno.¹⁸³ A pós-modernidade, caracterizada pela incerteza e ambivalência relacionadas às constantes mudanças e fluxos, fragmentações culturais e quebras de dogmas e tradições,¹⁸⁴ demanda uma escolha de posição sobre o caminho a seguir nesta era da desordem. Em face de um futuro cada vez mais incerto, há que se encontrar uma base segura para a tomada de decisões.¹⁸⁵

2006. p. 11). A expressão teria sido encontrada em documentos medievais, mas somente foi difundida com o advento da imprensa escrita, em sua fase inicial, aparentemente na Itália e na Espanha. O termo latino *risicum*, contudo, já era utilizado muito antes na Alemanha. (LUHMANN, Niklas. *Risk: A Sociological Theory*. New Jersey: Transaction Publishers, 2005. p. 9).

¹⁸⁰ KNIGHT, Frank. *Riesgo, Incertidumbre y Beneficio*. Trad. Ramon Vereá. Madrid: M. Aguilar, 1947. p. 209

¹⁸¹ Niklas Luhmann distingue risco e perigo, afirmando que o primeiro é consequência de uma decisão humana, ao passo que o segundo deriva de fatores externos (*Op. cit.* p. 21-22).

¹⁸² A evolução histórica é trazida por: LUPTON, Deborah. *Risk*. Garamond: Routledge, 1999. p. 1 e ss; e LUHMANN, Niklas. *Op. cit.* p. 8 e ss.

¹⁸³ GUNTHER, Max. *Os Axiomas de Zurique*. Tradução de: Isaac Piltcher. 9ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

¹⁸⁴ LUPTON, Deborah. *Op. cit.* p. 9

¹⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.* p. 13

O problema tem de ser enfrentado: o risco é uma constante em todos os aspectos da sociedade, e um dos desafios da atualidade é aprender a conviver com ele, em vez de bani-lo. Há que se buscar maneiras democráticas de decidir sob e sobre os riscos, vez que impossível cogitar do seu absoluto controle. Noutras palavras, o segredo para o sucesso é transformar um castelo de cartas de suposições especulativas em uma estrutura de enunciados probabilísticos, por meio de uma gestão técnica dos fatores envolvidos. Contudo, na feliz constatação de Ulrich Beck, não existem *experts* em risco.¹⁸⁶ Se o legislador assume o papel de estabelecer *standards* de atuação em situações de risco, o único sujeito capaz de implementar os parâmetros normativos abstratos no processo é o juiz. E, como há parâmetros, deve haver controle – o desenvolvimento de mecanismos para tanto é o maior desafio nesta seara.

Ressalte-se que não é nenhuma novidade no ordenamento brasileiro atribuir ao juiz o mister de julgar analisando riscos. No Código Civil há inúmeros exemplos. O art. 770 confere ao segurado o direito de exigir a revisão do prêmio ou a resolução do contrato, se a redução do risco coberto pelo contrato de seguro for considerável. O art. 927, p. u., estabelece que a responsabilidade será objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.¹⁸⁷ O art. 974, § 1º, exige autorização judicial para que o incapaz continue o exercício de empresa, após o exame dos riscos desta. Em todos esses casos, caberá ao magistrado decidir sobre a presença, majoração ou redução dos riscos.

Uma postura excessivamente cética em relação à atuação judicial inviabiliza qualquer tipo de tentativa de minorar as consequências indesejadas da ação do tempo no processo, inclusive nos casos em que há urgência. Os mecanismos atuais de controle das decisões judiciais, em especial a necessidade de motivação, desde que rigorosamente observados e com algumas adaptações, são capazes de conferir ao sistema um grau de racionalidade suficiente para tornar efetivo o modelo de distribuição dinâmica do ônus dromológico processual. Colhem-se os dados preliminares da causa; avaliam-se as teses postas à apreciação judicial; representam-se os meios de prova à disposição nas fases processuais seguintes e o potencial demonstrativo de cada um deles, com vistas à elucidação dos fatos; projetam-se os impactos individuais e sociais da concessão, ao

¹⁸⁶ BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: SAGE, 1992. p. 29

¹⁸⁷ Sobre a teoria dos riscos em matéria de responsabilidade civil no direito norte-americano, v. CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. *The Yale Law Journal*, Vol. 70, n. 4. Yale: The Yale Law Journal Company, 1961.

demandante, do imediato acesso ao bem da vida por ele buscado, assim como o cenário que resultaria da não concessão. De posse de todos esses elementos, o juiz deve buscar a solução mais otimizada para a específica fase em que se encontra a causa – o tiro mais aproximado possível, em circunstâncias que prejudicam a mira certa.

O cálculo necessário para se chegar à desejada otimização é alvo de estudo da disciplina *Law and Economics*, que vem, nas últimas décadas, obtendo significativa adesão da comunidade acadêmica. O ponto de partida para o desenvolvimento dessa teoria foi a obra de Jeremy Bentham, mais especificamente a sua concepção do *homo economicus*, cujas escolhas estão vinculadas ao maior proveito individual que possam obter delas.¹⁸⁸ Essa teoria se desenvolveu, reconhecendo a moderna *behavioral economics* que, em importantes contextos, as pessoas cometem equívocos, pelos mais variados fatores, o que deve ser considerado para a elaboração de qualquer modelo econômico.¹⁸⁹ A partir de conceitos da economia do bem-estar social,¹⁹⁰ a análise econômica do direito tem por característica a transportação de métodos investigativos próprios da economia para a solução de problemas jurídicos.¹⁹¹

No campo do Direito Processual há um terreno fértil para o desenvolvimento dessas novas perspectivas. É que o processo, como qualquer mecanismo social de organização das relações socioeconômicas, possui benefícios e desvantagens, devendo ser estruturado de forma tal que sejam minimizados os seus custos e maximizados os

¹⁸⁸ GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 240-241

¹⁸⁹ SUNSTEIN, Cass. The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism. In: Yale Law Journal, 122, edição 7, pp. 1826-1899, maio/2013. p. 1830

¹⁹⁰ Conforme a lição de Ivo Gico Jr.: “De forma geral, os juseconomistas estão preocupados em tentar responder duas perguntas básicas: (i) quais as conseqüências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada” (GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In: Economic Analysis of Law Review, V. 1, nº 1, pp. 7-33, Jan-Jun, 2010. p. 18).

¹⁹¹ Alerta-se, porém, que há autores que rejeitam a utilidade do movimento *Law and Economics*, qualificando-o como excessivamente reducionista por considerar que o indivíduo exerce escolhas racionais em função de suas preferências. Tais autores negam que o sistema judiciário funcione pela lógica de mercado e que a racionalidade econômica possa ser o seu critério de apreciação. Noutras palavras, a justiça não seria redutível ao cálculo econômico, por não possuir natureza matemática, e sim deontica. Neste sentido, v. CADRET, Loïc. L’hypothèse de l’américanisation de la justice française. Mythe et réalité. In: L’américanisation du droit. Paris: Dalloz, 2001. p. 106-107. Outros autores, ainda, duvidam da originalidade do movimento *Law and Economics*, afirmando que este não constitui mais que uma mudança de denominação da ponderação de bens jurídicos já conhecida desde tempos remotos (VASQUEZ ABANTO, Manuel A. Derecho Penal Económico – consideraciones jurídicas y económicas. Lima: IDEMSA, 1997. p. 84-85).

seus benefícios.¹⁹² Ambos, proveitos e prejuízos, podem ser prognosticados e quantificados, com relação a cada uma das alternativas de atuação judicial.¹⁹³

Sob o prisma que importa à presente obra, e tendo em mente a necessidade de efetivar a razoável duração do processo, deve-se notar que a concessão de uma decisão liminar atua como incentivo individual para que o réu se comporte de forma mais eficiente com vistas ao rápido desfecho do processo judicial – Brooks e Schwartz comparam a hipótese à utilização de uma cenoura, acenada com uma vareta, para movimentar um devedor que, de outra forma, restaria inerte na esperança de ver-se livre de adimplir a obrigação por força de um erro judicial.¹⁹⁴ A necessidade de fornecer esse incentivo é especialmente maior quando os elementos disponíveis na fase inicial do processo demonstram que o sucesso da versão apresentada pelo demandante é muito provável.

A análise econômica do direito exige do julgador a adoção da medida mais otimizada possível,¹⁹⁵ consideradas as potenciais vantagens e os riscos inerentes a cada opção decisória.¹⁹⁶ A economia, enquanto ciência, não se restringe ao estudo dos elementos dotados de valor de mercado, abrangendo todas as hipóteses em que se busca obter o máximo de benefícios em um cenário de escassez de recursos. O uso de semelhante técnica calha bem quando o intuito é reduzir a discricionariedade judicial, em especial na atividade de gestão dos riscos dromológicos.¹⁹⁷ A propósito, há, no Direito norte-americano, autores que apontam como a lógica contemporânea das

¹⁹² Sobre a análise comparativa institucional sob ótica mais abrangente, v. COASE, Ronald. *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988; KOMESAR, Neil K. *The Essence of Economics: Behavior, Choice and Comparison - Essay One 'The Basic Thesis with Lessons from the Economic Analysis of the Common Law'*. In: *University of Chicago Law Review*, Vol. 51, 1984. p. 366.

¹⁹³ Loïc Cadiet alerta que não se pode confundir a “análise econômica da instituição judiciária”, da sua rentabilidade interna e da relação custo-benefício da regulação judiciária com relação aos modos de solução dos litígios, com a “análise econômica da decisão judicial”, do seu processo de elaboração, do seu conteúdo e de suas consequências para o litígio apreciado no caso particular (CADIET, Loïc. *L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité*. In: *L'américanisation du droit*. Paris: Dalloz, 2001. p. 106-107).

¹⁹⁴ BROOKS, Richard; SCHWARTZ, Warren. *Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminary injunction doctrine*. In: *Stanford Law Review*, vol. 58, nov./2005. p. 382

¹⁹⁵ A ideia de que a tomada de decisões sob incerteza deve ser voltada à escolha que maximize a utilidade esperada das vantagens finais foi pioneiramente trabalhada por VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior*. New Jersey: Princeton University Press, 1944.

¹⁹⁶ Luhmann denomina “árvore decisória” (*decision tree*) a série de possíveis provimentos cogitados pelo juiz, cada qual com a sua dose própria de risco (LUHMANN, Niklas. *Risk: A Sociological Theory*. New Jersey: Transaction Publishers, 2005. p. 23).

¹⁹⁷ POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. Trad. Evando Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

decisões liminares a efetiva gestão do processo, considerada a tensão entre o risco de erro judicial e a magnitude dos danos gerados pelo não exercício do direito no curso do processo.¹⁹⁸

Na perspectiva técnico-científica, adotada em campos como a engenharia, a estatística, as ciências atuariais, a psicologia e a economia, o risco é definido como o produto da probabilidade e das consequências (magnitude e severidade) de um evento adverso.¹⁹⁹ Nesta linha, o debate gira em torno da qualidade da identificação e do cálculo do risco, do nível de seriedade desse risco no que tange aos seus possíveis efeitos, da precisão na colheita dos dados, da origem do risco e da forma como as pessoas a ele reagem. Todavia, deve-se ter em mente que, ainda nesta análise de cariz eminentemente objetivo, a subjetividade é um elemento inevitável do julgamento humano e, por isso, também a estimativa técnica dos riscos não é livre de valorações.²⁰⁰

Owen Fiss e Doug Rendleman, analisando o sistema dos Estados Unidos, afirmam que a prolação de uma *preliminary injunction* normalmente depende da consideração do juiz a respeito: (i) da probabilidade de que o autor venha a ter sucesso quanto ao mérito; (ii) da irreparabilidade e da extensão do dano causado ao autor durante o processo se a *preliminary injunction* não for concedida; (iii) do sopesamento dos prejuízos – como os danos experimentados pelo autor se comparam aos danos infligidos ao réu (que não podem ser evitados sequer pela exigência de caução) se a *preliminary injunction* for concedida; (iv) do impacto que o deferimento ou a negativa da *preliminary injunction* causará em outros interesses sociais mais gerais. Segundo esses autores, a atividade descrita seria essencialmente “discricionária”, sendo que a observância dos quatro parâmetros apresentados não seria garantia contra a arbitrariedade judicial.²⁰¹

¹⁹⁸ HAMMOND, R. Grant. Interlocutory injunctions: time for a new model? *In*: University of Toronto Law Journal, vol. 30, n° 3 (1980). p. 281

¹⁹⁹ Ressalte-se que há duas posições sobre a conceituação do risco. Os positivistas entendem que o risco é um conceito puramente científico, que se refere objetivamente às circunstâncias do mundo físico. Já os relativistas consideram que o risco é uma reação puramente subjetiva a fenômenos encontrados na experiência pessoal ou social. Na opinião destes, o risco é uma construção mental expressando reações emocionais, morais ou políticas. Sobre o tema, v. HOCHRAINER, Stefan. Macroeconomic Risk Management Against Natural Disasters: Analysis Focused on Governments in Developing Countries. Berlin: Springer, 2006. p. 13.

²⁰⁰ LUPTON, Deborah. Risk. Garamond: Routledge, 1999. p. 17-18

²⁰¹ FISS, Owen; RENDLEMAN, Doug. Injunctions. 2ª ed. New York: The Foundation Press, 1984. p. 343-344

Apesar disso, é inegável o papel do consequencialismo como importante bússola na procura pela justiça em um mar de incertezas. Na sociedade de riscos, o passado perde o poder de determinar o presente e o seu lugar é tomado pelo futuro, onde reside a consciência do risco – a ação de hoje, conquanto motivada pelos acontecimentos de ontem, visa a prevenir, mitigar ou tomar precauções contra os problemas e crises do amanhã e do depois de amanhã.²⁰²

A princípio, a equação que conduz à adequada gestão dos ônus dromológicos processuais leva em conta apenas o risco de morosidade na prestação jurisdicional (que milita em desfavor do autor) e o risco de erro judicial, resultante da cognição incompleta (a pender contra o réu). Entretanto, em situações excepcionais, ainda que o autor embase a sua pretensão com as melhores razões e a defesa aduza argumentos de remota procedência, pode ser que o julgador, atento às implicações futuras da sua decisão, tenha razoáveis motivos para manter as coisas como estão.²⁰³ A depender da gravidade da consequência, não importa quão diminuta a probabilidade da sua ocorrência – deverá o juiz rejeitar a solução, pois o seu erro pode ser fatal.²⁰⁴

Niklas Luhmann afirma que tais hipóteses desbordam o que ele denomina como “limite do desastre” (*disaster threshold*). Há uma predisposição a aceitar o cálculo quantitativo do risco para a aquisição de alguma vantagem, mas apenas até o limite a partir do qual um infortúnio seria considerado um desastre. Esse limite pode variar, a depender do sujeito que realiza a análise: o marco fixado pelo decisor dificilmente coincidirá com o que aqueles que estão expostos ao risco estão dispostos a se submeter. Não se pode, portanto, esperar pelo consenso.²⁰⁵

²⁰² BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: SAGE, 1992. p. 34

²⁰³ No campo das tutelas de urgência, a situação costuma ser designada como configuradora do “*periculum in mora* inverso”. Cuida-se de hipótese na qual, a partir de uma análise consequencial, conclui o juiz que os ônus dromológicos processuais devem pesar sobre o autor. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 2.435 (rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julg. em 13/03/2002, DJ 31-10-2003), utilizou esta lógica, conforme noticiado no informativo de jurisprudência nº 260 (11 a 15 de março de 2002): “Por ausência de *periculum in mora*, o Tribunal, por maioria, indeferiu medida liminar em ação direta ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio - CNC contra a Lei 3.542/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que obriga as farmácias e drogarias localizadas no Estado a conceder desconto na aquisição de medicamentos para consumidores com mais de 60 anos, cujo descumprimento ensejará a aplicação de multa pela Secretaria de Estado da Saúde (de 60 a 65 anos - 15% de desconto; de 65 a 70 anos - 20% de desconto; maiores de 70 anos - 30% de desconto). Entendeu-se caracterizada a ocorrência do *periculum in mora* inverso, visto que a irreparabilidade dos prejuízos recairia sobre os idosos, e não sobre as farmácias e drogarias, cujo eventual dano é passível de reparação posterior por mecanismos de mercado.”

²⁰⁴ BECK, Ulrich. *Op. cit.* p. 30

²⁰⁵ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.* p. 2-3. É também a conclusão de HOCHRÄINER, Stefan. *Op. cit.* p. 11

Um bom exemplo pode ser retirado do Direito Ambiental, no qual tem plena aplicabilidade, desde a Convenção Sobre Diversidade Biológica (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 2.519 de 1998), o princípio da precaução, segundo o qual uma atividade deve ser restringida acaso inexista consenso científico sobre os seus possíveis efeitos ambientais, se presente o risco, ainda que mínimo, de significativa lesão ao meio-ambiente ou à saúde humana.²⁰⁶ Figure-se a situação em que proposta demanda dirigida à anulação de ato administrativo que determinou a paralização das atividades de certo parque industrial, sob alegação de iminente risco de vazamento de material tóxico. O autor, no caso aventado, instrui a inicial com laudos de três diferentes técnicos, atestando a segurança das instalações. Em seguida, manifesta-se o réu, afirmando que a interdição da indústria foi motivada por recente estudo acadêmico, que aponta a incapacidade do material de isolamento utilizado naquela usina para evitar o contato das substâncias tóxicas com o meio ambiente. Alerta, em sua defesa, que o desastre ambiental gerado pelo vazamento teria proporções catastróficas e irreversíveis. Sem produzir qualquer prova documental de que as conclusões do referido estudo se aplicam ao caso concreto, requer a realização de perícia.

Reduzindo a situação hipotética a números de zero a dez, não sem algum rasgo de subjetividade, temos que: (i) há uma probabilidade “7” de procedência das alegações do autor, na medida em que baseada em três laudos técnicos, enquanto a probabilidade de que a razão esteja com a defesa é de apenas “3”, mercê da pouca confiabilidade de um incipiente e abstrato estudo acadêmico; (ii) os prejuízos que podem advir ao autor da não concessão da liminar têm magnitude “1”, se em comparação com os danos que podem ser causados ao meio ambiente, estes de grau “9” – os primeiros são econômicos, temporários e se circunscrevem aos donos, investidores e empregados da indústria, bem como, em menor medida, aos clientes da empresa, ao passo que a lesão ambiental é irreversível, de larga escala, atinge um número indeterminado de pessoas e provoca incalculáveis perdas à integridade ecológica e à economia; (iii) o prognóstico de esclarecimento dos fatos pela prova pericial futura é de nível “6”, por haver, ainda que moderado, dissenso científico, podendo-se distribuir esse *quantum* igualmente entre as partes, que detêm iguais chances de favorecimento pelo resultado da perícia.

²⁰⁶ Sobre a gênese do princípio da precaução, que possui íntima conexão com o tema dos riscos ambientais, v. CAMERON, James; O’RIORDAN, Timothy. *Interpreting the Precautionary Principle*. London: Earthscan, 1994. p. 31 e ss.

Para extrair o resultado desta análise, basta multiplicar os números obtidos por cada parte em todas as etapas de aferição.²⁰⁷ No exemplo aventado, o autor obteve o valor “21”; por sua vez, o réu logrou alcançar numeração maior, “81”. Dado que o demandado reuniu pontuação superior, o tempo do processo deve favorecê-lo, impondo-se ao juiz a negativa da tutela imediata.

Proposta parecida é apresentada por John Leubsdorf, para quem o juiz pode quantificar a chance de que a decisão liminar cause um prejuízo a uma das partes, autor ou réu, multiplicando a probabilidade de que aquela parte tenha sucesso no julgamento final pelo montante do dano que ela sofreria se proibida de exercer ao longo do processo aquele direito.²⁰⁸

Uma questão persiste: como proceder quando se observa um empate, ou seja, quando os valores alcançados por ambas as partes são idênticos? Em um Estado Democrático de Direito, ninguém pode ter sua esfera jurídica molestada por um ato estatal (no caso, jurisdicional) que não esteja apoiado em sérias e legítimas razões. A liberdade é a regra, incumbindo a quem quer que queira restringi-la provar a sua posição jurídica de vantagem autorizadora da providência gravosa. Na dúvida, deve-se prestigiar os interesses do demandado, a fim de evitar que o Judiciário seja palco para fraudes, vinganças e demandismo, fazendo ruir por terra a sua credibilidade.

Ante essas considerações, resta demonstrado que é possível conferir ao juiz o poder-dever de realizar a gestão dos riscos inerentes ao tempo no processo. A subjetividade é inerente a qualquer forma de decisão, o que não significa que o julgamento baseado em cognição incompleta constitua um descampado para o arbítrio e o decisionismo. O julgamento será justo e controlável desde que fundamentado racionalmente.²⁰⁹ Uma boa ferramenta para o magistrado é a análise econômica do direito.

²⁰⁷ Luhmann já ensinava que os riscos são calculados multiplicando o montante dos prejuízos pela probabilidade de que ocorram (LUHMANN, Niklas. *Risk: A Sociological Theory*. New Jersey: Transaction Publishers, 2005. p. 13). Algumas adaptações foram necessárias para adequar a noção aos riscos processuais.

²⁰⁸ LEUBSDORF, John. *The Standard for Preliminary Injunctions*. In: *Harvard Law Review*, Vol. 91, Nº. 3 (Jan., 1978). p. 542. Vale dizer que, no modelo de Leubsdorf, a *preliminary injunction* tem por fundamento a necessidade de minimizar perdas irreparáveis de direitos no curso do processo judicial, o que, segundo o autor, deve ser ponderado com a possibilidade de erro na decisão interlocutória.

²⁰⁹ Sobre a importância da racionalidade na tomada de decisões, em suas feições substancial e formal, v. SCHWARTZ, Barry; KEYS, Daniel J. “Leaky” Rationality: How Research on Behavioral Decision Making Challenges Normative Standards of Rationality. In: *Perspectives on Psychological Science*, Association for Psychological Science, volume 2, n. 2, jun. 2007, p. 162-180.

3. TUTELA DIFERENCIADA E TUTELA DE EVIDÊNCIA

3.1 Satisfatividade vs. coisa julgada: as novas modalidades de tutela no processo civil moderno

Pacificar com justiça. Durante muito tempo essa máxima foi aplicada com rigor em cada uma das palavras que a compõem. Satisfazer uma pretensão era também proceder ao acertamento do direito, é dizer, era prolatar um veredito definitivo para a causa, de modo que a cognição exauriente se apresentava, na maior parte das vezes, como a única apta a preceder qualquer espécie de tutela jurisdicional. A coisa julgada, assim, era sobrevalorizada, perseguida com a mesma avidez que o desate do conflito social.

Nieva Fenoll classifica a coisa julgada como um mito, conhecido pela história jurídica desde a primeira codificação conhecida, o Código babilônico de Hamurabi (VI, § 5), e acolhido pelos romanos, como verdadeira obsessão, no livro XLII, título I, do Digesto.²¹⁰ A ideia central, de proibição de reiteração de julgados, serviu a diversos interesses ao longo dos tempos. Para a burguesia imperante na era industrial, a partir do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, a perda de uma demanda judicial era golpe facilmente assimilável, considerando o pequeno impacto causado às finanças do negociante, a quem acudiam as técnicas de composição de custos e de produção que permitiam a transferência ao consumidor dos prejuízos decorrentes da derrota em juízo. Esses prejuízos são passíveis de escrituração, assim como os lucros, e, portanto, não impedem o sucesso comercial. O mesmo não se pode dizer da incerteza jurídica, que não pode ser suplantada pela organização empresarial, justificando o culto pela indissociabilidade entre jurisdição e coisa julgada, em prol da previsibilidade das relações.²¹¹

Se, por longo período, seguindo a tradição romana, a efetividade do direito era alcançada em momento coincidente com a formação da coisa julgada, a dinâmica social exigiu uma mudança de orientação legislativa, matizando os inconvenientes da morosa

²¹⁰ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: El fin de un mito. *In*: Jurisdicción y proceso – estudios de ciencia jurisdiccional. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 49 e segs.

²¹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003. p.

cognição completa. Observou-se um aumento do número de hipóteses em que a lei permite que o processo de conhecimento seja meramente eventual, bem como uma multiplicação dos ritos especiais, baseados ora em cognição sumária, ora em cognição exauriente, restringindo o espaço do procedimento ordinário. Como resultado, foi superado no sistema de tutela jurisdicional de direitos, talvez em definitivo, o modelo tradicional, que se funda na centralidade da tutela declaratória, do processo de conhecimento e do acerto com autoridade de coisa julgada. Inaugurada, assim, a época da jurisdição desprovida de acerto das situações subjetivas substanciais.²¹²

As atividades de conhecer e decidir, costumeiramente exercidas com o desígnio de compor definitivamente a lide, passam a ser postas a serviço da justiça, não mais compreendida como indissociável da coisa julgada. No sistema clássico, ainda que se convencesse o magistrado, logo nas fases iniciais do litígio, da elevada probabilidade de vitória do autor, teria ele o dever de manter-se “neutro”, fingir que disso não sabe, para privilegiar o demandado, em favor do qual as expectativas de vitória seriam escassas ou nulas – o mito da neutralidade judicial constituía bastião inimpugnável para conservação do *statu quo*.²¹³ Quebrado este paradigma, descobriu-se que a justiça guarda estrita correspondência com o estágio do processo – eis aí a importância do tempo –, de modo que a concessão de um provimento calcado em cognição incompleta, preenchidos os seus requisitos autorizadores, é medida por si só justa, independente da solução final a ser atribuída à contenda, que pode muito bem, e sem embargo das conclusões passadas, acolher a pretensão da parte outrora não prestigiada. Momentos distintos, justiças distintas.

Observa Proto Pisani que o Século XX entrará para a história como o período em que a legislação e a doutrina processualística desenvolveram uma série de institutos (vários de origem antiquíssima, que remontam ao direito comum da era medieval) direcionados a tornar residual o processo baseado em cognição completa no sistema da tutela jurisdicional dos direitos como um todo.²¹⁴ Por ser aquele que deve, por essência, reunir todas as características necessárias para o julgamento de qualquer demanda, o

²¹² MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. *In: Rivista di Diritto Processuale*, v. 61, n. 3, luglio/sett. 2006. p. 869-870

²¹³ SILVA, Ovídio Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *In: Doutrinas essenciais – Processo Civil*. Org.: Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier. V. II. São Paulo: RT, 2011. p. 843

²¹⁴ PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *In: Revista de Processo*, v.31, n. 131. São Paulo: RT, 2006. p. 240

procedimento ordinário possui formalidades que embaraçam ou ao menos postergam a tutela de determinados direitos, que podem e devem ser efetivados por uma via mais curta. É por isso que, malgrado não seja o rito ordinário ineficiente em si, pode assim ser qualificado em uma série de casos.

Se o procedimento de cognição completa é funcional para causas em que a pretensão é contestada (nas quais o demandado não adimple porque entende que tem esse direito) não se pode reconhecer a sua funcionalidade para as causas de pretensão meramente insatisfeita (quando o obrigado não adimple porque não pode ou não quer fazê-lo).²¹⁵ Por isso, observa-se no Direito comparado hodierno um claro esforço em desembaraçar a efetividade dos direitos, sob o prisma da celeridade. Tendo em vista que a mora na resolução de controvérsias cíveis e comerciais é fator de grave repercussão econômica, a União Europeia editou a diretiva 2000/35 de 29 de junho de 2000, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, que estabelece medidas de luta contra a morosidade nas operações comerciais. O artigo 5 do dito diploma trata dos procedimentos de cobrança de créditos não impugnados, preceituando que os Estados devem velar para que se forme um título executivo no prazo máximo de 90 dias em favor do credor de uma obrigação não questionada pelo devedor.

Demais disso, o sistema clássico se notabiliza por preocupar-se mais com a imposição do direito material que com a efetiva pacificação social, dando pouco valor à capacidade das partes de, impulsionadas por uma branda intervenção jurisdicional, encontrar a solução que lhes pareça mais aceitável.

Exigências da modernidade, já elencadas alhures, transformaram o tempo do processo em fator diretamente ligado à justiça da decisão. Os mandamentos constitucionais que informam o Direito Processual exigem não apenas a justiça do resultado final do processo, mas também, ou sobretudo, a justiça da própria atividade exercida com vistas àquele resultado.²¹⁶ A tendência atual é a de prestigiar o uso das decisões desacompanhadas do accertamento do direito, de tal forma que o procedimento ordinário de cognição completa corre mesmo o risco de ser marginalizado.²¹⁷ O preço a

²¹⁵ PISANI, Andrea Proto. *Op. cit.* p. 240. A diferença entre “*pretesa contestata*” e “*pretesa insoddisfatta*” foi originalmente concebida por CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. V. I. 5ª ed. Roma: Foro Italiano, 1956. p. 15 e 38

²¹⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Commentario del codice di procedura civile*. Volume 1. Torino: UTET, 2012. p. 40

²¹⁷ TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisori senza accertamento*. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 4

se pagar é o aumento do grau de discricionariedade da atuação judicial, cuja medida dependerá do mecanismo escolhido.²¹⁸

3.2 Tutelas diferenciadas

É nesse cenário que se tornou comum, no vocábulo dos processualistas modernos, a expressão “tutela diferenciada”, designativa dos novos mecanismos criados para adaptar a solução processual às peculiaridades das causas submetidas à análise do Estado-juiz. Ada Pellegrini Grinover afirma que tutela diferenciada é aquela que se contrapõe à obtida pelo procedimento ordinário, considerado o paradigma das formas processuais em boa parte do século passado, por possibilitar a solução dos conflitos de maneira segura, cercando o exercício da função jurisdicional das mais plenas garantias e culminando com a sentença de mérito e a estabilidade da coisa julgada.²¹⁹ A conceituação da figura deve ser estabelecida por exclusão, pois, como explica Comoglio, a noção de “tutela diferenciada” é, de *per se*, desprovida de um significado positivo, indicando simplesmente um desvio do modelo ordinário de processo, no intuito de adequar-se a exigências determinadas e particulares.²²⁰ A ideia é bem sintetizada por Vittorio Denti, inspirado em Carnelutti: cuida-se da adaptação do esquema ao fato, ou seja, da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa.²²¹

O procedimento pode ser adaptado²²² de diversas maneiras, a depender da situação submetida ao crivo do Judiciário. Pode ser necessária a implementação de um

²¹⁸ Remete-se o leitor aos capítulos anteriores, que versam sobre as características da cognição incompleta e sobre a análise econômica dos riscos processuais.

²¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *In: O Processo – Estudos & Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 30-31

²²⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Commentario del codice di procedura civile*. Volume 1. Torino: UTET, 2012. p. 39

²²¹ DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. *In: Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3. Milano: Giuffrè, 1993. p. 812-813

²²² Galeno Lacerda já observava que o processo, como instrumento, deve se adequar perfeitamente (i) aos seus sujeitos, por meio das regras sobre legitimidade, intervenção de terceiros, litisconsórcio, competência *ratione personae* e funcional, suspeição e impedimento, etc.; (ii) ao seu objeto, segundo ele, o bem jurídico material, cuja disponibilidade ou indisponibilidade afetará fenômenos processuais como, *v. g.*, a preclusão, a coisa julgada, a possibilidade de produção de provas e os poderes do juiz; e, por fim, (iii) às diversas funções da jurisdição, conforme a atividade a ser exercida seja de declaração, de execução ou de tutela cautelar. Fala-se, assim, respectivamente, em adequação subjetiva, objetiva e teleológica. (LACERDA, Galeno Vellinho de. O Código e o formalismo processual. Conferência proferida na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual

rito mais extenso que o procedimento ordinário, em razão da complexidade do direito material, como, *v. g.*, o procedimento de demarcação de terras particulares (art. 950 e seguintes do CPC/1973). Se não mais extenso, o rito pode ser ajustado para se adequar às singularidades subjetivas ou objetivas do direito alegado, como sói acontecer nos procedimentos de tutela coletiva. Ainda, a simplicidade de certas causas permite a sua resolução por meio de procedimentos mais expeditos, marcados pela diminuição de prazos, concentração e redução da formalidade de atos processuais, sendo exemplo o rito dos Juizados Especiais Cíveis, previsto na Lei nº 9.099/95.

Teresa Wambier e Luiz Rodrigues Wambier observam que a tutela diferenciada não abrange só possíveis diferenças no que tange a aspectos meramente procedimentais, dizendo respeito também, em seu sentido mais amplo, à divisão de competência, sempre com vistas ao aumento da efetividade da prestação jurisdicional.²²³

Uma preocupação especial dos legisladores contemporâneos diz respeito à adaptação do processo para tutelar eficazmente direitos cuja demonstração, bem efetuada pela parte que os invoca, permite concluir serem mínimas as chances de sucesso da parte *ex adverso*. Diversas técnicas foram implementadas, no ordenamento brasileiro e no Direito Comparado, com esse desiderato. Segue-se uma breve análise das principais técnicas. Antes, todavia, cabe uma observação. É que em todas elas se nota um elevado prestígio à prova documental, como meio de prova, por excelência, capaz de demonstrar ao juiz, de plano, a ocorrência dos fatos.

Taruffo identifica no Direito Longobardo do século VIII o início da ascensão da prova documental como principal meio de prova. Naquela época, as ordálias foram paulatinamente abandonadas, para a introdução de um modelo de justiça baseado na verdade. Os documentos apareceram como um tipo de prova muito comum, sobretudo nas controvérsias relativas à propriedade e aos estados pessoais: a partir daquele século, a redação de documentos escritos era uma praxe corrente para qualquer tipo de acordo contratual, e também era praxe normal a sua utilização em juízo.²²⁴

Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Porto Alegre, em 15.07.1983. *In*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 21, n. 21, 1983/1984. pp. 13-20).

²²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Tutela diferenciada. *In*: Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional. Coord.: THEODORO JR., Humberto; LAUAR, Maira Terra. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 54

²²⁴ TARUFFO, Michele. *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*. 1ª ed. Bari: Laterza, 2009. p. 11

No seu clássico *The Law of Evidence*, publicado em 1754, Sir Geoffrey Gilbert elevava a prova documental, especialmente a reconhecida pelo Estado, a um patamar superior aos demais meios de prova. Sua teoria foi firmemente contestada por Bentham, na obra *The Rationale of Judicial Evidence*, para quem o erro em estabelecer um *ranking*, dando maior valor à prova escrita em detrimento da não escrita, deriva da confusão entre verdade e autenticidade dos documentos, noções claramente distintas.²²⁵

Se a relevância atual da prova documental não conduz a um retorno ao sistema da prova legal ou tarifada, é preciso ter sempre em mente que o apego aos escritos traz ínsito o perigo da desumanização da justiça. O Estado-juiz deve julgar pessoas, e não papéis, o que pode restar prejudicado ante a marginalização dos demais meios de prova, cuja produção é vista, no senso comum da praxe judiciária, como responsável pela morosidade dos processos.

3.3 Os títulos executivos extrajudiciais

A primeira das técnicas de inversão do ônus dromológico processual consiste na previsão de títulos executivos extrajudiciais, que atendem à exigência de celeridade em favor do exequente, sem descurar de proporcionar ao executado mecanismos idôneos a assegurar seu direito de defesa. Trata-se de colocar o processo de ponta-cabeça, começando pela atividade que normalmente encerra o labor do Estado-juiz: satisfazer o direito do exequente, substituindo a atividade do executado ou coagindo-o a cumprir a prestação devida.

Enquanto na Itália só são considerados títulos executivos extrajudiciais os títulos de crédito e, desde a lei nº 80 de 14 de maio de 2005, os documentos particulares autenticados²²⁶, no Brasil é extenso o catálogo dessa espécie de títulos executivos. Além

²²⁵ TWINING, William. Rethinking evidence. London: Cambridge University Press, 2006. p. 40

²²⁶ *Codice di Procedura Civile*. Art. 474. (*Titolo esecutivo*)

(...) Sono titoli esecutivi:

1) *le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva;*

2) *le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonche' gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la sua stessa efficacia;*

3) *gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli.*

do rol estabelecido no art. 585 do CPC, há títulos executivos extrajudiciais previstos em diversas leis especiais²²⁷ e até mesmo na Constituição²²⁸.

Andrea Proto Pisani considera essencial para a legitimidade constitucional do instituto a possibilidade de o juiz atribuir efeito suspensivo à defesa do executado.²²⁹ Na Itália, consta como requisito apenas a concorrência de graves motivos (art. 615 e 624 do CPC italiano²³⁰), o que, em outras palavras, significa que o mero juízo de probabilidade a respeito da pretensão do executado (*fumus boni iuris*) é apto a ensejar a suspensão do processo de execução.²³¹ No Brasil, por predominar a ideia de que a tutela baseada em cognição sumária deve ser sempre excepcional, o art. 739-A, § 1º, do CPC estabelece que o efeito suspensivo só pode ser atribuído quando presentes o *fumus boni iuris* (relevância dos fundamentos dos embargos) e o *periculum in mora* (quando o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação), além da exigência de contracautela (deve a execução já estar garantida por penhora, depósito ou caução suficientes).

Sobre a execução por título extrajudicial, observa Ovídio Baptista, com toda a razão, que, paradoxalmente, os mesmos escritores que condenavam os “processos sumários” jamais repudiaram a teoria dos títulos de crédito, que permitiu aos empresários evitar o tão elogiado procedimento ordinário, servindo-se do mais puro e bem feito processo sumário que a doutrina moderna jamais concebeu.²³²

²²⁷ V. g., art. 75 da Lei nº 4.728/65 (“O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva”) e art. 28 da Lei nº 10.931/04 (“A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º”).

²²⁸ Art. 71, § 3º, da CRFB, que trata do Tribunal de Contas: “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”. Sobre a natureza do título, v. STJ, REsp 1.119.377/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 26/8/2009.

²²⁹ PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? In: Revista de Processo, v.31, n. 131. São Paulo: RT, 2006. p. 241

²³⁰ Art. 615. (*Forma dell'opposizione*)

(...) *Il giudice, concorrendo gravi motivi, sospende su istanza di parte l'efficacia esecutiva del titolo.*

Art. 624. (*Sospensione per opposizione all'esecuzione*)

Se è proposta opposizione all'esecuzione a norma degli articoli 615 e 619, il giudice dell'esecuzione, concorrendo gravi motivi, sospende, su istanza di parte, il processo con cauzione o senza.

²³¹ GIOIA, Valerio de. Diritto Processuale Civile. Experta, 2009. p. 372; PISANI, Andrea Proto. *Op. cit.* p. 241

²³² SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003. p.

3.4 A técnica monitoria

Outro instituto que visa a acelerar a tutela do provável direito do autor é o procedimento monitorio. Conforme assevera Pisani, esta antiquíssima técnica visa a evitar (em favor das partes e da administração da Justiça) o custo do processo baseado em cognição exauriente quando isso não seja justificado por uma controvérsia efetiva a respeito de questões jurídicas e, sobretudo, de fato.²³³ Em relatório de pesquisa empreendida por processualistas de onze países diferentes, Ada Pellegrini Grinover concluiu que os processos de estrutura monitoria constituem a forma mais difundida de tutela satisfativa antecipada. Identificou, em todos os modelos analisados, um traço comum: a cognição se limita à prova produzida pelo requerente e é normalmente caracterizada pela ausência de contraditório inicial.²³⁴

Na Europa, a doutrina especializada consegue identificar dois modelos principais de procedimentos monitorios.

O primeiro foi denominado por Piero Calamandrei como “procedimento monitorio puro”, e deita suas raízes no *mandatum de solvendo sine causae cognitione* do Direito Romano Canônico, caracterizando-se pelo fato de que a demanda, contendo a afirmação da existência do crédito, não necessita de qualquer prova para dar origem a um provimento emanado *inaudita altera parte*, este suspensivamente condicionado à não formulação de uma defesa tempestiva pelo alegado devedor. Uma vez oferecida a defesa, a decisão judicial é privada de qualquer eficácia. Então, na verdade, não é emanado um verdadeiro provimento com base nas alegações do demandante, mas sim uma mera expectativa de provimento.²³⁵

Por isso, o magistrado não pode declarar que tal provimento será provisoriamente executivo na pendência do prazo para propor a defesa, ou mesmo no curso do processo, após a apresentação desta – o processo se desenvolve, a partir de então, para aferir a existência do direito afirmado pelo demandante. Esse é o modelo utilizado em Portugal, na Suécia, na Áustria e na Alemanha.

²³³ PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *In*: Revista de Processo, v.31, n.131. São Paulo: RT, 2006. p. 243

²³⁴ O estudo envolveu Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Brasil, Colômbia, Espanha, Grécia, Itália, Japão e Uruguai. Dentre os países pesquisados, o único relatório que não se referiu à monitoria foi o da Colômbia. GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *In*: O Processo – Estudos & Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005. p. 33

²³⁵ PISANI, Andrea Proto. *Op. cit.* p. 244

O segundo modelo, denominado “procedimento monitorio documental”, tem origem no processo documental do direito comum²³⁶, e a sua peculiaridade reside na exigência de que a demanda venha instruída com prova documental do alegado, dando-se origem a um provimento *inaudita altera parte* sob a condição resolutive do acolhimento da oposição proposta pelo demandado. Então, analisando os documentos que embasam as afirmações do autor, pode o juiz emitir um provimento declarado por ele provisoriamente executivo na pendência do prazo para apresentação de oposição, ou mesmo no curso do processo que se seguirá – este terá como objeto não somente a controvérsia a respeito da existência do direito de crédito, mas também, caso alegados, questionamentos a respeito da validade da decisão proferida sem a oitiva do demandado. Esse provimento mantém sua eficácia ainda que ocorra a extinção do processo. Adotam tal modelo países como a França, a Espanha, a Bélgica e a Grécia.²³⁷

A Itália, desde a entrada em vigor do *Codice di Procedura Civile* de 1940, adota um modelo misto de procedimento monitorio, coligindo elementos de dois sistemas absolutamente díspares.²³⁸ Tal vem disciplinado no Título I do Livro IV, destinado aos procedimentos sumários – é o Capítulo I, do procedimento de injunção. Passa-se, então, a enumerar as características do modelo italiano, que muito inspirou o brasileiro.

Em primeiro lugar, a demanda pode lastrear-se em prova documental (é o caso do art. 633, n. 1²³⁹) ou, atendidos determinados requisitos, em meras alegações (nas hipóteses dos arts. 633, n. 2 e 3, 634, parágrafo 2, 635 e 636 do *Codice*²⁴⁰). Preenchidos

²³⁶ Pisani cita como antecedente histórico o *Mandatsverfahren* disciplinado nos §§ 548 e seguintes da ZPO austríaca. PISANI, Andrea Proto. *Op. cit.* p. 244

²³⁷ FICHERA, Giuseppe. *Le ingiunzioni civili*. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 1-2

²³⁸ FICHERA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 3

²³⁹ Art. 633. (*Condizioni di ammissibilita'*) *Su domanda di chi e' creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantita' di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna:*

1) *se del diritto fatto valere si da' prova scritta;*

²⁴⁰ Art. 633 (...)

2) *se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo;*

3) *se il credito riguarda onorari, diritti o rimborsi spettanti ai notai a norma della loro legge professionale, oppure ad altri esercenti una libera professione o arte, per la quale esiste una tariffa legalmente approvata.*

Art. 634. (*Prova scritta*) (...)

Per i crediti relativi a somministrazioni di merci e di danaro nonche' per prestazioni di servizi, fatte da imprenditori che esercitano un'attivita' commerciale, anche a persone che non esercitano tale attivita', sono altresì prove scritte idonee gli estratti autentici delle scritture contabili di cui agli art. 2214 e seguenti del codice civile, purché bollate e vidimate nelle forme di legge e regolarmente tenute,

os requisitos da inicial, é expedido o chamado “decreto injuntivo”, que é uma condenação proferida pelo juiz com base em cognição não exauriente, em total ausência de contraditório. O decreto injuntivo deve indicar a soma devida, fixando o prazo de 40 (quarenta) dias para o adimplemento da obrigação, advertindo-o de que poderá ser apresentada oposição no mesmo prazo e que, caso não a ofereça, proceder-se-á à execução forçada.²⁴¹

Desse modo, o provimento *inaudita altera parte*, via de regra, só ganha eficácia executiva caso não proposta a oposição no prazo devido (art. 647²⁴²). É, portanto, uma decisão com eficácia executiva retardada.²⁴³ Não obstante, o magistrado pode estabelecer que o aludido provimento terá eficácia executiva provisória na pendência do prazo para a propositura da execução ou no curso do processo (art. 648²⁴⁴).

nonche' gli estratti autentici delle scritture contabili prescritte dalle leggi tributarie, quando siano tenute con l'osservanza delle norme stabilite per tali scritture.

Art. 635. (Prova scritta per i crediti dello Stato e degli enti pubblici)

Per i crediti dello Stato, o di enti o istituti soggetti a tutela o vigilanza dello Stato, sono prove idonee anche i libri o registri della pubblica amministrazione, quando un funzionario all'uopo autorizzato o un notaio ne attesta la regolare tenuta a norma delle leggi e dei regolamenti. Restano salve le disposizioni delle leggi sulla riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli enti o istituti sopra indicati.

Per i crediti derivanti da omesso versamento agli enti di previdenza e di assistenza dei contribuiti relativi ai rapporti indicati nell'art. 459, sono altresì prove idonee gli accertamenti eseguiti dall'ispettorato corporativo e dai funzionari degli enti.

Art. 636. (Parcella delle spese e prestazioni)

Nei casi previsti nei numeri 2 e 3 dell'art. 633, la domanda deve essere accompagnata dalla parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale. Il parere non occorre se l'ammontare delle spese e delle prestazioni è determinato in base a tariffe obbligatorie.

Il giudice, se non rigetta il ricorso a norma dell'art. 640, deve attenersi al parere nei limiti della somma domandata, salva la correzione degli errori materiali.

²⁴¹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. V. II. 5ª ed. Bologna: il Mulino, 2011. p. 143

²⁴² Art. 647. (Esecutorieta' per mancata opposizione o per mancata attivita' dell'opponente)

Se non è stata fatta opposizione nel termine stabilito, oppure l'opponente non si è costituito, il conciliatore, il pretore o il presidente, su istanza anche verbale del ricorrente, dichiara esecutivo il decreto. Nel primo caso il giudice deve ordinare che sia rinnovata la notificazione, quando risulta o appare probabile che l'intimato non abbia avuto conoscenza del decreto.

Quando il decreto è stato dichiarato esecutivo a norma del presente articolo, l'opposizione non può essere più proposta nè proseguita, salvo il disposto dell'art. 650, e la cauzione eventualmente prestata è liberata.

²⁴³ GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1970. p. 44

²⁴⁴ Art. 648. (Esecuzione provvisoria in pendenza di opposizione)

Il giudice istruttore, se l'opposizione non è fondata su prova scritta o di pronta soluzione, può concedere, con ordinanza non impugnabile, l'esecuzione provvisoria del decreto, qualora non sia già stata concessa a norma dell'art. 642. Il giudice concede l'esecuzione provvisoria parziale del decreto ingiuntivo opposto limitatamente alle somme non contestate, salvo che l'opposizione sia proposta per vizi procedurali

A doutrina amplamente majoritária e a jurisprudência reconhecem que o decreto injuntivo tem aptidão para fazer coisa julgada material, por dupla razão: a uma, o decurso *in albis* do prazo para propor a oposição é suficiente para configurar o trânsito em julgado da decisão (coisa julgada formal); a duas, permitir a repetição da mesma atividade judicial cognitiva em outro procedimento conflita com a ideia de economia processual.²⁴⁵ Outro argumento, de cunho sistemático, consiste no fato de que os remédios disponíveis para a impugnação do decreto injuntivo declarado executivo, nos termos do art. 647 do CPC italiano, são a *revocazione* e a *opposizione di terzo revocatoria*, típicos meios de impugnação de sentenças transitadas em julgado.²⁴⁶

Por meio do procedimento monitorio italiano é possível apenas buscar-se uma sentença condenatória, de modo a compelir o demandado ao pagamento de uma quantia líquida (e, segundo a jurisprudência, exigível), a entrega de coisa móvel determinada ou certa quantidade de coisas fungíveis (art. 633 do CPCi). Não se admite a prolação de uma decisão monitoria de conteúdo meramente declaratório ou constitutivo, de uma condenação a um fazer ou não fazer, de uma condenação genérica, ou, ainda, de uma condenação ao cumprimento de uma obrigação de dar gerada por um provimento constitutivo – *v. g.*, no caso de anulação de um contrato.

Proto Pisani traz um dado interessantíssimo daquele país: a cada ano, na Itália, são emanados mais de oitocentos mil decretos injuntivos, enquanto são prolatadas um milhão e cem mil sentenças de primeiro grau decorrentes de um processo calcado em cognição exauriente.²⁴⁷ A proporção exprime a enorme importância do procedimento monitorio no Direito italiano. No Brasil, o instituto não assumiu lugar de destaque, devido ao amplo catálogo de títulos executivos extrajudiciais – como visto anteriormente, são duas alternativas para satisfazer a exigência de economia

²⁴⁵ Neste sentido: FICHERA, Giuseppe. *Le ingiunzioni civili*. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 87; TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisorii senza accertamento*. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 66. Edoardo Garbagnati menciona ser esta também a clássica posição de Chiovenda, Calamandrei e Liebman, anterior ao *Codice di Procedura Civile* de 1940, baseada em norma de 1922 (I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1970. p. 9). Em sentido inverso, entendendo que o decreto injuntivo não impugnado faz apenas coisa julgada formal, mas não substancial: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. V. II. 5ª ed. Bologna: il Mulino, 2011. p. 165

²⁴⁶ TRAPUZZANO, Cesare. *Codice dei Procedimenti di Ingiunzione e di Sfratto*. Roma: Nel Diritto Editore, 2011. p. 219

²⁴⁷ PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *In*: *Revista de Processo*, v.31, n.131. São Paulo: RT, 2006. p. 244

processual²⁴⁸, tendo o ordenamento brasileiro optado por dar maior relevo à eficácia executiva do título.

O procedimento monitorio brasileiro (art. 1.102-A e seguintes do CPC) é cabível para demandas que visem à satisfação de obrigação de pagar soma em dinheiro, entregar coisa fungível ou bem móvel determinado. Uma vez instruída a inicial com prova escrita sem eficácia de título executivo, o juiz deve expedir, de plano, mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. Nesse prazo, o réu pode oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial e seguirão o rito ordinário. Se os embargos não forem opostos, o mandado inicial é convertido em mandado executivo, constituindo-se, de pleno direito, o título executivo judicial.

É controvertida a natureza da decisão que converte em título executivo judicial o mandado de pagamento, acaso não opostos os embargos no procedimento monitorio (art. 1.102-C do CPC/73). Parte da doutrina entende que, nesse caso, a decisão não faz coisa julgada, porquanto inexistente o contraditório sobre a controvérsia de fundo, devendo-se assegurar ao demandado a possibilidade de rediscutir a matéria em demanda autônoma.²⁴⁹

Mais correto, no entanto, o posicionamento que defende a imutabilidade do *decisum* que converte o mandado inicial em título executivo.²⁵⁰ É que, conforme já exposto, o procedimento monitorio tem por finalidade favorecer o credor que dispõe de um direito evidente *prima facie*. No rito ordinário, a ausência de contestação equivale à revelia, dando azo ao julgamento antecipado da lide e à presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, salvo nos casos previstos no art. 320 do CPC/73. Em outras palavras, se o réu não contesta a demanda no procedimento ordinário, pode o juiz proferir sentença de mérito, apta a produzir coisa julgada. Por coerência, em um rito mais favorável ao autor, como o monitorio, à não oposição de embargos também deve

²⁴⁸ *Ibidem*. p. 245

²⁴⁹ Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. V. 5. Procedimentos especiais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 167; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003.

²⁵⁰ Veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL OBTIDO EM AÇÃO MONITÓRIA NÃO EMBARGADA. DISCUSSÃO EM EMBARGOS DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. LITIGIOSIDADE LIMITADA (ART. 741 DO CPC). PRECLUSÃO. - Não oferecidos oportunamente os embargos, [*sic*] à pretensão monitoria, preclue [*sic*] a fase de cognição, passando-se aos atos executivos, quando poderá opor embargos, limitados, porém, às hipóteses do Art. 741 do CPC.” (REsp 470.643/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 18/05/2006, DJ 12/06/2006, p. 472).

seguir-se um provimento passível de fazer coisa julgada.²⁵¹ A solução contrária, além de ser prejudicial ao demandante, quando o rito é voltado a favorecê-lo, ignora o fato de que o contraditório é cumprido pelo binômio informação e possibilidade de manifestação, sendo certo que, dispondo de um prazo de quinze dias para opor embargos, o réu em procedimento monitório não se vê tolhido da oportunidade para expor suas razões.

3.5 A condenação com reserva de exceções

Chiovenda, nas suas Instituições, já observava que alguns provimentos possuíam uma função executória anormal, porquanto desvinculada da definitividade peculiar à função jurisdicional. O jurista italiano reuniu tais provimentos sob o gênero de “acertamentos com predominante função executiva”, considerando que em todos esses casos a cognição seria incompleta.²⁵² O próprio Chiovenda reconhece que a expressão “acertamento” não é utilizada, aqui, em seu sentido próprio, uma vez que não se refere a uma declaração apta a gerar certeza jurídica.²⁵³

Uma das espécies de acertamento com predominante função executiva foi tratada no capítulo antecedente – refere-se aos procedimentos monitórios ou injuncionais. A outra espécie, estudada no presente tópico, diz respeito às “condenações com reserva de exceções”.

Observa-se o instituto da condenação com reserva de exceções sempre que a decisão liminar tiver o condão de tornar-se desde logo executiva caso o demandado não ofereça prova escrita em sentido contrário, reservando-se para uma fase processual subsequente o exame das questões que exijam prova demorada e complexa.²⁵⁴ Tem por peculiaridade o fato de se basear em juízo de certeza acerca dos fatos constitutivos do direito do autor, ao passo que se funda em delibação sumária no que tange aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos daquele direito. Consiste em rematada derrogação do princípio segundo o qual o juiz deve, juntamente com a ação, conhecer

²⁵¹ A comparação entre o decreto injuntivo e a sentença proferida em situação de contumácia também é realizada por: GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti d’ingiunzione e per convalida di sfratto*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1970. p. 16

²⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 299

²⁵³ *Ibidem*. p. 300-301

²⁵⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *O contraditório das Ações Sumárias*. In: *Da sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 254-255

de todas as exceções do réu, antes de emanar qualquer medida a seu cargo.²⁵⁵ Profere-se, então, um provimento provisório de condenação, com a reserva de que a análise profunda das provas relativas às defesas de mérito possa ilidir tal provimento. Uma vez prolatada a decisão, o processo prossegue para a cognição exauriente das exceções, com vistas ao accertamento definitivo.²⁵⁶

O exemplo de condenação com reserva de exceções costumeiramente referido pela doutrina italiana é a chamada *ordinanza provvisoria di convalida di sfratto* (decisão provisória de ratificação de despejo), também denominada *ordinanza di rilascio con riserva*, prevista no art. 665 do *Codice di Procedura Civile* italiano.

O procedimento de ratificação de despejo é um procedimento especial do *codice di procedura civile* italiano. Cuida-se de uma novidade em relação ao Código anterior, de 1865. O rito somente é cabível quando a demanda tenha como *causae petendi* a cessação da relação locatícia (art. 657²⁵⁷) ou o inadimplemento por morosidade (art. 658²⁵⁸). Qualquer outra situação subjetiva substancial ou direito do locador é impassível de tutela por meio desse procedimento. Assim, o locador somente pode obter a condenação ao despejo (bem como, no caso de morosidade e sob certas condições, ao pagamento dos alugueres), não podendo fazer valer outras pretensões, como o ressarcimento por danos ou a condenação à obrigação de fazer obras reparatórias.²⁵⁹

Prevê o art. 665 do CPC italiano que, se o réu comparece e opõe exceções não fundadas em prova escrita, o juiz, a requerimento do locador, se não existirem graves

²⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 304

²⁵⁶ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisori senza accertamento. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 56

²⁵⁷ Art. 657. (*Intimazione di licenza e di sfratto per finita locazione*)

Il locatore o il concedente può intimare al conduttore, all'affittuario coltivatore diretto, al mezzadro o al colono licenza per finita locazione, prima della scadenza del contratto, con la contestuale citazione per la convalida, rispettando i termini prescritti dal contratto, dalla legge o dagli usi locali.

Può altresì intimare lo sfratto, con la contestuale citazione per la convalida, dopo la scadenza del contratto, se, in virtù del contratto stesso o per effetto di atti o intimazioni precedenti, è esclusa la tacita riconduzione.

²⁵⁸ Art. 658. (*Intimazione di sfratto per morosità*)

Il locatore può intimare al conduttore lo sfratto con le modalità stabilite nell'articolo precedente anche in caso di mancato pagamento del canone di affitto alle scadenze, e chiedere nello stesso atto l'ingiunzione di pagamento per i canoni scaduti.

Se il canone consiste in derrate, il locatore deve dichiarare a norma dell'articolo 639 la somma che è disposto ad accettare in sostituzione.

²⁵⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. V. II. 5ª ed. Bologna: il Mulino, 2011. p. 124

motivos em contrário, deve pronunciar decisão não impugnável concessiva do despejo, imediatamente executável, com reserva das exceções do demandado.²⁶⁰

A lei não explicita o que se deve entender por “graves motivos em contrário”. Parte da doutrina entende que o juiz deve valorar tal expressão por meio de uma delibação sumária das exceções e dos motivos declinados pelo demandado.²⁶¹ Há autores, contudo, que negam tenha o Código autorizado a averiguação dos “graves motivos” com base na sumária delibação das exceções não fundadas em prova escrita, sendo permitido, unicamente, o seu reconhecimento pela particular gravidade dos fatos (por exemplo, a alegação de falsidade do contrato escrito de locação).²⁶²

A decisão provisória de despejo é normalmente substituída pela decisão que julga a defesa do locatário não baseada em prova escrita. É, portanto, por essência, um ato decisório interino, praticado no curso de um processo de conhecimento, sem encerrá-lo. Todavia, na patológica hipótese de extinção do processo, a doutrina majoritária e a jurisprudência reconhecem a continuidade dos efeitos da decisão até que substituída por outra, conquanto lhe neguem a aptidão para fazer coisa julgada material.²⁶³ A Corte de Cassação atribui à decisão a natureza de provimento de caráter sumário não cautelar, que sobrevive, na sua eficácia de título executivo, à extinção do processo.²⁶⁴ A hipótese, ressalte-se, é excepcional, pois o demandante vai a juízo perseguindo a consecução de uma tutela jurídica estável.

Embora sejam ambos provimentos precedidos de cognição sumária, o decreto injuntivo italiano e a *ordinanza provvisoria di convalida di sfratto* se diferenciam, dentre outras coisas, pelo fato de que o primeiro é proferido *inaudita altera parte*, enquanto a última não dispensa o prévio contraditório.²⁶⁵

²⁶⁰ Art. 665. *Se l'intimato compare e oppone eccezioni non fondate su prova scritta, il giudice, su istanza del locatore, se non sussistano gravi motivi in contrario, pronuncia ordinanza non impugnabile di rilascio, con riserva delle eccezioni del convenuto.*

L'ordinanza é immediatamente esecutiva, ma può essere subordinata alla prestazione di una cauzione per i danni e le spese.

²⁶¹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Op. cit.* p. 134

²⁶² GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1970. p. 366

²⁶³ Adotam a posição indicada no texto: TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisori senza accertamento*. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 57; GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1970. p. 382. Em sentido contrário, sustentando que, em caso de extinção do processo, a *ordinanza di rilascio* perde eficácia: TRAPUZZANO, Cesare. *Codice dei Procedimenti di Ingiunzione e di Sfratto*. Roma: Nel Diritto Editore, 2011. p. 458

²⁶⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Op. cit.* p. 134

²⁶⁵ GARBAGNATI, Edoardo. *Op. cit.* p. 5

Destoando dos parâmetros estabelecidos acima, alguns autores adotam uma concepção amplíssima do termo “condenação com reserva de exceções”. Leonardo Greco, por exemplo, reconhece o instituto em inúmeras hipóteses do Direito brasileiro, a saber: a exceção de domínio nas sentenças possessórias e nos embargos de terceiro; a alegação de qualquer outra matéria que não seja o vício do processo judicial ou a impugnação do preço oferecido na ação de desapropriação (Decreto-lei 3.365/41, art. 20); nas hipóteses de improcedência da ação popular e da ação civil pública fundada em interesses difusos ou coletivos por insuficiência de provas; na improcedência da ação civil pública por interesses individuais homogêneos; na rescisória por prova nova, por prova falsa ou por erro de fato; e na rescisória ou querela de nulidade por falta ou nulidade de citação se o processo correu à revelia do réu.²⁶⁶

Não se pretende, aqui, analisar um a um dos numerosos exemplos. Pondera-se, apenas, que uma definição demasiadamente abrangente é, no mínimo, de reduzida utilidade. Afinal, indicar como caso de condenação com reserva de exceções a decisão sujeita a impugnação por ação rescisória, ainda que apenas em algumas de suas hipóteses de cabimento, equivale a inserir nessa espécie todas as decisões capazes de produzir coisa julgada. É preferível, por esse motivo, uma definição mais restrita, funcional para a sistematização do estudo do Direito processual, nos termos propostos ao longo do presente tópico. De acordo com o conceito original de Chiovenda, ora adotado, que tinha como modelo o antigo processo cambiário italiano²⁶⁷, a condenação com reservas pressupõe a prolação de um provimento com base na certeza da existência dos fatos constitutivos do direito e da ausência de certos fatos impeditivos e extintivos, com o adiamento do exame de outros fatos impeditivos ou extintivos para uma fase posterior do mesmo processo.²⁶⁸

²⁶⁶ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *In*: Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. X, jul.-dez./2012. pp. 275-301

²⁶⁷ Destaca-se trecho do art. 65 da Lei cambiária nº 1.669 de 14 de dezembro de 1933: “Nos processos cambiais (...) só é lícito ao devedor opor as exceções de nulidade da cambial nos termos do art. 2º e as não vedadas pelo art. 21. Se as exceções forem de demorada indagação, o juiz, a pedido do credor, deve proferir sentença provisória de condenação, com ou sem caução”. Salvatore Satta e Carmine Punzi afirmam que a norma é, em substância, uma aplicação do princípio “*solve et repete*” (SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 2000. p. 272).

²⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 313-314

3.6 O provimento decisório sem acertamento

O provimento decisório sem acertamento é a forma mais radical de rompimento com o tradicional dogma da coisa julgada como característica inerente à jurisdição. A decisoriedade diz respeito aos provimentos idôneos a produzir uma *utilitas*, *i. e.*, a tutelar um interesse relevante da parte. Por sua vez, o acertamento é a aptidão da decisão a fazer coisa julgada, tornando imutável o comando nela contido. Bem definidos os conceitos, insta assentar que a função jurisdicional decisória pode fazer-se acompanhar ou não do acertamento.²⁶⁹

Roberta Tiscini denomina de “provimento decisório sem acertamento” ou “decisoriedade simples” (*decisorietà mera*)²⁷⁰ a decisão pela qual o juiz confere ao demandante uma utilidade prática, a satisfação de um interesse deste, sem declarar a existência do direito. Em razão disso, a decisão não fica acobertada pelo manto da coisa julgada, mas se mantém estável enquanto não afastada judicialmente por iniciativa da outra parte. O acertamento só se impõe em face de decisões lastreadas em juízo de certeza, o qual se obtém após cognição exauriente. De acordo com a técnica da decisoriedade simples, o provimento será decisório, por ter como objeto um bem da vida, mas não fará coisa julgada, porque não decide sobre tal objeto de maneira definitiva e imutável.²⁷¹

Conquanto sejam institutos de comum escopo – acelerar a prestação jurisdicional em favor do autor cujo direito é provável – a decisoriedade simples e a condenação com reserva de exceções guardam uma importante diferença. É que esta última técnica tem por característica a *provisoriedade*, destinando-se os efeitos antecipados a confluírem na sentença, por se tratar de decisão privada de independência estrutural.²⁷² Por sua vez, a decisoriedade simples produz efeitos *precários*, idôneos a se estabilizarem, mas que podem ser rediscutidos futuramente.²⁷³

Essa estabilização própria dos provimentos decisórios sem acertamento, proferidos com base em cognição sumária, decorre da preclusão *pro iudicato*, que é a

²⁶⁹ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 32 e ss.

²⁷⁰ TISCINI, Roberta. *Op. cit.* p. 35

²⁷¹ TISCINI, Roberta. *Op. cit.* p. 34

²⁷² Como demonstrado no item antecedente, a *ordinanza provvisoria di rilascio* só excepcionalmente produz efeitos de forma autônoma, após a extinção anormal do processo sem o julgamento das exceções.

²⁷³ TISCINI, Roberta. *Op. cit.* p. 45

perda do poder do juiz de decidir uma questão já resolvida anteriormente²⁷⁴. De acordo com a doutrina de Enrico Redenti, seguido por Carnelutti e Montesano, a preclusão *pro iudicato* difere da coisa julgada precisamente porque falta à decisão conteúdo declarativo.²⁷⁵

Nos provimentos decisórios sem acerto, a nota característica é a vontade do autor de renunciar à segurança jurídica ofertada pela coisa julgada, obtendo em contrapartida a prolação de uma decisão que tutele seus interesses de forma mais célere.

O modelo mais aclamado dos provimentos decisórios sem acerto surgiu na França, com as chamadas *ordonnances de référé*. O *Référé* francês, nas suas origens, só era cabível em matérias de urgência; o *Code de procédure civile* de 1975 (que trata do regime geral sobre a matéria nos arts. 484 e seguintes) ampliou as hipóteses de cabimento, no intuito de favorecer a celeridade, o que foi visto com bons olhos pela jurisprudência daquele país.²⁷⁶ Ao lado do *référé en cas d'urgence*, foram adicionadas diversas espécies de provimentos: *référé de remise en état*, *référé en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite* (art. 809, primeiro parágrafo, do CPC francês), *référé provision* (art. 809, parágrafo segundo), *référé-injonction* (igualmente, art. 809, parágrafo segundo) e *référé-préventif* ou *probatoire* (art. 145).²⁷⁷

Especificamente quanto ao *référé provision*, que independe de urgência, muito utilizado em matéria de responsabilidade civil, a pretensa vítima pode requerer que o juiz lhe adiante certa quantia, a título de provisão; desde que a obrigação não seja seriamente contestável, a provisão deve ser concedida (art. 809, parágrafo

²⁷⁴ BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. Rio de Janeiro: Revista Forense n. 158, 1955. p. 60

²⁷⁵ *Apud* TISCINI, Roberta. *Op. cit.* pp. 27-28

²⁷⁶ FERRAND, Frédérique. The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France. *In: The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Orgs.: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 24; PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *In: Revista de Processo*, ano 23, n. 91. São Paulo: RT, 1998. p. 208

²⁷⁷ Art. 809. *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.*

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

Art. 145. *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.*

segundo²⁷⁸).²⁷⁹ Trata-se de uma tutela baseada na evidência do direito que fundamenta a demanda, pela sua manifesta incontestabilidade.²⁸⁰

O *référé provision* pode ser demandado em todas as matérias (cíveis, comerciais, de trabalho, agrárias, previdenciárias e de assistência social), para a proteção de obrigações de qualquer natureza (contratual, delitiva, legal e até mesmo processual).²⁸¹ Há, portanto, uma dupla atipicidade do instituto – de um lado, em relação às situações jurídicas tuteláveis; de outro, quanto ao conteúdo da medida determinada no *référé*.²⁸² Porém, como referido, o principal campo de aplicação desta modalidade de *référé* diz respeito à responsabilidade civil por acidentes automobilísticos, à responsabilidade em matéria de construção civil, em relação aos danos causados por obras a uma propriedade vizinha ou aos defeitos de construção. Observou-se que, em muitos desses casos, a controvérsia era muito simples e se prolongava indefinidamente pelas vias ordinárias apenas em razão da resistência do responsável (ou de sua seguradora) em realizar o pagamento, o qual multiplicava as suas defesas no intento de coagir a vítima a realizar uma transação conveniente.²⁸³

O Código francês pouco regula o procedimento do *référé*. Como regra, a competência é do juízo monocrático. O contraditório é assegurado, e na forma antecipada, antes da prolação da decisão. A assistência por advogado é facultativa, muito embora sejam raros os casos, na praxe judiciária, de demandas propostas por partes desassistidas. A demanda pelo provimento provisório pode ser proposta *ante causam* ou incidentalmente.

Se o autor não comparece à audiência, o processo se extingue, salvo se o réu pedir ao juiz que se pronuncie sobre a demanda. A atividade instrutória se desenvolve,

²⁷⁸ Art. 809. (...) *Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.*

²⁷⁹ PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. In: Revista de Processo, n.º 91, ano 23. São Paulo: RT, 1998. p. 208

²⁸⁰ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 259

²⁸¹ É possível que o *référé* tenha por objeto a provisão sobre as despesas processuais ou sobre indenização por “*abus di procédure*”. Também não há óbice à concessão de provisão para a reparação de danos morais. JOMMI, Alessandro. Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il *référé provision*. In: Rivista di Diritto Civile, n. 1, gennaio-febbraio, anno XLIII, 1997. p. 125 e 147

²⁸² BUONCRISTIANI, Dino. Sistema dei “*référés*”: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 2, giugno 2006. p. 581

²⁸³ JOMMI, Alessandro. *Op. cit.* p. 126

normalmente, em uma única audiência, podendo o juiz produzir provas de ofício, nos mesmos limites em que pode fazê-lo ordinariamente.

O único pressuposto exigido pela lei para a obtenção, em *référé*, de uma provisão, é a existência de uma obrigação “não seriamente contestável”. A expressão não é de fácil definição, dando margem ao casuísmo. Apesar dessa dificuldade, a doutrina e a jurisprudência traçam diretrizes para a interpretação da cláusula. Afirma-se que a decisão de *référé provision* tem como pressupostos: (a) a não impugnação dos fatos constitutivos alegados pelo autor como fundamentos de seu direito, ou a sua impugnação não séria; (b) a ausência de alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito autoral, ou, se opostas tais exceções, a sua manifesta carência de fundamentos; (c) a verificação *in iure*, por parte do juiz, da idoneidade dos fatos deduzidos pelo autor à produção dos efeitos por ele afirmados, bem como da ausência de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos releváveis de ofício. A contestação séria pode envolver questões de fato ou apenas discussões jurídicas. Nada muda quanto ao ônus da prova, pois fica a cargo do autor demonstrar o direito que invoca.²⁸⁴

O provimento emitido pelo juízo do *référé*, que deve ser motivado, é executável a título provisório, podendo o juiz subordinar a execução provisória à constituição de uma garantia (art. 489 do CPC francês²⁸⁵). Mas a sua característica mais importante é a provisoriedade (para ser fiel à dicção do art. 484²⁸⁶; se utilizada a diferenciação de Roberta Tiscini, melhor seria falar em precariedade), a inaptidão ao alcance da autoridade da coisa julgada (art. 488²⁸⁷), pois o juízo do *référé* somente detém competência para emanar imediatamente as medidas necessárias, e não para pronunciar-se sobre o pedido principal. O mesmo juízo pode modificar ou revogar a decisão, desde

²⁸⁴ JOMMI, Alessandro. *Op. cit.* p. 127-131. Consigne-se a posição de Dino Buoncristiani, para quem a sumariada da cognição no procedimento do *référé* não diz respeito à simplificação da instrução probatória, mas somente na ponderação que o juiz realiza sobre a possibilidade de não aprofundar-se no acerto, sendo que a valoração da seriedade (ou não) da contestação, segundo o autor, seria efetuada com cognição ordinária, já que o juiz pode valer-se de todos os provimentos instrutórios legalmente admissíveis (BUONCRISTIANI, Dino. *Op. cit.* p. 589).

²⁸⁵ Art. 489. *L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522.*

En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute.

²⁸⁶ Art. 484. *L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires.*

²⁸⁷ Art. 488. *L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles.*

que em face de novas circunstâncias. Não sendo alegada a superveniência de novos fatos, a *ordonnance de référé* adquire certa estabilidade.

O CPC francês não prevê qualquer disposição que imponha a instauração do juízo de mérito para julgamento do pedido principal após a concessão da *ordonnance de référé*, nem fixa qualquer limite temporal para a produção de efeitos desta decisão. Apesar do silêncio da lei, na praxe se reconhece que o provimento de *référé* não perde eficácia pela não instauração do juízo de mérito – a *ordonnance* possui, portanto, eficácia *sine die*. Inclusive, a prática demonstra que frequentemente a situação litigiosa é definida com a pronúncia da *ordonnance de référé*, por não provocar o réu, consciente de que a sua causa é indefensável, a instauração do juízo de mérito.²⁸⁸

O não estabelecimento de prazo para que o réu exija a cognição exauriente talvez seja fator essencial para o sucesso do modelo, pois a experiência comum demonstra que sempre que se fixa um termo, a tendência natural é que a parte faça uso da faculdade que perderá após o advento do mesmo. Na Itália, a *legge* n. 263/2005 inseriu um parágrafo no art. 186-*quater* do CPC, dispositivo que trata de uma espécie de tutela antecipatória dos efeitos da sentença (a *ordinanza di condanna ad istruzione esaurita*).²⁸⁹ O novo parágrafo dispõe que esta decisão adquire a eficácia da sentença se a parte, intimada, não manifesta, no prazo de trinta dias, a vontade de que seja prolatada a sentença.²⁹⁰ A intenção do legislador, que, confiando na inércia da parte, esperava a redução do número de sentenças, restou frustrada, na medida em que, na prática, são

²⁸⁸ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli, 2009. pp. 239-253; PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. In: Revista de Processo, n.º 91, ano 23. São Paulo: RT, 1998. p. 208

²⁸⁹ CPCi, Art. 186-*quater*. (*Ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*)

Esaurita l'istruzione, il giudice istruttore, su istanza della parte che ha proposto domanda di condanna al pagamento di somme ovvero alla consegna, o al rilascio di beni, può disporre con ordinanza il pagamento, ovvero la consegna o il rilascio, nei limiti per cui ritiene già raggiunta la prova. Con l'ordinanza il giudice provvede sulle spese processuali.

L'ordinanza è titolo esecutivo. Essa è revocabile con la sentenza che definisce il giudizio.

Se, dopo la pronuncia dell'ordinanza, il processo si estingue, l'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza.

L'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza se la parte intimata non manifesta entro trenta giorni dalla sua pronuncia in udienza o dalla comunicazione, con ricorso notificato all'altra parte e depositato in cancelleria, la volontà che sia pronunciata la sentenza.

²⁹⁰ Uma Comissão constituída pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual formulou sugestão de alteração do CPC brasileiro para inserir dispositivo inspirado na estabilização da tutela antecipada do *codice* italiano. Observe-se, contudo, que a *ordinanza postistruttoria* prevista no art. 186-*quater* do CPC italiano se baseia em cognição exauriente. Sobre o tema, v. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. In: Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Org.: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. São Paulo: DPJ, 2005. p. 660 e ss.

raras as vezes em que o interessado renuncia à sua prolação.²⁹¹ Em contrapartida, o *référé* francês atinge, na prática, a sua função de pacificação social, pois as partes costumam conformar-se com o provimento – mais de 90% dos casos acabam resolvidos sem necessidade do processo ordinário.²⁹²

Percebe-se, portanto, que quatro objetivos são alcançados: a solução do litígio; a celeridade; a economia processual; e a prevenção contra o abuso do direito de defesa por parte do réu.²⁹³

²⁹¹ TISCINI, Roberta. *Op. cit.* p. 47

²⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *In: O Processo – Estudos & Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 42

²⁹³ TISCINI, Roberta. *Op. cit.* p. 258; JOMMI, Alessandro. Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il *référé provision*. *In: Rivista di Diritto Civile*, n. 1, gennaio-febbraio, anno XLIII, 1997. p. 148-149

4. TUTELA DE EVIDÊNCIA

4.1 O projeto de Código de Processo Civil

Não é estranha ao ordenamento brasileiro a existência de decisões lastreadas em cognição não exauriente, que antecipam ao autor o acesso ao bem da vida apenas por conta da evidência do seu direito, sem exigir, como pressuposto fático, o *periculum in mora*. A liminar possessória, *v. g.*, é provimento antecipatório que independe da demonstração do perigo de dano, como reconhece a doutrina majoritária.²⁹⁴ Outro exemplo pode ser observado nos embargos de terceiro, previstos no art. 1.051 do CPC.

Inexiste, contudo, sob a égide do Código Buzaid, uma real preocupação com a administração do tempo do processo, assumindo-se como verdade insofismável que o autor é quem deve sustentar o fardo gerado pela necessidade de bem analisar o teor da sua pretensão e da defesa do réu. É chegada a hora de uma reforma.

A reforma do processo – como reflete Vittorio Denti sobre as mudanças legislativas na Itália, em lição perfeitamente aplicável ao Brasil – é uma obra de política do direito, devendo servir como um instrumento a serviço da sociedade, no âmbito da qual se observam exigências de tutela em um dado momento histórico.²⁹⁵

As necessidades atuais da sociedade brasileira, no que toca ao Judiciário, foram bem retratadas pelo Presidente da Comissão elaboradora do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, Luiz Fux, na mensagem dirigida ao Presidente do Senado, cujas palavras seguem transcritas:

aos olhos do povo.

(...)

torm

(...)

²⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 333

²⁹⁵ DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. *In: Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3. Milano: Giuffrè, 1993. p. 814

Era mesmo a hora de mudar: os novos tempos reclamam um novo processo, como proclamava Cesare Vivante: *Altro tempo, Altro Diritto*.
O Brasil clama

a.

Os tempos modernos exigem respostas rápidas da Justiça. Novas relações, de todo complexas, surgem dia após dia, muitas vezes à margem de regulamentação legal, e se desenvolvem em um cenário de insegurança, na longa espera pela solução judicial. Novos e cada vez mais sofisticados meios de lesão de direitos são maliciosamente engendrados, na dinâmica peculiar à sociedade globalizada, amparados pela certeza da lentidão da máquina jurisdicional, capaz de desestimular até o mais ardoroso defensor de um direito a recorrer ao Estado-juiz. Assim, alguns enriquecem e muitos empobrecem, tudo por culpa da inefetividade da jurisdição. Era chegada a hora de criar novos instrumentos para o combate desses males. Um dos principais instrumentos, objeto desta obra, consiste na tutela de evidência.

A expressão “tutela da evidência” foi primeiramente empregada por Luiz Fux, na sua obra “Tutela de segurança e tutela da evidência”, com inspiração nos ensinamentos de Ovídio Baptista. O autor vislumbrou a tendência moderna a prestigiar modalidades de tutela jurisdicional destinadas à satisfação de direitos demonstrados de plano. Nas suas palavras, “*é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria*”.²⁹⁶

É possível conjecturar uma ampla gama de situações em que o direito do demandante se revelaria evidente para o julgador, caso em que sujeitá-lo a todas as solenidades exigidas no procedimento legalmente previsto violaria a garantia da duração razoável do processo, na ideia de um tempestivo acesso à justiça.

Luiz Fux enumera as seguintes situações de evidência do direito autoral: (a) direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo; (b) direito baseado em fatos incontroversos ou notórios, que independem de prova; (c) direito a coibir uma conduta *contra legem* que, segundo alegação do autor, o réu praticou ou vem praticando – *v. g.*, a construção que viola as normas do Código Civil sobre postura e distancia mínima entre prédios; (d) o direito

²⁹⁶ FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 313

cuja existência o juiz precisa definir apenas com base em questões jurídicas, pois, de regra, o direito objetivo não depende de prova; (e) o direito em favor do qual milite uma presunção *jure et de iure*; (f) o direito baseado em prova emprestada, obtida em outro processo, com a observância das garantias fundamentais do processo, e que por isso não necessita ser novamente produzida; (g) o direito decorrente de decadência ou prescrição (sendo, nesse caso, uma evidência que pode favorecer o réu); etc.²⁹⁷

Desse modo, o jurista empregou a expressão “tutela da evidência” para designar uma propensão dos legisladores modernos à facilitação da tutela jurídica de direitos amparados por alto grau de verossimilhança, por meio de variegadas técnicas e instrumentos, com diferentes nuances, requisitos e âmbitos de aplicação.

Imbuído pelo mesmo espírito de efetividade e economia processual, o projeto do novo Código de Processo Civil adotou uma concepção mais restrita de “tutela da evidência”. Numerado na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 8.046/2010, o novo Código trouxe a seguinte previsão:

ncia

I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifest
 ;
 - ;
 - alegado pelo au ; ou

. In

convencional.

O projeto prevê, ainda, uma tutela da evidência em grau recursal:

demonst

, observado o art. 968.

A notável preocupação com a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição), que traz consigo o repúdio à procrastinação indevida da tutela aos

²⁹⁷ FUX, Luiz. *Op. cit.* p. 317

direitos evidentes, deixa marcas desde o primeiro capítulo do projeto, cujo art. 4º garante às partes o “direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa” (PL nº 8.046/2010).

Na sistemática do projeto, o gênero “tutela antecipada” se dividiria nas espécies “tutela de urgência” e “tutela da evidência”. O anteprojeto, sob forte influência de José Roberto dos Santos Bedaque, abolia a distinção entre medidas antecipatórias satisfativas e cautelares²⁹⁸, porquanto se traduziria em filigrana acadêmica, que não deve influenciar a tutela dos direitos dos jurisdicionados.²⁹⁹ O PL nº 166/2010 (tramitação pelo Senado), seguido pelo PL nº 8.046/2010 (tramitação pela Câmara), contudo, retomou a distinção (art. 269, §§ 1º e 2º³⁰⁰).

Observa-se, da leitura dos dispositivos acima expostos, que o projeto adotou um conceito mais restritivo de tutela de evidência que o originalmente imaginado por Luiz Fux. Afigura-se mais adequado ao modelo previsto no projeto o seguinte conceito: considera-se tutela de evidência a técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável ou impossível o sucesso do réu após o transcurso da fase instrutória do processo.

O projeto utiliza a terminologia “tutela da evidência”. *Évidence*, do francês, ou *evidence*, do inglês, significam prova. Como leciona Luiz Fux, “a evidência toca os limites da prova e será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção”.³⁰¹ Ocorre que, na realidade, não se tutela a prova, mas sim o direito da parte, em razão dos diversos fatores previstos pelo art. 278 do PL nº 8.046/2010, que

²⁹⁸ Anteprojeto do Novo CPC: “Art. 277. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.”

²⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

³⁰⁰ Projeto de Lei nº 166/2010 (Senado): “Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.”

O PL nº 8.046/2010, inexplicavelmente, deixou o dispositivo ainda mais restritivo ao inserir os parágrafos 3º e 4º, *in verbis*:

“§ 3º As medidas satisfativas poderão ser requeridas na petição inicial ou no curso do processo.

§ 4º As medidas cautelares poderão ser requeridas antecedentemente à causa principal ou incidentalmente.”

³⁰¹ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 313

indicam um alto grau de verossimilhança das alegações do autor. Revela-se, portanto, mais adequada a expressão “tutela de evidência”.³⁰²

Não há dúvidas de que a sujeição de um jurisdicionado aos trâmites processuais por mais tempo que deveria, gerando mora na tutela de seus interesses, encerra já por si uma injustiça – decorrente do incorreto manejo, seja pelo legislador ou pelo juiz, dos mecanismos processuais. Afinal, o art. 5º, LXXVIII, da Constituição impõe que o tempo do processo seja gerido com razoabilidade, não apenas no que concerne à decisão final, mas também no que tange à escolha do sujeito que deverá suportar os inconvenientes gerados pela demora do julgamento. Se considerarmos que, nos casos em que o direito do autor é bastante provável, o risco de produção de uma injustiça pela mora na prestação jurisdicional é muito maior que o risco de erro judiciário (sendo este o principal perigo da cognição sumária), é imperioso concluir, nessas hipóteses, pela concessão da tutela em favor do demandante.

O processo não pode premiar a resistência em juízo, como fosse verdadeira fonte de benefícios, tornando vantajoso àquele que não tem razão dilatar o curso processual, em vez de colaborar para o atendimento do direito que assiste à parte *ex adverso*. Nesse sentido, a existência da tutela de evidência em dado ordenamento pode estimular o réu a submeter-se à conciliação ou outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

4.2 Tutela de evidência sancionadora da má-fé processual

A primeira hipótese de tutela de evidência tem lugar quando “ficar caracterizado o abuso de direito de defesas”, nos termos do art. 278, I, do Projeto de Lei nº 8.046/2010. Cuida-se de previsão idêntica à do art. 273, II, do CPC/1973, que bem representa os valores cultivados pelo processo civil moderno, mas é de raríssima utilização na praxe judiciária.

Luigi Paolo Comoglio anota, com precisão, que o poder-dever do juiz de garantir a igualdade efetiva das partes em contraditório não pode prescindir, de um lado, de um controle atento do tempo do processo, a fim de prevenir qualquer risco de táticas

³⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 338

dilatórias, e, de outro, de uma adequada sancionabilidade dos fatos verificados de abuso do processo.³⁰³

Trata-se do necessário zelo pela boa-fé processual, dever imposto às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, conforme o art. 14, II, do Código de 1973. A fórmula é intencionalmente elástica e genérica, tendo como núcleo central a preocupação em assegurar a plena realização do princípio do contraditório, a razoável duração do processo e a efetividade das decisões judiciais. O conteúdo desse dever é descrito, em catálogo não exaustivo, pelos demais incisos do mesmo artigo: expor os fatos em juízo conforme a verdade (inciso I); não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento (inciso III); não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (inciso IV); e cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final (inciso V). Já o art. 17 do CPC vigente elenca condutas vedadas, por considerá-las inspiradas pela má-fé.³⁰⁴

O texto original do inciso III do art. 17 do CPC/1973 qualificava como contrária à lealdade processual a conduta de omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa. Liebman, ao comentar a modificação do texto, explica que o processo civil, com a sua estrutura contraditória, em que a cada uma das partes se atribui a tarefa de sustentar as suas próprias razões, é essencialmente refratário a uma rigorosa disciplina moralista do comportamento daquelas. Assim, não se poderia exigir da parte o fornecimento de elementos que lhe sejam desfavoráveis e que poderiam favorecer o adversário. Apesar disso, o jurista italiano sustenta que o juiz pode extrair argumentos de prova do comportamento desleal de uma das partes, no momento de decidir.³⁰⁵

Comparando a luta entre as partes no processo com uma guerra entre países, Salvatore Satta e Carmine Punzi equiparam as normas processuais às Convenções

³⁰³ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela*. Revista de Processo. Vol. 151. São Paulo: RT, 2007. p. 74

³⁰⁴ CPC/1973, Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

³⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. V. I. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 124-125

internacionais que limitam os meios de ataque e disciplinam, de forma geral, as relações entre os beligerantes – qualquer ato que viole a Convenção é indubitavelmente antijurídico e legitima a aplicação de sanções.³⁰⁶ Em contrapartida, há quem critique uma tentativa de controlar rigidamente o comportamento das partes através da lei processual, pois o contraditório não prescinde de uma dose de estratégia. Seriam, por isso, autoritárias as legislações que pretendem converter o juiz em um guardião do *fair play* processual, transformando o contraditório em um certame de cavalheiros, sem estridências e com abundante derramamento de flores. Assim, para os autores que seguem essa linha doutrinária, as normas processuais não devem ter um caráter repressivo, baseando-se em multas, sanções ou admoestações – um Tribunal que tem que recorrer sistematicamente a tais medidas provavelmente perdeu o controle do próprio processo.³⁰⁷

A par da divergência doutrinária, certo é que o melhor meio de evitar a chicana processual é preveni-la, por meio de uma atenta gestão do processo desde o seu início, com a adequada identificação das questões que merecem solução e o zelo pelo rápido desfecho do feito, evitando-se a todo o tempo a prática de *errores in procedendo*. Ocorre que, quando tais medidas profiláticas não forem suficientes, não se pode deixar que expedientes desleais determinem o resultado do processo em desfavor daquele que tem razão. A passividade judicial diante do uso ilegítimo dos mecanismos processuais pelas partes seria fator de descrédito nas instituições públicas, convertendo a jurisdição no resultado de um embate antiético entre sujeitos muitas das vezes desiguais.

O legislador, incumbido pela Constituição de garantir o acesso à ordem jurídica justa àquele que goza de um direito material em seu favor (art. 5º, XXXV), lança mão de diversos instrumentos voltados a podar comportamentos incompatíveis com a regular marcha do processo. Cumprem essa função, por exemplo: a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC/1973; a multa por ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos dos artigos 600 e 601 do CPC/1973; a responsabilidade processual civil por litigância de má-fé (art. 16 e seguintes do CPC/1973); a multa pela oposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios, assim como a restrição à interposição de qualquer outro recurso antes do

³⁰⁶ SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 2000. p. 116

³⁰⁷ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. ¿Abuso de Derecho en el Proceso? *In*: Abuso dos direitos processuais. Coord: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 5-6

depósito do valor respectivo (art. 538, p. u., do CPC/1973); a multa pela interposição de agravo manifestamente inadmissível ou infundado, somada à proibição de utilização de outro recurso antes do seu pagamento (art. 557, § 2º, do CPC/1973); a multa pela oposição de embargos à execução ou à adjudicação manifestamente protelatórios (art. 740, p. u., e 746, § 3º, do CPC/1973); *etc.*

Veja-se que todos os mecanismos relacionados impõem apenas uma sanção econômica à parte desleal, que pode muito bem absorver o custo financeiro sofrido para continuar a turbar o desenvolvimento do processo, caso assim lhe pareça vantajoso. Desembolsar algum dinheiro pode não ser problema para quem quer evitar uma anunciada derrota em juízo.

Atenta à exigência de desobstruir quaisquer entraves que o réu possa opor à realização da justiça, a Lei nº 8.952/94 introduziu no direito brasileiro a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em favor do autor quando caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, do CPC/1973). Não deixa de ser uma sanção à conduta desleal de um sujeito do processo; porém, ao conceder ao autor o acesso imediato ao bem da vida que persegue, torna-se muito mais eficaz na tarefa de estimular a parte *ex adverso* a contribuir para o regular desenvolvimento do feito.

O projeto de CPC, após proclamar que as “partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios” (art. 8º), e repetir *ipsi literis* o teor dos artigos 14 e 17 do CPC/1973, respectivamente, nos seus artigos 80 e 83, inseriu dentre as hipóteses de tutela de evidência, acertadamente, o abuso do direito de defesa ou o ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 278, I, do PL nº 8.046/2010).

Embora seja dispensada a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o juiz deve identificar “elementos que evidenciem a plausibilidade do direito” do autor para dar suporte à tutela de evidência (art. 278, *caput*, c/c art. 276 do PL nº 8.046/2010). Para evitar infundáveis debates na doutrina sobre o que se deve entender por “plausibilidade”, seria recomendável que o legislador recorresse à terminologia já consagrada na doutrina e utilizasse a expressão “probabilidade”. De acordo com a teoria dos três graus de verossimilhança adotada no primeiro capítulo do presente trabalho, se, para a prolação da decisão em tela, o magistrado não analisa

apenas as alegações do demandante e nem chega a um juízo de certeza, basear-se-á em um juízo de probabilidade, o grau intermediário. Justamente por basear-se em cognição sumária, a decisão não é capaz de fazer coisa julgada material.

As expressões utilizadas pelo art. 278, I, do projeto (“abuso” e “propósito protelatório”) trazem ínsitas a ideia de má-fé, exigindo a perquirição do elemento subjetivo do réu. Contudo, como observa Celso Agrícola Barbi, algumas vezes é muito difícil pesquisar a intenção do agente, de modo que exigir sempre esse elemento subjetivo redundaria em impedir uma repressão mais enérgica da má conduta da parte. Por isso, algumas legislações, como a italiana³⁰⁸, equiparam a má-fé e a culpa grave, sendo esta um equívoco grosseiro e inescusável.³⁰⁹ Outros autores vão além, defendendo a adoção da teoria objetiva no regime de responsabilidade pelo abuso de direitos processuais. Na opinião de Eduardo Oteiza, quando um dos sujeitos obra sem um motivo legítimo, quebra o princípio da boa-fé, e isso pode ocorrer também naqueles casos em que a diligência empregada pelo indivíduo para examinar a sua própria conduta rompe o parâmetro médio de razoabilidade na apreciação das consequências dos atos. Por isso, nas palavras do professor argentino, deve ocorrer a responsabilização sempre que possível inferir a disfuncionalidade do comportamento, ou seja, quando se detectar que este não se destina à resolução do conflito com justiça.³¹⁰

Seria melhor que o inciso II do art. 278 do PL nº 8.046/2010 fosse aprimorado para permitir ao juiz, de forma expressa, a concessão da tutela de evidência nas hipóteses em que formulada defesa manifestamente infundada ou observar-se conduta incompatível com a boa marcha processual, independentemente do elemento subjetivo do réu ou seu patrono.

Antes da resposta do réu, não há como reconhecer o abuso do direito de defesa, pois não se pode abusar daquilo que sequer se exerceu. Por outro lado, o manifesto propósito protelatório do réu pode caracterizar-se antes mesmo da citação, quando, v. g., o juiz reconhecer que o réu sabe da existência do processo e se comporta de modo a

³⁰⁸ *Codice di Procedura Civile, Art. 96. (Responsabilità aggravata)*

Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

³⁰⁹ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. V. I. 2ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1981. p. 172

³¹⁰ OTEIZA, Eduardo. Abuso de los Derechos Procesales en America Latina. *In: Abuso dos direitos processuais.* Coord: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 21-22

frustrar a atividade do Estado-juiz.³¹¹ Autoriza-se, em casos tais, a prolação de tutela de evidência *inaudita altera parte*. A hipótese, entretanto, é excepcional.

O *caput* do art. 273 do CPC/1973 dispõe que o juiz somente poderá antecipar os efeitos da tutela “a requerimento da parte”. O art. 278 do PL nº 8.046/2010 não contém idêntica expressão. Poderia o juiz, pela sistemática do projeto, conceder de ofício a tutela de evidência baseada no abuso do direito de defesa? A resposta é positiva. A deslealdade processual não é prejudicial apenas à parte contrária, mas atinge a própria dignidade da justiça. Exatamente por isso, o magistrado prescinde de prévio requerimento para aplicar multa pela prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, p. u., do CPC/1973; art. 80, § 1º, do PL nº 8.046/2010), bem como para aplicar sanção por litigância de má-fé (art. 18 do CPC/1973; art. 84 do PL nº 8.046/2010). Dado que a modalidade de tutela de evidência ora versada é também uma sanção por comportamento desleal, a melhor interpretação conferida ao projeto é a que admite a sua prolação de ofício.³¹² A concessão da tutela de evidência de ofício não exime a parte beneficiária da responsabilidade pelos prejuízos causados à outra pela efetivação da medida, nas hipóteses do art. 274 do PL nº 8.046/2010. É que a efetivação depende do requerimento do interessado, nos termos do art. 273 combinado com o art. 500, § 1º, do mesmo projeto.³¹³

A continuidade da hipótese de antecipação de tutela por abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório é desejável, considerada a necessidade de criar na comunidade jurídica uma cultura da efetividade do processo e do repúdio ao abuso dos direitos processuais; porém, é muito provável que o instituto continue sendo pouco utilizado. Isso se deve ao fato de que, nos casos em que a defesa é abusiva ou protelatória, pode o juiz indeferir as provas cuja produção foi requerida pelo réu (art. 130 do CPC/1973; art. 354, p. u., e art. 118, II, do PL nº 8.046/2010). Diante desse panorama (inicial instruída com elementos que conduzam o magistrado a um juízo de probabilidade; defesa carente de seriedade; desnecessidade de dilação probatória),

³¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT, 2011. p. 262

³¹² Altera-se a conclusão a que se chegou sobre a matéria em: BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. *In*: O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa. Org.: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³¹³ PL nº 8.046/2010: Art. 273. A efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitivo ou provisório.

Art. 500, § 1º. O cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, far-se-á a requerimento do credor.

normalmente o magistrado poderá de plano promover o “julgamento antecipado da lide” (art. 330, I, do CPC/1973), denominado pelo projeto de “julgamento imediato da lide” (art. 341, I, do PL nº 8.046/2010), conferindo solução definitiva à controvérsia.³¹⁴

Há posição no sentido de que o abuso do direito de defesa não é hipótese de tutela de evidência, instituto este que não prescindiria da demonstração de aparência da existência do direito.³¹⁵ Trata-se, contudo, de uma falsa controvérsia, derivada da imprecisão terminológica a respeito do que se deve entender por tutela de evidência. Compreendida esta como técnica de inversão dos ônus dromológicos do processo, a sanção pela má-fé processual do demandado reúne todas as características necessárias para figurar no rol do art. 278 do PL nº 8.046/2010.

4.3 A tutela de pedidos incontroversos: tutela de evidência?

O art. 285, II, do anteprojeto previu a dispensa da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação para a concessão de tutela imediata quando “um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva”. A redação foi mantida no art. 278, II, do PL nº 166/2010 e do PL nº 8.046/2010.

O CPC de 1973, no seu art. 273, § 6º, já continha previsão semelhante desde a sua alteração pela Lei nº 10.444, de 2002, dispondo que “[a] tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

O pedido pode tornar-se incontroverso pelo reconhecimento expresso de sua procedência ou por não ter o réu se desincumbido do ônus de impugnar especificamente as alegações do autor, fazendo com que estas se presumam verdadeiras. Alerta-se, entretanto, que, para que se possa considerar incontroversa uma alegação autoral não enfrentada na contestação, a defesa deve ser considerada em seu todo, nos termos do art. 329, III, do PL nº 8.046/2010

³¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 332

³¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT, 2011. p. 261

, considerada em seu conjunto“).

A norma do art. 278, II, do PL nº 8.046/2010 encarta duas situações distintas. A primeira delas, de pedido cumulado incontroverso, pode ser exemplificada com a situação em que o autor postula a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, sendo que o demandado, apesar de contestar o último pedido, reconhece a procedência do primeiro. Quanto à segunda situação, de parcela incontroversa de pedido, observa-se em casos como o do autor que pede a condenação do réu ao pagamento de certa quantia, enquanto este sustenta que deve apenas a metade dela.

Com relação à hipótese de pedido cumulado incontroverso, a lei não esclarece quais espécies de cumulação de pedidos podem ser consideradas para os fins desse dispositivo. A única modalidade de cumulação de pedidos compatível com o propósito do instituto é a cumulação simples, que se dá quando os pedidos cumulados são totalmente independentes uns dos outros, sendo que o acolhimento de qualquer deles não depende do acolhimento ou da rejeição dos demais. Não tem lugar o julgamento imediato nas hipóteses de cumulação sucessiva (quando a análise dos pedidos subsequentes depende do acolhimento dos precedentes), de cumulação eventual ou subsidiária (quando o exame do pedido subsequente somente ocorre quando refutado o pedido precedente) e de cumulação alternativa (quando o autor formula diversos pedidos aguardando o acolhimento de apenas um deles).³¹⁶

Além dos casos de incontrovérsia, há autores que entendem ser possível a prolação de provimento idêntico quando o juiz reconhecer a existência de prova suficiente para a procedência de um dos pedidos ou parcela deles, mas considerar necessária a dilação probatória para a aferição dos demais. Configurando-se, ainda que parcialmente, a situação prevista no art. 330, I, *in fine*, do CPC/73 (quando não houver necessidade de produzir prova em audiência), autorizar-se-ia o juiz a conceder desde logo o pedido (ou parcela dele) com relação ao qual formou um juízo de certeza.³¹⁷ Luiz

³¹⁶ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 476-477.

³¹⁷ A proposta é inspirada no segundo parágrafo do art. 278 do CPC italiano, *in verbis*:
Art. 278. (*Condanna generica. Provisionale*)
Quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il collegio, su istanza di parte, può limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione.

Guilherme Marinoni, defensor da ideia, ressalta a incoerência do Código vigente, que permite a cumulação de pedidos sob a justificativa de prestigiar a economia processual, mas não prevê expressamente a tutela imediata do pedido (ou parcela) que não exige maior dilação probatória³¹⁸ – assim, acaso proposto em demanda autônoma, seria tutelado de forma mais célere. Andaria bem o legislador se inserisse de forma expressa no projeto do novo Código a possibilidade de julgamento parcial imediato, no art. 341, I, do PL nº 8.046/2010.

A novidade do projeto consiste em qualificar o provimento como definitivo, no intuito de sanar a controvérsia doutrinária que se estabeleceu a respeito da estabilização da decisão que confere tutela ao pedido incontroverso. Há previsão da definitividade da tutela não apenas no art. 278, II, do PL nº 8.046/2010, mas também no seu art. 283, que assim dispõe: “As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva”.

Para uma parte dos juristas, dentre os quais figura Leonardo Greco, a “tutela antecipada do pedido incontroverso”, prevista no art. 273, § 6º, do CPC/73, pode ser revogada pelo juiz na sentença final, se concluir pela improcedência do pedido.³¹⁹ Não se atina, todavia, como poderia o magistrado decidir pela improcedência de um pedido baseado em direito disponível reconhecido pelo próprio réu. Por isso, é mais adequada aos princípios da segurança jurídica e do acesso à justiça (art. 5º, *caput* e XXXV, da Constituição) a posição que reconhece a aptidão do provimento imediato do pedido incontroverso a fazer coisa julgada material.^{320 - 321}

In tal caso il collegio, con la stessa sentenza e sempre su istanza di parte, può altresì condannare il debitore al pagamento di una provvisionale, nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova.

³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 11ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 288. No mesmo sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT, 2011. p. 263; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 460

³¹⁹ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 403. Em igual sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 337

³²⁰ Modificando entendimento esposado logo após a entrada em vigor da Lei nº 10.444/02, este passou a ser também o posicionamento de MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 11ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 292

Idêntico debate ocorre na Itália, com relação ao art. 186-*bis* do CPC, que trata da “*ordinanza per il pagamento delle somme non contestate*”, apesar de o texto legal preceituar que a decisão conserva a sua eficácia em caso de extinção do processo.³²² É que a conservação dos efeitos não significa, necessariamente, a imutabilidade da decisão. Neste sentido, a jurisprudência da Corte de Cassação é no sentido de negar a existência de coisa julgada material.³²³

Reconhecer a imutabilidade da coisa julgada à decisão que dispõe sobre o pedido incontroverso atrai múltiplas e complexas consequências. Pense-se na hipótese em que, após proferir semelhante decisão, o magistrado reconhece falha processual insanável conducente à extinção do processo sem resolução do mérito (v. g., art. 267, § 3º, do CPC/73; art. 472, § 3º, do PL nº 8.046/2010). Se há coisa julgada, sequer um *error in procedendo* autorizaria a sua revisão, estando preclusas as vias recursais. A solução é manter hígida a eficácia da decisão, apesar da extinção do processo sem resolução do pedido que não foi por ela abrangido.

Outra dificuldade que se observa é quanto ao prazo para a propositura de ação rescisória. O art. 928 do Projeto de Lei nº 8.046/2010 dispõe que “[o] direito de propor ação rescisória se extingue em um ano contado do trânsito em julgado da decisão”. O termo *a quo* correria do esgotamento dos meios de impugnação do provimento que concedeu o pedido incontroverso ou do trânsito em julgado da última decisão do processo? A súmula nº 401 do STJ indica que “[o] prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento

³²¹ Há, ainda, posição intermediária, que dá maior importância ao requerimento do autor: (i) caso o autor pretenda a antecipação parcial da tutela, haverá decisão interlocutória provisória sobre o tema; (ii) caso o autor alegue que o réu reconheceu parcialmente o pedido (art. 269, II, do CPC), o juiz, acolhendo a alegação, proferirá decisão interlocutória definitiva de mérito, que não extingue o processo. É o entendimento de NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 460

³²² Art. 186-*bis*. (*Ordinanza per il pagamento di somme non contestate*)

Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione.

L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo.

L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma.

³²³ Decisões da Corte de Cassação de 25 de novembro de 2003, 22 de junho de 1999 e 17 de julho de 1998, cf. TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 53-54. Assim tb. FICHERA, Giuseppe. Le ingiunzioni civili. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 186-187

judicial”, salvo nos casos de erro grosseiro ou má-fé do recorrente.³²⁴ A posição pacífica na Corte Superior é no sentido de que “o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa” (art. 495 do CPC/73)³²⁵, por prevalecer o entendimento de que apenas se admite uma ação rescisória para cada processo, ainda que no bojo deste várias decisões tenham sido proferidas.³²⁶ Essa a melhor orientação para o problema jurídico, pois prestigia a segurança jurídica e a instrumentalidade do processo.

O recurso cabível contra a decisão do art. 278, II, do PL nº 8.046/2010 será o agravo de instrumento, nos termos do art. 969, I, do mesmo projeto (“Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas de urgência ou da evidência”). O art. 892, V, do PL nº 8.046/2010 prevê a possibilidade de sustentação oral na sessão de julgamento do “agravo de instrumento interposto de decisões interlocutórias que versem sobre tutelas de urgência ou da evidência”.

A tutela de evidência por incontrovérsia de pedido pode ser concedida de ofício, máxime por tratar-se de decisão baseada em juízo de certeza. Essa a orientação que já prevalece em relação ao art. 273, § 6º, do CPC/1973.³²⁷

O relator-geral do Projeto de Lei nº 8.046/2010 sinalizou com a possibilidade de retirar do rol das hipóteses de tutela de evidência o provimento que confere tutela ao pedido incontroverso, sugerindo a sua inserção no capítulo do projeto referente ao julgamento antecipado parcial do mérito, sob o argumento de tratar-se de decisão definitiva.³²⁸ Com efeito, na lista de modalidades de tutela de evidência formulada pela Comissão elaboradora do anteprojeto, o único caso de decisão baseada em cognição exauriente é precisamente aquele relativo ao pedido incontroverso ou parcela dele. Não se trata, pois, ao contrário dos demais, de provimento antecipatório, já que a matéria não será novamente apreciada em uma decisão futura, e sim de provimento imediato, fruto

³²⁴ STJ, EREsp 441252/CE, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 29/06/2005, DJ 18/12/2006.

³²⁵ STJ, EREsp 404.777/DF, Rel. Ministro Fontes de Alencar, Rel. p/ Acórdão Ministro Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, julgado em 03/12/2003, DJ 11/04/2005.

³²⁶ “Impossível, portanto, conceber-se a existência de uma ação em curso e, ao mesmo tempo, várias ações rescisórias [*sic*] no seu bojo, não se admitindo ações rescisórias em julgados no mesmo processo” (trecho da ementa do EREsp 441252/CE).

³²⁷ Por todos, v. ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 426

³²⁸ A princípio, conforme fls. 199 do relatório geral, sugeriu-se a inserção no capítulo IX do PL nº 8.046/2010, intitulado “do julgamento conforme o estado do processo”.

de um juízo de certeza. A sistematização da matéria seria facilitada com o acolhimento da sugestão prevista no relatório geral.³²⁹

4.4 Tutela de evidência baseada em prova documental

Passando ao próximo inciso do art. 278 do PL nº 8.046/2010, o inciso III prevê que a tutela será concedida liminarmente, sem demonstração de *periculum in mora*, quando “*a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca*”. A redação não é boa. Uma prova irrefutável, como o próprio nome diz, não pode ser afastada por nenhuma outra – algo impensável num sistema de livre convencimento motivado no que tange à análise do material probatório. O próprio dispositivo afirma que o réu pode apresentar provas capazes de ilidir aquela apresentada pelo autor. Na verdade, o que se exige é uma prova extremamente forte somente do fato constitutivo do direito do autor; o réu pode opor prova “inequívoca” de fatos extintivos, impeditivos ou modificativos desse direito. O dispositivo, assim, deveria utilizar a expressão “prova documental idônea”, pois esta deve ser apta a atestar, *prima facie*, a viabilidade da pretensão do demandante.

Apesar do silêncio da norma, a prova inequívoca que o réu deve trazer também é documental, pré-constituída, sob pena de se esvaziar o próprio propósito da tutela de evidência, que é o de conferir celeridade à prestação jurisdicional.

O dispositivo ora analisado possui expressões bastante vagas, que garantem ampla margem interpretativa ao aplicador do direito. Em se tratando de uma medida antecipatória liminar, é de se consignar a mesma observação feita por Alessandro Jommi em relação ao *référé provision* francês: a aplicação prática da norma necessitará da valoração subjetiva do juiz, do seu caráter impulsivo ou audaz, ou, ao contrário, do seu temperamento timorato e prudente. Porém, como o próprio autor alerta, não se deve exagerar esse relativismo, sobrevalorando as garantias de objetividade e de uniformidade de valorações, máxime porque se garante às partes a possibilidade de coibir abusos mediante recurso aos órgãos jurisdicionais superiores.³³⁰ Resta saber se, no Brasil, os Tribunais (especialmente os superiores) se mostrarão dispostos a rever a

³²⁹ É também a opinião de MEDINA, José Miguel Garcia. Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT, 2011. p. 263

³³⁰ JOMMI, Alessandro. Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il *référé provision*. In: Rivista di Diritto Civile, n. 1, gennaio-febbraio, anno XLIII, 1997. p. 132

concessão ou negativa de tutela de evidência nos casos concretos, aferindo os seus pressupostos e combatendo o arbítrio dos juízes.

Em todo o caso, por obediência ao princípio constitucional da motivação (art. 93, IX, da Constituição), é essencial que a decisão concessiva da tutela de evidência indique a razão pela qual entendeu que o direito alegado pelo autor é baseado em prova documental “irrefutável” e por que entende que o réu não logrou opor prova “inequívoca”.³³¹

Esta modalidade de tutela de evidência guarda identidade de propósitos com o procedimento monitorio, previsto no art. 1.102-A do CPC de 1973: propiciar ao autor, em virtude da alta probabilidade de procedência da sua pretensão, um célere acesso ao bem da vida a que provavelmente faz jus. O procedimento monitorio, revogado pelo projeto de CPC, e a hipótese do referido art. 278, III, não são, todavia, idênticos.

Uma primeira diferença reside no fato de que o art. 1.102-A do CPC/1973 limita a “ação monitoria” aos pedidos de pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, à semelhança do *procedimento di ingiunzione* italiano (art. 633 e seguintes do *Codice di Procedura Civile*). O art. 278 do PL nº 8.046/2010 não prevê semelhante restrição à tutela da evidência do inciso III.

Além disso, na monitoria, estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deve deferir de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa, *inaudita altera parte*, enquanto que pela nova sistemática a tutela da evidência só será concedida após a contestação, momento em que se poderá aferir se o réu opôs ou não prova inequívoca às alegações do autor.

Distinguem-se, ainda, porque no procedimento monitorio a defesa do réu é feita por meio de embargos, e, caso não oferecidos, opera-se, de pleno direito, a constituição do título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, tal como ocorre na *Mahnverfahren* do Direito alemão e no procedimento monitorio italiano. Pela sistemática do projeto, a defesa do demandado é feita por meio de contestação, cuja falta acarretará a revelia, dando azo ao “julgamento imediato da lide” (art. 341, I, do PL nº 8.046/2010). Caso o magistrado entenda necessária a dilação probatória, poderá conceder a tutela de evidência, podendo esta ser efetivada nos

³³¹ A Corte de Cassação francesa entende que o juiz dos *référés* deve, na motivação da sua decisão, precisar quais são os elementos da contestação que a tornam séria ou não séria (Cass. com., 1 Mar.1983). Cf. JOMMI, Alessandro. *Op. cit.* p. 133

moldes da execução provisória (art. 273 do PL nº 8.046/2010). Então, enquanto o mandado de pagamento do rito monitório, quando não impugnado, equivale a uma sentença, fazendo coisa julgada material, a decisão concessiva da tutela da evidência ora examinada não tem o condão de atingir a *res iudicata*, podendo apenas ser reproduzida em uma futura sentença.

O art. 278, III, do PL nº 8.046/2010 adota a técnica da condenação com reserva de exceções, pela qual se concede ao autor o acesso ao bem da vida, com base em juízo de probabilidade, não como meio de se tutelar uma situação de urgência, mas para evitar que o autor seja penalizado com os ônus dromológicos do processo. Um preceito básico do Direito Processual é aquele segundo o qual a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve configurar um dano para quem tem razão.³³² Sendo a passagem do tempo um fenômeno negativo para aquele que se vê impedido de gozar do bem da vida a que faz jus, uma vez que o seu direito seja demonstrado em juízo com um alto grau de verossimilhança, revela-se particularmente injusto proteger a esfera jurídica do réu, que conta com poucas chances de êxito final. Conforme apontado nos capítulos prévios deste trabalho, as técnicas processuais que privilegiam a posição jurídica de quem se defende, preservando o *status quo*, são heranças conservadoras do liberalismo do século XIX³³³, que o projeto do novo CPC, felizmente, consegue superar.

Em passagem pretérita do presente trabalho³³⁴, foram esmiuçadas as principais características das condenações com reserva de exceções. São decisões prolatadas com base em cognição exauriente em relação aos fatos constitutivos do direito do autor e sumária quanto aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos daquele direito.³³⁵ Ora, se o réu tem o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do

³³² COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. V. II. 5ª ed. Bologna: il Mulino, 2011. p. 14

³³³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 120

³³⁴ V. *supra* 3.5

³³⁵ Em sentido contrário, sustentando que na tutela da evidência a cognição é sempre exauriente: FUX, Luiz. *Op. cit.* pp. 309-310. Entende Fux que “(...) a evidência do direito exclui a cognição sumária, porque é o próprio objeto litigioso que se oferece completo ao juízo. A margem de erro é aquela que se verifica em todo provimento mesmo de cognição dita exauriente e como consecutário da humanidade do julgador. (...) Repita-se: a liminar, in casu, é deferível mediante cognição exauriente, decorrência mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência (fumus boni juris) peculiares à tutela de urgência cautelar ou de segurança”. Em outro momento de sua obra, o autor faz menção à sumariedade na tutela da evidência, *in verbis*: “O problema se põe no plano fático, sobre ser evidente ou não o direito demonstrado ao juízo para viabilizar a tutela sumária não cautelar, de satisfação plena e por vezes irreversível”. Todavia, ao que parece, nesse trecho o jurista se refere ao que ele denomina como “sumariedade formal”, que corresponde ao que chamamos de aceleração.

demandante, por que incumbiria ao autor suportar o tempo necessário à produção da prova tendente à demonstração de um fato que não o beneficia?³³⁶

A tutela de evidência concedida nos moldes do inciso III do art. 278 não tem o condão de fazer coisa julgada material, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que o magistrado indique a superveniência de novos elementos que ilidam as suas conclusões (art. 283 c/c art. 286, p. u., do PL nº 8.046/2010).

4.5 Tutela de evidência decorrente de controvérsia estritamente jurídica

A tutela da evidência também poderá ser concedida quando a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante (art. 278, IV, do PL nº 8.046/2010).³³⁷

Em capítulo prévio deste trabalho, a respeito da cognição de questões de direito, foram estabelecidas as seguintes premissas: (i) a cognição das questões de direito, em regra, é completa, porque pressuposta, em razão da máxima *iura novit curia*; (ii) excepcionalmente, considera-se incompleta a cognição de questões de direito quando ainda não estabelecido o contraditório ou quando a lei expressamente dispuser em sentido contrário.³³⁸

Por certo, a decisão a que se refere o art. 278, IV, do projeto não é derivada de cognição completa. Isso porque o projeto já contempla duas situações em que o juiz deve proferir sentença definitiva ao apreciar apenas questões de direito, uma anterior à resposta do réu e outra posterior.

A primeira delas é o “julgamento imediato da lide”,³³⁹ previsto no art. 341 do PL nº 8.046/2010. Encerrada a fase postulatória, o juiz deve conhecer de imediato do pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir

³³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 276

³³⁷ A redação original do anteprojeto fazia menção à “jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante”. O conceito de “casos repetitivos” era trazido pelo art. 848 do anteprojeto (atual art. 883 do PL nº 8.046): “Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos: I- o do incidente de resolução de demandas repetitivas; II- o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.”

³³⁸ V. *supra* 1.9

³³⁹ A expressão é equivocada, pois o que se julga não é a lide, o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, mas o pedido formulado pelo autor.

prova em audiência. Nota-se certa prolixidade no dispositivo, pois, se é despicienda a produção de prova em audiência, reputam-se esclarecidas todas as questões de fato com os elementos de prova colhidos até então, caso em que apenas restarão questões de direito a serem resolvidas.

A segunda situação envolve o que se convencionou chamar de “sentença liminar de improcedência”. O tema é tratado no art. 307 do projeto, que possui a seguinte redação:

NCIA LIMINAR DO PEDIDO

, se este:

-
a;
- a em julgamento de recursos
repetitivos;
-
ncia.

a.

§ 3º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306.

O regramento transcrito pretende substituir a sistemática do art. 285-A, incluído no CPC de 1973 pela Lei nº 11.277/2006 (“Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”). Pelo regime do projeto, só será possível o julgamento imediato de improcedência do pedido que verse apenas sobre controvérsias de direito quando a pretensão autoral contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou fixado em

ncia. Noutras palavras, fica proscria a possibilidade de o julgador emitir idêntico provimento tendo por base o histórico de sentenças proferidas pelo próprio órgão jurisdicional em casos semelhantes, conforme previsto no art. 285-A do CPC/1973.³⁴⁰

³⁴⁰ O anteprojeto permitia que o magistrado julgasse improcedente o pedido, de plano, desde que a decisão proferida não contrariasse entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal

A improcedência liminar do pedido decorre de cognição exauriente, tendo em vista que a sentença é favorável ao demandado, do que decorre a absoluta desnecessidade da sua prévia manifestação. Se o contraditório é exercido em busca de um provimento que atenda aos interesses da parte, não há razão para que seja ouvida quando a pretensão processual que ela poderia exercer é completamente satisfeita sem a sua intervenção. Também é precedido de cognição exauriente o julgamento imediato da lide, já que respeitada a ampla defesa e produzidas todas as provas necessárias à formação da convicção do juiz. Acrescente-se que é obrigatório o julgamento imediato da lide se, após exercida a defesa, apenas restar a análise de matéria de direito – não faria sentido que, nesta situação, o magistrado concedesse a tutela de evidência prevista no art. 278, IV, do PL nº 8.046/2010, porquanto implicaria reconhecer despicienda a dilação probatória. Por isso, é imperioso concluir que a tutela de evidência decorrente de controvérsia estritamente jurídica, antecedida de cognição incompleta, deve ser proferida *inaudita altera parte*.

Não cabe alegar, contra a opção do projeto, nenhuma violação ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição). A tese jurídica sustentada pelo autor é embasada por jurisprudência consolidada, disso resultando que as chances de sucesso do réu ao final do processo são absolutamente remotas. É claro que a defesa pode demonstrar ao juiz a insubsistência dos fatos alegados pelo autor, ou provar a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, mas tratar-se-ia de situação excepcional. Sendo o risco de erro judiciário significativamente menor que o risco de morosidade na realização do direito, deve-se optar pela concessão da tutela à pretensão do demandante, deixando o tempo do processo transcorrer em desfavor do réu, na esteira das conclusões estabelecidas em tópico pretérito desta obra.³⁴¹

No parecer emitido pelo Relator-Geral indicado pela Câmara dos Deputados para analisar a proposta de novo Código de Processo Civil, esta hipótese de concessão de tutela de evidência teve sua redação alterada para os termos seguintes: “Art. 287, III – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. O parágrafo

de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos. A previsão, infelizmente, foi suprimida pelo PL nº 8.046/2010.

³⁴¹ V. *supra* 2.1 e segs.

único do mesmo artigo dispõe que a modalidade de tutela de urgência ora versada “pode ser proferida liminarmente”.

De fato, a matéria será unicamente de direito quando “a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor”, o que aproxima bastante as figuras dos incisos III e IV do art. 278 do PL nº 8.046/2010. Em tais casos, o juiz poderá conceder a tutela de evidência *inaudita altera parte* sempre que “houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante”, nos termos do inciso IV do referido artigo. Não havendo tese fixada nesses moldes, via de regra, a tutela de evidência será concedida após a defesa do réu.³⁴²

Registre-se, ainda, que o projeto do novo CPC suprime a categoria da “possibilidade jurídica” como condição da ação, eliminando a possibilidade de extinção do processo sem julgamento do mérito sob a alegação de que a demanda não é amparada pelo ordenamento jurídico. No ponto, segue-se a corrente doutrinária que há muito aponta que uma decisão nesses moldes equivaleria, substancialmente, ao julgamento antecipado de que trata o art. 330, I, do CPC/1973.³⁴³ Pela sistemática do anteprojeto, nesta situação, deveria o juiz proferir sentença liminar de rejeição, desde que a decisão proferida não contrariasse entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos. O PL nº 8.046/2010, contudo, apenas permite o julgamento liminar de improcedência quando a pretensão do autor contrari

ncia. Isso significa que, de acordo com o PL nº 8.046/2010, inexistindo posicionamento dos referidos Tribunais Superiores, por mais absurda que seja a demanda, não poderá o juiz sentenciar de plano, sequer sem resolução do mérito, sendo de rigor a citação do réu para oferecer resposta.

4.6 Tutela de evidência em favor do depositante

³⁴² V. *supra* 4.4

³⁴³ Por todos, v. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 265

O parágrafo único do art. 278 do PL nº 8.046/2010 vem para substituir a denominada “ação de depósito”, prevista nos artigos 901 a 906 do CPC de 1973, que possuem a seguinte redação:

CAPÍTULO II

DA AÇÃO DE DEPÓSITO

Art. 901. Esta ação tem por fim exigir a restituição da coisa depositada. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 902. Na petição inicial instruída com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato, o autor pedirá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro; (Incluído pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - contestar a ação. (Incluído pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 1º No pedido poderá constar, ainda, a cominação da pena de prisão até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do art. 904, parágrafo único. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 2º O réu poderá alegar, além da nulidade ou falsidade do título e da extinção das obrigações, as defesas previstas na lei civil. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 903. Se o réu contestar a ação, observar-se-á o procedimento ordinário.

Art. 904. Julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro.

Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.

Art. 905. Sem prejuízo do depósito ou da prisão do réu, é lícito ao autor promover a busca e apreensão da coisa. Se esta for encontrada ou entregue voluntariamente pelo réu, cessará a prisão e será devolvido o equivalente em dinheiro.

Art. 906. Quando não receber a coisa ou o equivalente em dinheiro, poderá o autor prosseguir nos próprios autos para haver o que lhe for reconhecido na sentença, observando-se o procedimento da execução por quantia certa.

Eis a redação do parágrafo único do art. 278 do PL nº 8.046/2010: “Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional”. O texto se manteve inalterado desde o anteprojeto.

De acordo com o procedimento previsto no projeto do novo CPC, a petição deve ser instruída com prova documental da obrigação de restituir decorrente de depósito legal ou convencional. Estando a inicial em termos, deve o juiz emitir ordem liminar para a entrega da coisa em poder do demandado, cominando multa diária para o seu descumprimento.

O projeto não esclarece se a “ordem liminar” é proferida após a resposta do réu ou *inaudita altera parte*. É certo que o art. 10 do PL nº 8.046/2010 veda a prolação de decisões baseadas em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, exceção feita à tutela de urgência, conforme o parágrafo único do mesmo artigo. Também o art. 9º do projeto proíbe seja proferida decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito. Entretanto, há que se recordar das considerações expendidas no capítulo 2 da presente obra. O tempo é um mal necessário para o processo, e as suas consequências desfavoráveis devem ser partilhadas de forma justa entre as partes, evitando que seu peso recaia todo sobre o autor, máxime naqueles casos em que este muito provavelmente logrará êxito ao final.

Uma vez que o demandante aparelhe a petição inicial não somente com a prova do depósito (legal ou convencional), mas também com documento comprobatório da mora, afigura-se desproporcional impor-lhe a espera pelos atos de citação e de resposta do réu, para só depois gozar do direito cuja existência já se sabe bastante provável. O problema é que o texto do parágrafo único do art. 278 do PL nº 8.046/2010 não faz menção à necessidade de que o autor comprove a mora, exigindo tão somente a “prova documental adequada do depósito legal ou convencional”. É essencial que o legislador inclua no texto do dispositivo a exigência de comprovação da mora por meio do protesto ou de notificação extrajudicial, conforme a iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do procedimento de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente.³⁴⁴ Com essa exigência, não poderá o réu invocar em seu favor o desconhecimento da pretensão autoral, legitimando, por conseguinte, a prolação de um provimento *inaudita altera parte*. Noutras palavras: se o autor comprova a existência do seu direito e, além disso, notifica o devedor, dando-lhe ciência de todo o ocorrido, é muito provável que este não conseguirá refutar a pretensão autoral, de maneira que se revela injusto sancionar o demandante com a espera pela ultimação da citação e pela

³⁴⁴ Súmula nº 72 do STJ: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”. Confirmam-se as recentes decisões: STJ, EDcl no REsp 1016759/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/09/2012, DJe 10/09/2012; STJ, AgRg no AREsp 120.980/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012.

contestação, para só depois franquear-lhe o acesso ao bem da vida, por puro amor ao formalismo.³⁴⁵

No parecer do Relator-Geral do projeto que corre perante a Câmara dos Deputados, Dep. Sérgio Barradas Carneiro, o dispositivo em análise ganha nova redação, passa a figurar como mais um inciso, e o parágrafo único passa a dispor expressamente que a decisão “pode ser proferida liminarmente”. Eis o texto: “art. 287, IV – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”. Outra novidade do parecer final é a retirada da palavra “diária”. Afinal, a multa pode ser mais efetiva caso fixada em montante único para o descumprimento da ordem judicial de entrega em uma data determinada.

O atual procedimento de restituição da coisa depositada, nos termos do Código de 1973, inaugura com petição inicial instruída com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato. Pelo novo regramento, embora ainda se exija prova documental do depósito, não é mais requisito da petição inicial a estimativa do valor da coisa, o que apenas será necessário em fase de execução (art. 766, § 1º, do PL nº 8.046/2010). A eliminação dessa exigência vem em consonância com a retirada da previsão da possibilidade de o devedor desde logo consignar em juízo o equivalente da coisa em dinheiro, o que faria para contestar nas hipóteses de impossibilidade de restituição da mesma, não decorrente de caso fortuito ou força maior (pois nesse caso ficaria eximido da obrigação – art. 642 do CC/2002). Como tal opção do réu já significaria reconhecer a procedência do pedido, na sistemática do anteprojeto as consequências da impossibilidade de restituição da coisa *in natura* produzir-se-ão em fase de execução (art. 733).

A previsão do art. 902, I, parte final, do CPC/73 é reminiscência do Direito Romano. Naquela época, os pretores colocavam à disposição do depositante a chamada *actio in factum*, por meio da qual seria possível perseguir uma indenização equivalente ao valor da coisa nos casos em que o depositário se negasse a entregá-la.³⁴⁶ Trata-se de reprodução do art. 367 do CPC de 1939, que, por sua vez, repetia o art. 269 do

³⁴⁵ Abandona-se, dessa forma, o entendimento sustentado em: BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. *In: O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa*. Org.: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³⁴⁶ MARCATO, Antônio Carlos. Procedimentos especiais. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.

Regulamento 737 – diploma este que exigia prévio depósito do equivalente da coisa para a defesa do réu (art. 272). A previsão da consignação foi eliminada em boa hora, visto que incompatível com os preceitos atuais da tutela específica. A substituição da prestação devida pelo seu equivalente em dinheiro deve ser excepcional, não podendo ser imposta ao credor.

O anteprojeto também exclui a limitação às matérias de defesa previstas no art. 902, § 2º, do CPC de 1973, bem como não repete o exíguo prazo de 5 dias para contestação (que era reprodução do prazo para embargos previsto no Regulamento 737, art. 273).

Inovação de maior importância diz respeito à eliminação, pelo projeto, da previsão da prisão civil do depositário infiel (art. 902, § 1º, do CPC de 1973). A alteração foi realizada em atenção à posição firmada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 466343/SP, RE 349703/RS, HC 92566/SP, dentre outros), de que a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, diploma que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento voluntário e inescusável de prestação alimentícia, derogaria todas as normas legais que permitissem a prisão civil em outras hipóteses, a exemplo do art. 652 do Código Civil. O art. 7º, 7, daquele diploma assevera que “ninguém deve ser detido por dívidas”. Adotou-se a tese da supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos introduzidos no ordenamento pátrio antes da Emenda Constitucional nº 45, que estariam em nível hierárquico inferior à Constituição, mas superior às leis. Como o aludido Pacto foi aprovado por meio do Decreto 678 de 1992, a norma do art. 652 do Código Civil de 2002, dispositivo onde consta a prisão civil do depositário infiel, já nasceu inválida, pois em desacordo com a Convenção Internacional.

Tal entendimento levou à expressa revogação da súmula 619 do STF, onde se lia que “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”. Com efeito, a responsabilidade do depositário judicial está prevista no art. 130, *caput* e parágrafo único, do anteprojeto, sem qualquer menção à prisão civil. Apenas se ressalva a responsabilidade penal por crime de apropriação indébita (art. 168, § 1º, II, do Código Penal).

Não cabendo a prisão do depositário infiel, com maior razão não se admite essa medida coercitiva nos casos de alienação fiduciária em garantia, o que também restou pacificado pelo pleno do STF. Havia discussão a respeito, uma vez que o Decreto-Lei

911/69, em seu art. 4º, prescreve que “*se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito*”. Com a revogação da “ação de depósito”, não haverá mais qualquer argumento para sustentar a prisão civil do devedor nos casos de alienação fiduciária em garantia.

Apesar das derogações apontadas, o Decreto-Lei nº 911/69 continuará em vigor caso aprovado o novo CPC, por força do art. 1.000, § 2º, do Projeto de Lei nº 8.046/2010, que mantém a vigência das disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis.

Uma discussão importante é a que envolve a constitucionalidade da emissão do mandado de busca e apreensão sem a oitiva do réu no procedimento do Decreto-Lei nº 911/69. Dispõe o art. 3º do referido Decreto-Lei que a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente é concedida *inaudita altera parte*, desde que o autor comprove a mora ou o inadimplemento do devedor. Além disso, conforme o § 1º do mesmo artigo, passados cinco dias da execução da decisão liminar de busca e apreensão, a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem são consolidadas no patrimônio do credor fiduciário.

Para Luiz Guilherme Marinoni, o dispositivo é inconstitucional, pois a postergação da defesa não é imprescindível para a efetividade da tutela do direito. Assim, segundo o autor, não há qualquer legitimidade em subordinar o direito de o devedor apresentar defesa à entrega do bem objeto do contrato.³⁴⁷

A inconstitucionalidade apontada inexistente. Já se afirmou, no primeiro capítulo dessa obra, que há juízo de probabilidade sempre que a cognição judicial abrange a análise de provas, ainda que em momento anterior à formação do contraditório.³⁴⁸ Sendo certo que o art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69 exige seja “comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor”, a decisão que determina a busca e apreensão é baseada em cognição sumária, e não superficial. Embora, de fato, inexistente o contraditório judicial, não se pode alegar que o réu desconheça a pretensão do credor, visto que a jurisprudência exige a comprovação da mora pelo protesto do título ou pela notificação extrajudicial feita pelo cartório de títulos e documentos.³⁴⁹ Há, assim, inegavelmente,

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 33

³⁴⁸ V. *supra* 1.6

³⁴⁹ "Na alienação fiduciária, comprova-se a mora do devedor pelo protesto do título, se houver, ou pela notificação extrajudicial feita por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, que é considerada válida se entregue no endereço do domicílio do devedor, ainda que não seja entregue

um cenário em que é remotíssimo o risco de erro judiciário, de modo que a constrição do bem em poder do devedor na fase inicial do processo é justa. Sim, pois não se pode condenar o autor a arcar com os custos do tempo do processo para, apenas ao final, gozar do direito que *ab initio* já era evidente. Do contrário, os efeitos sistêmicos da morosidade em efetivar o direito podem ser catastróficos, com a redução na oferta de crédito, aumento dos juros, contração da economia e do consumo, *etc.* Apesar da magnitude constitucional do princípio do contraditório, é legítima a sua formulação na modalidade postergada sempre que o direito do autor restar comprovado de tal forma que torne absolutamente excepcional a hipótese em que o demandado pode opor uma contestação séria.³⁵⁰

4.7 Tutela de evidência em procedimento autônomo

O anteprojeto do novo CPC, já no primeiro artigo do Título IX, cognominado “Tutela de Urgência e Tutela da Evidência”, dispunha: “Art. 277. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa”. O Capítulo II do mesmo Título versava sobre o procedimento, e a sua primeira Seção possuía o seguinte título: “Das medidas requeridas em caráter antecedente”.

Era de clareza meridiana o texto do anteprojeto ao conferir ao demandante a possibilidade de pleitear a concessão de tutela de evidência em procedimento autônomo. Entretanto, as diversas alterações realizadas no Senado e estampadas na versão final do Projeto de Lei nº 166/2010 tornaram o texto confuso e desconexo.

O primeiro artigo do Título IX (renumerado como art. 269) ganhou quatro parágrafos, mantendo-se inalterado o texto do *caput*. Nada haveria de errado, não fosse o fato de que os dois últimos parágrafos passaram a contradizer frontalmente o *caput*, nos seguintes termos: “Art. 269. § 3º As medidas satisfativas poderão ser requeridas na petição inicial ou no curso do processo. § 4º As medidas cautelares poderão ser

pessoalmente a ele” (REsp 810717/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/08/2006). “É válida a entrega da notificação extrajudicial expedida por meio de Cartório de Títulos e Documentos situado em comarca diversa da qual o devedor tem domicílio” (AgRg no REsp 1292616/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/08/2012, DJe 05/09/2012).

³⁵⁰ Modificada, assim, a orientação esposada em trabalho pretérito: BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. *In*: O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa. Org.: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

requeridas anteriormente à causa principal ou incidentalmente”. A redação parece sugerir que apenas medidas cautelares poderiam ser buscadas em procedimento autônomo, conclusão reforçada pela mudança na nomenclatura do Capítulo II e de sua Seção I, ambos do Título IX, que passaram a se chamar, respectivamente, “Do procedimento das medidas cautelares” e “Das medidas cautelares requeridas em caráter antecedente”. Também merece menção a redação do art. 279, que, inaugurando o Capítulo II, passou a referir-se a “medida cautelar”, *in verbis*: “A petição inicial da medida cautelar requerida em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão”. Ocorre que dois dispositivos remanescentes do anteprojeto continuaram a acolher a possibilidade de concessão de tutela de evidência em rito autônomo: além do já mencionado *caput* do art. 269 (antigo art. 277 do anteprojeto), o art. 272 do PL nº 166/2010 seguiu dispondo que “A tutela de urgência e a tutela da evidência serão requeridas ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”.

De todas as alterações listadas acima, a cargo do Senado, o Projeto de Lei nº 8.046/2010, da Câmara, tratou de revogar os parágrafos 3º e 4º do art. 269 e modificou a denominação do Capítulo II e de sua Seção I, todos do Título IX, batizando-os, pela ordem, como: “Do procedimento das medidas de urgência” e “Das medidas de urgência requeridas em caráter antecedente”. Esqueceu-se, contudo, de alterar a redação do art. 279, que não abandonou a menção à expressão “medida cautelar”. Isso sem contar os já mencionados artigos 269 e 272, nos quais persiste a previsão da tutela de evidência concedida em procedimento autônomo.³⁵¹

Apesar da balbúrdia legislativa, acaso aprovado o texto do Projeto de Lei nº 8.046/2010 nos termos apresentados, a melhor interpretação seria reconhecer a possibilidade de concessão da tutela de evidência em rito autônomo, com base no regramento do Capítulo II, Seção I, aplicado no que couber.

Passa-se à análise do regramento procedimental da tutela de evidência concedida em rito autônomo.

³⁵¹ A confusão gerada pelos parlamentares não para por aí. O art. 283, § 2º, remete-se aos parágrafos 2º e 3º do art. 282, ignorando o fato de que este foi modificado, com a inclusão de um novo parágrafo 2º e a renumeração dos subsequentes – a menção correta seria aos parágrafos 3º e 4º. O *caput* e o parágrafo único do art. 293 do anteprojeto foram transformados nos parágrafos 2º e 3º do art. 284 do PL nº 8.046/2010; todavia, o novo § 3º do art. 284 continua fazendo referência ao “*caput*”, quando, na verdade, deveria remeter-se ao § 2º. Todas essas incongruências demonstram o caráter pouco refletido das modificações empreendidas durante a tramitação legislativa, o que é particularmente lamentável em se tratando de um projeto de Código, empreitada da mais alta magnitude.

Quanto à petição inicial, o art. 279 do PL nº 8.046/2010 exige a indicação da lide, o seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão. O termo “lide” é aqui empregado de forma imprecisa, sem correspondência com o clássico sentido carneluttiano, é dizer, o conflito de interesses classificado por uma pretensão resistida.³⁵² Melhor seria o abandono completo da expressão “lide” pela legislação processual, visto que se trata de um conceito muito mais sociológico que propriamente jurídico. O artigo apenas faz referência à hipótese de ameaça a direito; não há óbice, contudo, à utilização do procedimento autônomo nos casos de lesão já consumada ao direito, assumindo-se possível perseguir a concessão de tutela de evidência por esse meio. Exige-se da inicial, portanto, apenas a clássica estrutura, contendo partes, causa de pedir e pedido, expostos de forma “sumária”. Com o escopo de facilitar a análise célere da demanda, o projeto repudia a elaboração de exordiais extensas e logorreicas, que apenas dificultam a compreensão da causa. Essa, aliás, não é uma exclusividade do rito antecedente, valendo para todos os tipos de petições. Por isso, não parece possível que o juiz rejeite a inicial do art. 279 do projeto apenas por entender que a exposição não foi realizada de forma sumária, mas poderá considerar que a parte não se desincumbiu do ônus de demonstrar a evidência de seu direito.

O art. 280 do PL nº 8.046/2010 determina a citação do requerido para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir, devendo constar do mandado de citação a advertência de que, caso não impugnada a decisão ou a medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor. De acordo com o art. 281, § 2º, do mesmo projeto, concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia. Os parágrafos 3º e 4º do art. 282 complementam a sistemática, dispondo que a apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar, hipótese em que qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados. Aplicável, ainda, o art. 283, § 2º, do projeto, segundo o qual, nos casos em que o réu não impugnar a liminar, as medidas conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes.

³⁵² CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Trad: A. Rodrigues Queiró; Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942. p. 95

É preciso, de plano, definir o que significa “impugnar”, expressão não empregada no Livro III do CPC/1973, que trata “do processo cautelar”. A redação do projeto se refere à impugnação da “decisão ou medida liminar” (art. 280). Após uma leitura sistemática do texto do projeto, percebe-se que medida liminar é aquela concedida sem a prévia oitiva do requerido. Essa interpretação resulta do texto do art. 280, § 2º, II, do projeto (“Conta-se o prazo a partir da juntada aos autos do mandado: de intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia”). A justificação prévia é ato processual que tem como escopo o esclarecimento do juiz sobre os fatos narrados na inicial, o que faz para formar seu convencimento a respeito do deferimento ou não de medida *inaudita altera parte*. No CPC/1973, a justificação prévia é prevista no art. 804, segundo o qual “[é] lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz (...)”.³⁵³ Cuida-se, portanto, de providência praticada quando a audiência da parte contrária levaria a frustrar a finalidade da tutela preventiva, pois daria ensejo ao litigante de má-fé acelerar a realização da conduta temida, em detrimento dos interesses em risco.³⁵⁴ Se há risco, o mecanismo é típico das tutelas de urgência, inaplicável, por isso mesmo, aos casos em que postulada tutela de evidência.

Mas o que seria a “impugnação” da liminar *inaudita altera parte*? A redação do art. 280 do projeto sugere que seria a contestação, pois dispõe que o requerido deve ser citado para contestar o pedido, devendo constar do mandado de citação “a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor”.³⁵⁵ A denominação, contudo, é imprópria, já que a contestação não é ato processual especificamente destinado a impugnar uma decisão ou medida, mas o pedido do autor (cf. artigos 325 e 329 do PL nº 8.046/2010³⁵⁶).

³⁵³ O trecho transcrito do artigo 804 do CPC/1973 não foi reproduzido no anteprojeto do novo CPC.

³⁵⁴ THEODORO JR., Humberto. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 133

³⁵⁵ O texto do anteprojeto autorizava com mais clareza concluir que “impugnação” significaria “contestação”, tendo em vista a redação do art. 300: “Não se aplicam à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada”. O dispositivo foi suprimido no PL nº 8.046/2010.

³⁵⁶ PL nº 8.046/2010, Art. 325. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Todos os dispositivos citados até aqui parecem indicar que a medida concedida em procedimento autônomo apenas perdurará por prazo indeterminado (até que revogada por decisão proferida em processo instaurado por iniciativa de qualquer das partes) quando o pedido realizado no feito prévio não tenha sido tempestivamente “impugnado”. Assim também parece dispor o *caput* do art. 284, ao listar em três incisos as hipóteses de cessação da eficácia da medida concedida em caráter antecedente: I – se, tendo o requerido impugnado a medida liminar, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo de 30 dias; II – se não for efetivada dentro de um mês a medida concedida; III – se o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito.

A conclusão, todavia, somente é válida para tutelas de urgência. Caso o procedimento autônomo seja destinado à concessão de tutela de evidência, esta permanecerá produzindo efeitos enquanto não afastada por decisão prolatada em processo de iniciativa de uma das partes. Essa a *ratio* do segundo parágrafo do art. 284 do projeto, que dispõe em sentido diametralmente oposto ao *caput, in verbis*: “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”. Não há estabelecimento de prazo; não se condiciona a eficácia *sine die* da decisão à inércia do demandado; não se ressalva a hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito. Vale lembrar que, no anteprojeto, este parágrafo segundo consistia em artigo autônomo; por isso, cuida de situação completamente distinta daquela versada no *caput*. Note-se que todos os incisos do art. 284 do PL nº 8.046/2010 cuidam de situações em que se presume o desaparecimento do *periculum in mora*, requisito para a concessão de medidas de urgência, mas não para a tutela de evidência.³⁵⁷

Art. 329. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os não impugnados, salvo se:

I- não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III- estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo, ao curador especial e ao membro do Ministério Público.

³⁵⁷ Aliás, já na década de 1980 José Carlos Barbosa Moreira ponderava que, mesmo em relação às medidas cautelares, a tradicional concepção de que é necessária a fixação de um prazo para a propositura da ação principal talvez não goze de coerência absoluta (Medida cautelar liminarmente concedida e omissão do requerente em propor a tempo a ação principal. *In*: Medidas cautelares – estudos em homenagem ao professor Ovídio A. Baptista da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 93).

Em se tratando de tutela de evidência, o maior interessado na instauração de uma cognição exauriente é o sucumbente no procedimento autônomo, já que as garantias desse tipo de atividade judicial servem justamente para protegê-lo de decisões equivocadas. O demandante tem, no máximo, o interesse na formação de coisa julgada; porém, por ter pleiteado a tutela de evidência em um rito antecedente, sua disposição, ao menos a princípio, é a de buscar a efetividade do seu direito sem a segurança da definitividade. Afigura-se, portanto, despido de qualquer fundamento o estabelecimento de um prazo para que o requerente instaure o processo principal, sendo que o demandado não demonstrou interesse em fazê-lo.

Se o próprio vencido queda-se inerte e não propõe demanda declaratória negativa (ou quejandos), não há sentido em penalizar o demandante por não apresentar o pedido principal em tal ou qual prazo. Essa é a interpretação mais condizente com a fase instrumentalista que vive o Direito Processual, prestigiando a efetividade da decisão judicial quando os próprios interessados já se contentaram com a solução produzida de forma sumária. Aliás, não fosse essa exegese, nenhum motivo haveria para o autor propor em caráter autônomo o requerimento da tutela de evidência.

Em suma, o detentor de um direito evidente pode ir a juízo pedindo a prolação de uma decisão que satisfaça a sua pretensão, mas consentindo que eventual provimento favorável não será apto a fazer coisa julgada material. Contestado o pedido, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida. Concedida a tutela de evidência, a medida conservará sua eficácia até que o sucumbente obtenha decisão favorável, ou em demanda declaratória negativa por ele proposta, ou no processo principal iniciado pela parte que sagrou-se vitoriosa.

Desse modo, inaugurar-se-ia no direito brasileiro uma hipótese de provimento decisório sem acerto.³⁵⁸ Com a adoção de um *référé* à brasileira, ganharia o demandante, que obteria de maneira célere a tutela do seu direito; ganharia o demandado, que teria a opção de instaurar um procedimento de cognição exauriente no momento que desejar; e ganharia a administração da justiça, desafogada dos sucessivos recursos e sucedâneos recursais em casos em que as partes podem muito bem contentar-

³⁵⁸ V. *supra* 3.6

se com uma solução não definitiva. Relembre-se que, no modelo francês do *référé*, mais de 90% dos casos acabam resolvidos sem necessidade do processo ordinário.³⁵⁹

E nem se diga que a segurança jurídica fica comprometida, uma vez que é muito mais importante que a situação litigiosa tenha se estabilizado de fato, conquanto não juridicamente, do que o inverso. Sem contar que, após a prolação da decisão, incidirão as regras referentes à prescrição da pretensão material ou decadência do direito potestativo (art. 189 e seguintes do CC), o que asseguraria a segurança jurídica na relação.

Espera-se que, com a adoção de um instrumento célere e eficaz de tutela de direitos evidentes, nos moldes do *référé* francês, o Direito Processual Civil brasileiro sofra verdadeira virada ideológica, prestigiando a adoção imediata de soluções jurídicas manifestamente aplicáveis ao caso sub judice, em vez de render-se a exigências formais derivadas de dogmas adotados e repetidos de modo acrítico. Aguarda-se uma evolução no pensamento burocrático que domina o comportamento dos operadores do direito, sempre reticentes e criteriosos na averiguação dos rígidos requisitos legalmente previstos para a concessão de medidas cautelares e antecipatórias de tutela. Essa evolução chegou à França nos idos de 1970 e resultou da percepção do óbvio: é sempre urgente a necessidade de fazer cessar uma situação manifestamente ilícita.³⁶⁰

Sendo assim, é de se analisar quais modalidades de tutela de evidência seriam compatíveis com a sua postulação em um rito apartado daquele em que formulado o pedido principal.

Por certo, a hipótese do art. 278, II, do Projeto de Lei nº 8.046/2010 só é passível de concessão incidentalmente, uma vez que apenas no curso do processo principal, com a resposta do réu, observar-se-á a incontrovérsia a respeito de um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles. Apesar disso, o art. 283, *caput*, do projeto, localizado na Seção sobre as medidas requeridas em caráter antecedente, refere-se à mencionada hipótese, com a seguinte redação: “As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais

³⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *In: O Processo – Estudos & Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 42

³⁶⁰ NORMAND, Jacques. Les fonctions des référés. *In: Les mesures provisoires en Droit belge, français et italien – étude de droit comparé*. Org: Jacques van Compernelle; Giuseppe Tarzia. Bruxelles: Bruylant, 1998. p. 83

dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva”.

Também a tutela de evidência sancionatória do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório (art. 278, I) é imaginável somente em caráter incidental. Normalmente, a postura desleal do réu apenas será detectada após a sua contestação.

As demais modalidades de tutela de evidência, em contrapartida, são todas compatíveis com o procedimento autônomo. Autoriza-se que o demandante, quando basear seu pedido em prova documental idônea, quando reputar que a sua causa versa apenas sobre matéria de direito, ou quando dispuser de prova pré-constituída do depósito, renuncie à coisa julgada, submetendo, em contrapartida, o seu pleito a um rito mais célere.³⁶¹

A decisão final concessiva ou negatória da medida requerida não tem o caráter de sentença, e sim de decisão interlocutória, visto que o pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento de medida, não dependendo do pagamento de novas custas processuais (art. 282, § 1º, do PL nº 8.046/2010). Por esse motivo, desafia o recurso de agravo de instrumento (art. 271, p. u.), ainda que se trate de procedimento autônomo.

4.8 Tutela de evidência recursal

O sistema recursal brasileiro há tempos não atende às expectativas sociais contemporâneas. Conforme aponta Ovídio Baptista, o modelo que aqui sempre se seguiu, de variegados recursos para múltiplas instâncias, com rigorosa e ampla fidelidade ao princípio da suspensividade da maioria deles (art. 497 do CPC de 1973³⁶²), especialmente na apelação, onde vige a regra do duplo efeito do recurso, somente quebrada nas raras exceções expressamente indicadas pelo Código, representa um

³⁶¹ Registre-se que Humberto Theodoro Júnior, um dos componentes da comissão elaboradora do anteprojeto, manifestou-se contra a possibilidade de o juiz conceder de ofício tutela antecipatória, cujo regime, segundo o autor, é sempre comandado pelo princípio *ne procedat iudex ex officio*. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Primeiras Observações sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. *In* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 36. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 8

³⁶² CPC, Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.038, de 1990)

obstáculo respeitável a qualquer veleidade de tornar nosso dispositivo jurisdicional mais ágil, moderno e efetivo.³⁶³

O projeto de lei nº 8.046/2010 rompe, de maneira radical, com o regime em vigor, tornando regra a ausência de efeito suspensivo nos recursos. Em contrapartida, cria-se uma espécie de tutela de evidência em sede recursal, permitindo ao relator suspender a eficácia da decisão se entender provável o futuro provimento do recurso. Eis o teor do *caput* e do § 1º do art. 949 do projeto:

§ 1º **demonstrada a probabilidade de provimento do recurso**, ou, sendo relevante a fundamen

, observado o art. 968.

§ 2º O pedido de efeito suspensivo do recurso será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator.

§ 3º Quando se tratar de pedido de efeito suspensivo a recurso de apelação, o protocolo da petição a que se refere o § 2º impede a eficácia da sentença até que seja apreciado pelo relator.

§ 4º É irrecorrível a decisão do relator que conceder o efeito suspensivo.

O projeto do novo CPC reproduz o sistema italiano, no qual se adota a regra da exequibilidade imediata da sentença (art. 337, primeiro parágrafo, do CPC italiano³⁶⁴). A novidade do projeto é alvissareira, visto que o regramento do Código Buzaid encarna um velado desprestígio à atividade do juízo de primeiro grau, reduzindo o seu trabalho a praticamente nada enquanto aguarda pela revisão dos órgãos superiores. Esse panorama não é desejável, máxime por constituir aspecto do princípio da economia processual – constitucionalizado pela Emenda nº 45/2004 no inciso LXXVIII do art. 5º – o desfrutamento racional dos recursos dos grau de jurisdição já percorridos.³⁶⁵

É questionável o dispositivo do projeto que prevê a suspensão da eficácia da sentença pelo mero protocolo do pedido de efeito suspensivo da apelação, até que seja apreciado pelo relator (art. 949, § 3º – a redação do projeto utiliza o termo “impede” de forma imprecisa, visto que os efeitos da sentença se produzem desde a sua prolação).

³⁶³ SILVA, Ovídio Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *In*: Doutrinas essenciais – Processo Civil. Org.: Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier. V. II. São Paulo: RT, 2011. p. 845

³⁶⁴ CPCi, Art. 337. (*Sospensione dell'esecuzione e dei processi*)
L'esecuzione della sentenza non è sospesa per effetto dell'impugnazione di essa, salve le disposizioni degli articoli 283, 373, 401 e 407.

³⁶⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. *Revista de Processo*. Vol. 151. São Paulo: RT, 2007. p. 78

Prenuncia-se que, aprovada tal sistemática, a parte sucumbente, na imensa maioria dos casos, peticionará pela suspensão dos efeitos da sentença, e que o relator, sempre que possível, procederá ao julgamento monocrático do próprio recurso (art. 888, III, IV e V, do PL nº 8.046/2010³⁶⁶), reputando prejudicado o pleito de suspensão. Na prática, o panorama equivalerá à não exequibilidade imediata da sentença. Por isso, será admissível a concessão de tutela de urgência ou de evidência na própria sentença, cujos efeitos não serão obstados pelo protocolo do pedido a que se refere o art. 949, § 3º, do projeto. Cumpre memorar que, no regime vigente, diversos autores sustentam ser possível a concessão de tutela antecipada na sentença, precisamente com o intuito de contornar o efeito suspensivo da apelação.³⁶⁷

O art. 527, III, do CPC/1973, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001, já permite ao relator atribuir efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal.

A tutela de evidência recursal apenas terá lugar quando não for o caso de o relator negar seguimento, negar provimento ou dar provimento ao recurso. O seu âmbito de aplicação, apesar disso, é bastante amplo, dado que o projeto elimina a possibilidade, prevista no atual art. 557 do CPC/1973, de julgamento monocrático do recurso “manifestamente improcedente” ou “em confronto com jurisprudência dominante do respectivo tribunal”.

4.9 Tutela de evidência de ofício?

³⁶⁶ Art. 888. Incumbe ao relator:

III - negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão ou sentença recorrida;

IV- negar provimento a recurso que contrariar:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

V- dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

³⁶⁷ Por todos, v. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 376

Em passagem anterior deste trabalho, concluiu-se que a tutela de pedidos incontroversos pode ser concedida de ofício.³⁶⁸ Também se assentou que a tutela de evidência sancionadora do abuso do direito de defesa, na sistemática do projeto do novo CPC, independe de requerimento do autor, pois o comportamento desleal do réu é atentatório à dignidade da justiça.³⁶⁹

Outra premissa previamente fixada é a de que a tutela de evidência é um mecanismo de combate às falhas estruturais do sistema processual.³⁷⁰ Ao permitir o imediato acesso do demandante ao bem da vida que postula e a que provavelmente faz jus, o juiz desestimula a prática de atos procrastinatórios por parte do réu e facilita o encerramento do processo em tempo mais curto, eliminando mais um caso das prateleiras (ou dos bancos de dados virtuais) do Judiciário. No plano macroscópico, a tendência é a significativa diminuição dos processos judiciais que se arrastam durante anos, perpassando todas as instâncias, até que não haja mais qualquer possibilidade de recurso. Desonerados desses processos, os órgãos do Judiciário poderão debruçar-se sobre os demais casos com maior aplicação, garantindo não apenas a redução de erros judiciários, mas também respostas jurisdicionais mais céleres. Disso resultará, certamente, um aumento na confiança depositada pelos jurisdicionados nas instituições. E há mais efeitos positivos. A mera existência de um instrumento célere e eficaz de correção de injustiças, tal qual a tutela de evidência prevista no projeto do novo CPC, é fator de desencorajamento para aqueles estruturam suas atividades pautados pela demora patológica dos processos, praticando injustiças de forma sistemática para beneficiar-se dos casos que não serão corrigidos pelo Estado-juiz – na França, convencionou-se denominar esse fenômeno como “efeito dissuasivo do *référé provision*”.³⁷¹

Demonstra-se, assim, que a tutela de evidência não serve apenas ao interesse da parte. Tem importância para a administração da justiça como um todo, pois constitui uma estratégia de ação para a melhora da qualidade da prestação jurisdicional. Também não é um simples expediente destinado a combater os atrasos da justiça. Muito mais que

³⁶⁸ V. *supra* 4.3

³⁶⁹ V. *supra* 4.2

³⁷⁰ V. *supra* 2.1

³⁷¹ NORMAND, Jacques. Les fonctions des référés. *In*: Les mesures provisoires en Droit belge, français et italien – étude de droit comparé. Org: Jacques van Compernelle; Giuseppe Tarzia. Bruxelles: Bruylant, 1998. p. 87; JOMMI, Alessandro. Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il *référé provision*. *In*: Rivista di Diritto Civile, n. 1, gennaio-febbraio, anno XLIII, 1997. p. 150

isso, é um instrumento de moralização da vida jurídica, um instituto destinado a promover verdadeira revolução cultural, um duro golpe para aqueles que lucram com a impunidade gerada pela lentidão do Judiciário. A tutela de evidência tem por escopo, além da proteção da esfera jurídica de um demandante específico, a salvaguarda da honra da justiça.³⁷²

Por todo o exposto, não há sentido em submeter ao alvedrio do autor a concessão da tutela de evidência. O provimento de ofício não macula de forma alguma o princípio da inércia ou da demanda, visto que o Judiciário foi provocado pela petição inicial e, a partir de então, tem o lugar o princípio do impulso oficial (art. 262 do CPC/1973; art. 2º do PL nº 8.046/2010). Aquele que pede ao Estado-juiz determinada providência, certamente deseja receber a utilidade pretendida *in limine*, ou, do contrário, estará litigando em juízo por interesses menos ortodoxos. Sendo assim, deve-se não apenas dispensar o seu requerimento, como também tornar ineficaz eventual insurgência do demandante em face da decisão concessiva da tutela de evidência, por absoluta ausência de interesse. Nem se diga que o autor poderia refutar a tutela liminar com o intuito de facilitar uma solução consensual perante a parte *ex adverso*. Sequer o trânsito em julgado seria óbice à transação sobre direitos disponíveis. Favorecido com a tutela de evidência, o demandante continua com plena disposição sobre seus direitos, o que poderá ajudá-lo, inclusive, a obter uma transação mais vantajosa.

Algumas vozes, principalmente daqueles que seguem a linha privatista, poderiam levantar-se contra o poder do juiz de conceder de ofício a tutela de evidência, invocando, para tanto, o risco de que haja margem para abusos. O argumento, contudo, é inevitavelmente falho: ou porque pressupõe que os juízes em geral são autoritários e imprudentes; ou porque raciocina pelo excepcional, e a elaboração de um Código não pode pautar-se pelo extravagante. Abusos devem ser combatidos pelas vias recursais.

Diriam outros que o requerimento da parte é essencial para autorizar a responsabilização do autor pelos danos causados pela efetivação da medida (art. 274 do PL nº 8.046/2010). A objeção é igualmente equivocada, pois a efetivação da medida não prescinde do requerimento do interessado (art. 273 c/c art. 500, § 1º, do PL nº 8.046/2010), nem mesmo em se tratando de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, conforme dispõe o art. 521 do projeto.

³⁷² NORMAND, Jacques. *Op. cit.* p. 87

Não se desconhece o teor do art. 277 do PL nº 8.046/2010, segundo o qual “[e]m casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”. O dispositivo, porém, não ilide as conclusões ora estabelecidas, porque inserto na Seção II, que versa sobre a tutela de urgência, e não na Seção I, que reúne as disposições comuns. Não se deve perder de vista que a tutela de urgência também tem lugar nas situações em que ultrapassado o denominado “limite do desastre”³⁷³, ou seja, naqueles casos em que o juiz considera que uma lesão ao bem jurídico envolvido seria de gravidade tão elevada que permitiria a sua tutela com um grau reduzido de verossimilhança das alegações do autor. Não caberia ao juiz, em tais hipóteses, entrever um contexto de extrema urgência que sequer foi descrito pelo autor, salvo nos casos em que considerar que este não teria, por qualquer razão, condições de formular o requerimento antes do evento lesivo.³⁷⁴ Todavia, sempre que presentes os requisitos para a concessão de tutela de evidência, deve também ser permitida a prolação de ofício da tutela de urgência.

4.10 Tutela de evidência *pro reo*?

Muito se disse até aqui sobre a tutela de evidência como instrumento de gestão dos ônus dromológicos do processo, sempre em favor do autor cujo direito se revela provável. Problematizando a afirmativa, pode-se indagar sobre a possibilidade de concessão de tutela de evidência em benefício do réu.

Considerando o regime em vigor sobre tutela antecipada, o art. 273 do CPC/1973 apenas se refere à antecipação dos “efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”. Assim, a tutela antecipada parece consistir em instrumento voltado exclusivamente a favorecer o autor. Contudo, Luiz Guilherme Marinoni supera o argumento gramatical, admitindo que o réu possa fazer jus à tutela antecipada, quando formular pedido em reconvenção ou ação dúplice. Além desses casos, o mencionado jurista observa que o demandado, na contestação, sempre requer tutela jurisdicional de conteúdo declaratório, pelo que, em certas hipóteses, seria justificável que o juiz lhe

³⁷³ V. *supra* 2.2

³⁷⁴ A título de exemplo, cite-se o caso em que o Superior Tribunal de Justiça considerou admissível a concessão de tutela antecipada de ofício para determinar o imediato pagamento de salário-maternidade, devido à sua natureza alimentar, em ação movida por trabalhadora rural diarista (boia-fria) (REsp 1309137/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 22/05/2012).

concedesse a imediata tutela para inibir o autor de comportar-se no sentido de impedir a prática de determinado ato do réu que, em caso de improcedência, será declarado legítimo. Invoca, em favor do raciocínio, o princípio da isonomia.³⁷⁵

É bastante difícil conjecturar um exemplo prático em que a tutela de evidência seja aplicável em favor do réu. O texto do PL nº 8.046/2010, em uma primeira análise, parece deixar clara a intenção dos seus elaboradores em reservar apenas ao autor o instituto da tutela de evidência (— antecipar ao autor (...)). Por outro lado, o art. 7º do projeto assegura “às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais”.

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 145-

CONCLUSÕES

Considerando todo o exposto ao longo do presente trabalho, podem ser enumeradas as seguintes conclusões:

1. Para o adequado estudo do instituto da tutela de evidência, é necessário identificar os motivos pelos quais, na visão tradicional, o autor não poderia obter início de litis o bem da vida que persegue e a que demonstrou de plano fazer jus. O estudo não abordou, em nenhum momento, situações que envolvam urgência - a abordagem seria completamente distinta e os problemas seriam outros.

2. Quanto menos o juiz conhece da causa, menor a legitimidade do seu provimento, por acreditar-se que não se logrou alcançar a verdade. Sobre esse aspecto, é importante enfrentar a antiga controvérsia filosófica, que surgiu do confronto entre as ideias de Aristóteles e Platão, entre realismo e idealismo. O idealismo platônico reduzia o real ao ideal: não se pode conhecer coisas, mas apenas representações de coisas. O realismo aristotélico preceitua que o homem é capaz de conhecer coisas. A dualidade, porém, não é tão simples. O realismo crítico reconhece que o homem cria enquanto conhece, pois sua análise é influenciada por suas pré-compreensões, emoções e limitações sensitivas.

3. Não se pode aceitar um ceticismo tamanho que propugne seja a verdade ignorada no processo. Como ensina Michele Taruffo, o processo não é um concurso literário destinado a premiar a melhor história. Importa, sim, saber a verdade dos fatos aos quais o direito será aplicado.

4. Como tentativa de compatibilizar a conclusão anterior com a premissa de que a cognição empreendida pelo juiz jamais retratará fidedignamente a verdade, lança-se mão da teoria do confiabilismo. Fosse a verdade a única razão de ser do processo, a sentença poderia ser o primeiro ato processual, desde que os fatos apontados na sua fundamentação correspondam à verdade histórica. Por isso, o que mais importa para o processo é a justificação da decisão, é dizer, a sua produção através de um procedimento cognitivo confiável. Assim, poder-se-á decidir com base na verdade na maior parte dos casos. Noutras palavras, a verossimilhança é maior à medida em que mais confiável o

processo de cognição já cursado. Sendo assim, presume-se o juízo de certeza acaso esgotado o procedimento legalmente previsto baseado em cognição exauriente (certeza objetiva), ainda que haja dúvida na mente do julgador.

5. Além do juízo de certeza, é possível identificar outros graus de verossimilhança, divididos, para fins didáticos, em probabilidade, possibilidade e impossibilidade.

6. O juízo de possibilidade decorre de cognição superficial, que apenas analisa as alegações do autor à luz das máximas de experiência. É apenas excepcionalmente apto a embasar uma decisão judicial (ex: alimentos provisórios quando os documentos estiverem em poder do pretense alimentante).

7. O juízo de probabilidade é o que resulta da cognição sumária. Assume-se esta sempre que o julgador estiver a meio caminho entre a cognição superficial e a exauriente, o que pode ocorrer na análise: (1) da inicial acompanhada de prova pré constituída, antes da defesa; (2) da inicial acompanhada de prova e da defesa sem provas; (3) da inicial e da defesa, sem provas de nenhum dos lados; (4) da inicial sem provas e da defesa, com provas.

8. O juízo de certeza, por sua vez, deriva de cognição exauriente. Esta tem por características: a predeterminação legal das formas e a realização plena do contraditório. É a única apta a fazer coisa julgada material. A princípio, é a lei que define quais os procedimentos baseados em cognição exauriente. Contudo, ela nem sempre o faz. São exemplos a decisão que antecipa a tutela de pedidos incontroversos e a decisão que converte o mandado de pagamento em título executivo no procedimento monitorio. Neste caso, há que se aferir se a dilação probatória e as oportunidades de manifestação do rito são compatíveis com o objeto litigioso.

9. Uma indesejada consequência da cognição exauriente é o dispêndio de tempo. Numa sociedade cada vez mais dinâmica, o tempo exerce influência sobre o comportamento humano, a estrutura das instituições e o desenvolvimento econômico. O estudo desses efeitos foi denominado pelo francês Paul Virilio como "dromologia". Para o processo, o tempo também tem efeitos bons e ruins. Por um lado, permite a reflexão pelas partes, que podem reconhecer os próprios erros; aumentam as chances de

conciliação, do reconhecimento do direito e do perdão. Também concede ao julgador a oportunidade de pensar melhor sobre a causa, além de produzir as provas necessárias para uma justificação racional da decisão. Por outro lado, o passar do tempo pode ser um martírio para aquele que aguarda a justiça. Saber que um direito demorará a ser satisfeito se o devedor vier a resistir é um fator de desestímulo à sua aquisição. No plano macro, as consequências econômicas ou sociais podem ser graves.

10. O princípio da razoável duração do processo (art. 5o., LXXVIII, CRFB) exige a exata ponderação entre dois riscos: o risco de erro judiciário e o risco de morosidade na realização do direito.

11. O tempo é um bem. O processo é um cenário de escassez: uma das partes terá de suportar os custos do tempo durante o seu curso. Pelo sistema atual, salvo em situações de urgência, essa parte será sempre o autor. Contudo, o mais razoável é que seja a parte que demonstrar menores chances de êxito ao final do processo. Até porque, como demonstrado, sequer a cognição exauriente é garantia contra o erro judiciário.

12. Os magistrados não estão habituados a essa análise de riscos, pois tendem a temer que, posteriormente, a decisão inicial seja atribuída a uma escolha equivocada. Contudo, o temor é equivocado, já que a decisão se afigurava a mais correta à vista da informação então disponível.

13. Essa operação nada mais é que a aplicação, em matéria processual, da análise econômica do direito. A economia não se restringe ao estudo dos elementos dotados de valor de mercado. Tem lugar sempre que se busca obter o máximo de benefícios em um cenário de escassez de recursos. Do julgador, exige-se a solução mais otimizada possível na gestão dos ônus dromológicos, consideradas as potenciais vantagens e os riscos inerentes a cada opção decisória. Há que se considerar, ainda, que ao atribuir ao demandado os custos do tempo do processo, o magistrado desestimula práticas procrastinatórias, de modo que o processo tende a terminar mais rápido, contribuindo para solucionar, no plano geral, o problema do assoberbamento do Judiciário.

14. Para que se possa atribuir semelhante poder ao juiz, é preciso superar o modelo tradicional de processo, em que a satisfatividade está geralmente atrelada à

cognição exauriente e à coisa julgada. Ovídio Baptista atribui a mistificação da coisa julgada à burguesia liberal, a quem interessava a previsibilidade e estabilidade das relações.

15. Há uma constante evolução no sentido de superação do referido modelo tradicional. Proto Pisani afirma que o séc. XX ficará marcado pelo surgimento de novos instrumentos direcionados a tornar residual o processo baseado em cognição completa, que passou a ser ineficiente ante as exigências modernas. Observou-se que o modelo tradicional é adequado a solucionar as chamadas "pretensões contestadas" (quando o demandado não adimple porque entende que tem esse direito), mas não as "pretensões insatisfeitas" (quando o obrigado não adimple porque não pode ou não quer fazê-lo).

16. Houve, por tais motivos, uma profusão de mecanismos de tutela "diferenciada", caracterizados pela intenção de permitir a rápida realização de direitos demonstrados de plano, ainda que mediante decisões desacompanhadas de acertamento. O presente trabalho se limitou à análise das 4 principais técnicas: (1) títulos executivos extrajudiciais; (2) procedimento monitório; (3) condenação com reserva de exceções; (4) provimentos decisórios sem acertamento. As duas primeiras são as soluções até então utilizadas pelo legislador brasileiro em caráter genérico; as duas últimas são contempladas no anteprojeto do novo CPC, através da tutela de evidência.

17. A condenação com reserva de exceções se peculiariza por tornar-se desde logo executiva caso o demandado não ofereça prova escrita idônea, reservando para uma fase processual subsequente o exame das questões que exijam prova demorada e complexa. Baseia-se em juízo de certeza acerca dos fatos constitutivos do direito do autor, ao passo que se funda em cognição sumária quanto às exceções de mérito. Na Itália, a técnica é adotada na *ordinanza provvisoria di convalida di sfratto*: o locador pede o despejo provando o seu direito e, caso o réu oponha exceções não fundadas em prova escrita, não havendo sérios motivos em contrário, o juiz deve conceder decisão provisória imediatamente executável determinando o despejo.

18. O provimento decisório sem acertamento é ainda mais radical. Através dele, o demandante, em prol da célere obtenção de uma decisão que lhe favoreça, renuncia à formação de coisa julgada. Essa decisão se mantém estável até que afastada

judicialmente por iniciativa de qualquer das partes. É exemplo dessa técnica o *référé provision* francês, que independe de urgência e é muito utilizado em matéria de responsabilidade civil. A pretensa vítima pode requerer que o juiz lhe adiante certa quantia, a título de provisão. Se a obrigação não for seriamente contestável, a provisão deve ser concedida, e terá eficácia *sine die*, ou seja, até que uma das partes dê causa à instauração do processo principal, a qualquer tempo. Na prática, em mais de 90% dos casos o processo principal não é instaurado, convencendo-se o réu de que sua causa é indefensável. Assim, 4 objetivos são alcançados: celeridade, economia processual, a solução do litígio e a prevenção contra o abuso do direito de defesa.

19. Da análise dos dispositivos que tratam da “tutela da evidência” no projeto do novo Código de Processo Civil, numerado na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 8.046/2010, afigura-se adequado o seguinte conceito: considera-se tutela de evidência a técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável ou impossível o sucesso do réu após o transcurso da fase instrutória do processo.

20. Passando à detida análise dos dispositivos do projeto, é o caso de referir algumas das conclusões obtidas neste ponto específico. Em primeiro lugar, entende-se que a tutela de pedidos incontroversos seria melhor situada no capítulo pertinente ao julgamento antecipado da lide, por ser baseada em cognição exauriente (o projeto inova ao dizer que o provimento é definitivo).

21. A hipótese do inciso III do art. 278 do Projeto de Lei nº 8.046/2010 é caso de condenação com reserva de exceções.

22. A hipótese do inciso IV do mesmo artigo (que versa sobre matéria estritamente jurídica) apenas faz sentido se proferida *inaudita altera parte*, pois, do contrário, a situação ensejaria o julgamento antecipado da lide. A opção da comissão se justifica pela análise econômica do Direito Processual referida no segundo capítulo da obra.

23. O projeto contempla a técnica do provimento decisório sem acerto, quando a tutela de evidência for requerida em procedimento autônomo. Isso porque o

art. 284, § 2º, do Projeto de Lei nº 8.046/2010 reza: “*A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes*”. Apenas as hipóteses dos incisos I e II do art. 278 não podem ser requeridas em rito antecedente.

24. Considerando as premissas adotadas neste estudo, a tutela de evidência incidental pode ser concedida de ofício.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- ANDOLINA, Italo. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 150, ano 32, p. 70-80, ago. 2007.
- ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. Trad. de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das letras, 2008.
- ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 56, n. 372, p. 11-27, out. 2008.
- BALBI, Celso E. Ingunzione e convalida di sfratto (indifferenza del legislatore, libro dei sogni e realismo riformistico). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 52, anno LII, n. 4, p. 1027-1051, out./dez. 1997.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. 1.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1981. V. 1.
- _____. Da preclusão no processo civil. *Revista forense*, São Paulo, v. 52, n. 158, p. 59-66, mar./abr. 1955.
- BARROSO, Luís Roberto. O mistério maravilhoso do tempo. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo II.
- BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: SAGE, 1992.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. Estabilização das tutelas de urgência. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 660-683.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELL, David E. Regret in Decision Making under Uncertainty. *Operations Research*, Catonsville, v. 30, n. 5, p. 961-981, set./out. 1982.

BLACK, Henry Campbell. *A Law Dictionary*. 2. ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1995.

BORRELLO, Maria. *Sul giudizio: verità storica e verità giudiziaria*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

BROOKS, Richard; SCHWARTZ, Warren. Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminar injunction doctrine. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 58, p. 381-409, nov. 2005.

BÜLLESBACH, Alfred. Saber jurídico e ciências sociais. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 481-510.

BULYGIN, Eugenio. *Normative Systems*. Nova York: Springer-Verlag, 1971.

BUONCRISTIANI, Dino. Sistema dei “référés”: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 60, n. 2, p. 575-600, jun. 2006.

CADIET, Loïc. L’hypothèse de l’américanisation de la justice française. Mythe et réalité. In: _____. *L’américanisation du droit*. Paris: Dalloz, 2001.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 70, n. 4, p. 498-553, mar. 1961.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: _____. *Opere giuridiche*. Padova: Morano Editore, 1972. p. X-656. V. 5.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, v. I, p. 209-220, 1998.

CAMERON, James; O’RIORDAN, Timothy. *Interpreting the Precautionary Principle*. London: Earthscan, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPONE, Arturo. *Iura novit curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2010.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. El Modelo Participativo y Deliberativo. *Cuestiones Constitucionales*, México D.F., n. 11, p. 55-90, jul./dez. 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. V. 1. 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956.

_____. *La prova civile*. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1947.

_____. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. V. 1. Padova: CEDAM, 1986.

_____. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiró; Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942.

_____. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 20, v. XX, série II, p. 4-9, 1965.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

COASE, Ronald. *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Nuno Miguel Pereira Ribeiro. *A organização do sistema judicial enquanto condicionante da realização do Direito*. 2008. 185 f. Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Lisboa.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Commentario del codice di procedura civile*. Torino: UTET, 2012. V. 1

COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. *In: Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 62, n. 3, p. 591-619, mai./jun. 2007.

_____. *Le prove civili*. 3. ed. UTET, 2010.

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. V. 2. 5. ed. Bologna: il Mulino, 2011.

COMTE-SPONVILLE, André. *Valor e verdade*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000.

DALBIGNAT-DEHARO, Gaëlle. *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*. Paris : L.G.D.J., 2004.

DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. *In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 47, n. 3, p. 805-816, set. 1993.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: RT, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1980.

_____. Extinção do Processo e Mérito da Causa. *In: Revista de processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 7-32, abr./jun. 1990.

FERRAND, Frédérique. The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France. *In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

FICHERA, Giuseppe. *Le ingiunzioni civili*. Torino: G. Giappichelli, 2010.

FISS, Owen; RENDLEMAN, Doug. *Injunctions*. 2. ed. New York: The Foundation Press, 1984.

FRANK, Jerome. *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Princeton: Princeton University Press, 1973.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1970.

GIANNETTI, Eduardo. *O valor do amanhã: ensaio sobre a natureza dos juros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *In: Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, Jan./Jun., 2010.

GIOIA, Valerio de. *Diritto Processuale Civile*. Forlì: Expert, 2009.

GOLDMAN, Alvin Ira. A Causal Theory of Knowing. *In: The Journal of Philosophy*, New York, v. LXIV, n. 12, p. 357-372, jun. 1967.

GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. X, p. 275-301, jul./dez. 2012.

_____. *Estudos de Direito Processual*. Coleção José do Patrocínio. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *Instituições de Processo Civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- _____. *Instituições de Processo Civil*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. Os juizados especiais como tutela diferenciada. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra. *Tutelas Diferenciadas como Meio de Incrementar a Efetividade da Prestação Jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 711-736
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: _____. *O Processo: Estudos & Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.
- GUASP, Jaime Delgado. El Estado como sujeto del proceso. In: *Boletín mejicano de derecho comparado*, México D.C., ano 8, n. 22-23, p. 525-541, jan./ago. 1975.
- GUILLÉN, Germán Vargas. *Tratado de Epistemología: Fenomenología de la ciencia, la tecnología y la investigación social*. 2. ed. Bogotá: San Pablo, 2006.
- GUILLÉN, Víctor Fairén. *Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2006.
- GUNTHER, Max. *Os Axiomas de Zurique*. Tradução de Isaac Piltcher. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- HAMMOND, R. Grant. *Interlocutory injunctions: time for a new model?* In: *University of Toronto Law Journal*, v. 30, n. 3, p. 240-282, 1980.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- _____. *Ser, Verdad y Fundamento*. Tradução de Eduardo García Belsunce. Caracas: Monte Avila, 1968.
- HERSHKOFF, Helen. Short-cuts to Judgment and Provisional Remedies. In: _____. CHASE, Oscar. *Civil Litigation in Comparative Context*. Eagan: Thomson/West, 2007.
- HOCHRAINER, Stefan. *Macroeconomic Risk Management Against Natural Disasters: Analysis Focused on Governments in Developing Countries*. Berlin: Springer, 2006.
- HOFMANN, Ekkehard. *Abwägung im Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- JOLOWICZ, Herbert Felix; NICHOLAS, Barry. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. 3. ed. London: Cambridge University Press, 1972.
- JOMMI, Alessandro. *Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision*. In: *Rivista di Diritto Civile*, v. 1, n. 121, ano XLIII, p. 121-164, jan/fev. 1997.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: _____. HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

KELLY, John Maurice. Audi alteram partem. In: *Natural Law Forum*, The University of Notre Dame, v. 9, p. 103-110, 1964.

KNIGHT, Frank. *Riesgo, Incertidumbre y Beneficio*. Tradução de Ramon Vereá. Madrid: M. Aguilar, 1947.

KOMESAR, Neil K. Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. In: *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 51, n. 2, p. 366-446, mar./jun. 1984.

_____. The Essence of Economics: Behavior, Choice and Comparison - Essay One 'The Basic Thesis with Lessons from the Economic Analysis of the Common Law'. In: *University of Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series*, n. 1173, p. 1-29.

LACERDA, Galeno Vellinho de. O Código e o formalismo processual. Conferência proferida na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Porto Alegre, em 15.07.1983. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 21, n. 21, p. 13-20, 1983/1984.

LEUBSDORF, John. The Standard for Preliminary Injunctions. In: *Harvard Law Review*, v. 91, n. 3, p. 525-566, jan. 1978.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LUHMANN, Niklas. *Risk: A Sociological Theory*. New Jersey: Transaction Publishers, 2005.

LUPTON, Deborah. *Risk*. Garamond: Routledge, 1999.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MANZIN, Maurizio. Del contraddittorio come principio e come metodo. In: MANZIN, Maurizio; PUPPO, Federico. *Audiatur et Altera Pars: Il contraddittorio fra principio e regola*. Milano: Giuffrè, 2008.

MARCATO, Antonio Carlos et alii. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Procedimentos especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. V. 5. Procedimentos especiais. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2011.

MELENDO, Santiago Sentís. *El juez y el derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

MENCHINI, Sergio. Nove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. *In: Rivista di Diritto Processuale*, v. 61, n. 3, p. 869-902, jul./set. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MILLAR, Robert Wyness. Three American Ventures in Summary Civil Procedure. *In: The Yale Law Journal*, v. 38, n. 2, p. 193-224, dez. 1928.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Medida cautelar liminarmente concedida e omissão do requerente em propor a tempo a ação principal. *In: DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Medidas cautelares: estudos em homenagem ao professor Ovídio A. Baptista da Silva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. *In: _____*. Temas de Direito Processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito: ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada: El fin de un mito*. *In: Jurisdicción y proceso – estudios de ciencia jurisdiccional*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

NORMAND, Jacques. Les fonctions des référés. *In: COMPERNOLLE, Jacques van; TARZIA, Giuseppe. Les mesures provisoires en Droit belge, français et italien: étude de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 1998.

NOVAES, Adauto. *Tempo e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

ORDIOZOLA MARISCAL, Carlos Enrique. El principio *iura novit curia* en México: hacia un instituto federal de especialistas en Derecho Internacional Privado y Comparado. *In: BECERRA RAMÍREZ, Manuel et alii. Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*. Tomo I. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

- OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.
- OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- OTEIZA, Eduardo. Abuso de los Derechos Procesales en America Latina. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. In: *Revista forense*, v. 94, n. 342, p. 161-168, abr./jun. 1998.
- PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? In: *Revista de Processo*, v. 31, n. 131, p. 239-249, jan. 2006.
- POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. Tradução de Evando Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach. In: *Florida State University Law Review*, Miami, v. 32, n. 4, p. 1259-1279, 2005.
- PUENTE, Fernando Rey. *Os sentidos do tempo em Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2001.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. ¿Abuso de Derecho en el Proceso? In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SASSANI, Bruno. La durata ragionevole del processo civile. In: CAPPONI, Bruno; VERDE, Valeria. *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 2000.
- SCALLETARIS, Paolo. A proposito dell'opposizione tardiva all'ordinanza di convalida dello sfratto per morosità. In: *Giustizia Civile: Rivista Mensile di Giurisprudenza*, Milano, tomo II, ano XL, 1990.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Reimpressão. New York: Oxford University Press, 2002.
- SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.
- SÉNECA. *Medeia*. Tradução de Ana Alexandra Alves de Sousa. Lisboa: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, 2011.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. V. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. O contraditório das Ações Sumárias. In: _____. *Da sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 692, p. 40-47, jun. 1993.

SOHM, Rudolf. *The Institutes of Roman Law*. Tradução de James Ledlie. New Jersey: Gorgias Press LLC, 2002.

SUNSTEIN, Cass. The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism. In: *Yale Law Journal*, New Haven, n. 122, 7. ed., p. 1826-1899, mai./2013.

TARSKI, Alfred. A concepção semântica da verdade e os fundamentos da semântica. In: _____ *et alii*. _____ *ncia e linguagem*: _____. Tradução de _____ a, 1988.

TARUFFO, Michele. Elementi per una teoria della decisione giusta. In: _____. *Sui confini*: scritti della giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. Il fatto e l'interpretazione. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 195-208, jul./dez. 2010.

_____. La semplice verità: Il giudice e la costruzione dei fatti. 1. ed. Bari: Laterza, 2009.

TEPEDINO, Gustavo *et alii*. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. V. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Primeiras Observações sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 36, mai./jun. 2010.

THOMAS, E. W. *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisori senza accertamento*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

TRAPUZZANO, Cesare. *Codice dei Procedimenti di Ingiunzione e di Sfratto*. Roma: Nel Diritto Editore, 2011.

TWINING, William. *Rethinking evidence*. London: Cambridge University Press, 2006.

VARGA, Csaba. *Theory of the Judicial Process: The Establishment of Facts*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1995.

VASQUEZ ABANTO, Manuel A. *Derecho Penal Económico: consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: IDEMSA, 1997.

VASSALLO, Nicola. Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele. *Conoscenza e verità: Epistemologia giudiziaria*. Giuffrè, 2008.

_____. Epistemologia. In: _____; D'AGOSTINI, F. *Storia della filosofia analitica*. Torino: Einaudi, 2002.

VIRILIO, Paul. *Negative horizon: An Essay in Dromoscopy*. Tradução de Michael Degener. London–New York: Continuum International Publishing Group, 2006.

_____. *The Great Accelerator*. Tradução de Julie Rose. Cambridge–Malden: Polity, 2012.

_____. *Velocidade e política*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior*. New Jersey: Princeton University Press, 1944.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: Hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Tutela diferenciada. In: THEODORO JR., Humberto; LAUAR, Maira Terra. *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ANEXO

Proposta de redação para os dispositivos que versam sobre tutela de urgência e tutela de evidência no projeto do novo Código de Processo Civil. As alterações ao texto do anteprojeto se encontram em destaque.

TÍTULO IX

TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção I

Das disposições comuns

Art. 277. A tutela de urgência e a tutela **de** evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

Art. 278. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento **do pedido**, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Parágrafo único. A medida de urgência poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Art. 279. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela **de** evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

Parágrafo único. A decisão, **concedida incidentalmente ou em procedimento autônomo**, será impugnável por agravo de instrumento.

Art. 280. A tutela de urgência e a tutela da evidência serão requeridas ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Nas ações e nos recursos pendentes no tribunal, perante este será a medida requerida.

Art. 281. A efetivação da medida observará, no que couber, **as disposições deste Código sobre** o cumprimento da sentença e a execução provisória.

Art. 282. Independentemente da reparação por dano processual, o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida, se:

I - a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a medida em caráter antecedente, não promover a citação do requerido dentro de cinco dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou da prescrição do direito do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida.

Seção II

Da tutela de urgência cautelar e satisfativa

Art. 283. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a **probabilidade** do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

§ 1º. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

§ 2º. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, **bem como naqueles em que presentes os requisitos da tutela de evidência**, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

Seção III

Da tutela de evidência

Art. 284. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I - formulada defesa manifestamente infundada ou observar-se conduta incompatível com a boa marcha processual, independentemente do elemento subjetivo do réu ou seu patrono;

II - a inicial for instruída com prova pré-constituída do direito alegado, opondo o réu defesa inapta a afastar a pretensão autoral, e que veicule exceções não baseadas em prova escrita;

III - a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante; ou

IV - formulado pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do depósito legal ou convencional, caso em que será proferida ordem liminar de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Parágrafo único. A tutela de evidência poderá ser concedida de ofício ou a requerimento do autor.

CAPÍTULO II

DO PROCEDIMENTO

Seção I

Das medidas requeridas em caráter antecedente

Art. 285. A petição inicial da medida requerida em caráter antecedente **indicará, de forma sucinta, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido.**

Art. 286. O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

§ 1º Em se tratando de requerimento de tutela de evidência, do mandado de citação constará a advertência de que a decisão proferida em favor do requerente continuará a produzir efeitos enquanto não revogada por outra em processo posterior, independentemente da formulação de um pedido principal pelo requerente.

§ 2º Conta-se o prazo a partir da juntada aos autos do mandado:

I - de citação devidamente cumprido;

II - de intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Art. 287. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a tutela de urgência, sem ouvir o requerido, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz.

Parágrafo único. Concedida a medida liminar prevista no caput, o requerido será intimado de haver-se efetivado a medida, devendo constar do mandado a advertência de que, caso não apresentada contestação, o processo será extinto, conservando-se a eficácia da medida liminar, independentemente da formulação de um pedido principal pelo requerente.

Art. 288. Concedida a medida em caráter liminar **prevista no artigo antecedente** e não havendo **contestação**, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia **independentemente da formulação de um pedido principal pelo requerente.**

Art. 289. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

Art. 290. Contestado o requerimento no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.

Art. 291. Havendo contestação ao requerimento de tutela de urgência, cessa a eficácia da medida concedida em caráter antecedente, se:

I - o requerente não ajuizar o pedido principal no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar;

II - não for efetivada dentro de um mês;

III - o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito

Art. 292. No caso de requerimento de tutela de urgência, se o réu, citado, não oferecer contestação, eventual decisão que conceda a tutela requerida produzirá efeitos enquanto não revogada por outra em processo posterior, sendo desnecessária a apresentação do pedido principal pelo requerente.

Art. 293. A decisão que concede a tutela **de evidência** não fará coisa julgada **material**, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, **proferida em processo instaurado a qualquer tempo por iniciativa de uma das partes.**

Art. 294. Qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados, **assistindo a ambas o direito de requerer o desarquivamento dos autos do procedimento autônomo.**

Art. 295. O indeferimento da medida não obsta a que a parte deduza o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for a declaração de decadência ou de prescrição.

Art. 296. O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento, não dependendo do pagamento de novas custas processuais.

Art. 297. Salvo decisão judicial em contrário, a medida de urgência conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Seção II

Das medidas requeridas em caráter incidental

Art. 298. As medidas de que trata este Título podem ser requeridas incidentalmente no curso da causa principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas.

Parágrafo único. Aplicam-se às medidas concedidas incidentalmente as disposições relativas às requeridas em caráter antecedente, no que couber.

(...)

CAPÍTULO X

DO JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

(...)

Seção II

Do julgamento imediato do mérito

Art. 353. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença com resolução de mérito:

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

II - quando ocorrer a revelia e incidirem seus efeitos.

Seção III

Do julgamento imediato parcial do mérito

Art. 354. O juiz proferirá decisão interlocutória definitiva quando:

I - houver prova suficiente para a procedência de um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles;

II - não houver controvérsia sobre um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles.

§ 1º. A decisão referida no *caput* conserva seus efeitos ainda que extinto o processo sem resolução do mérito.

§ 2º. O prazo para a propositura de ação rescisória contra a decisão referida no *caput* corre a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.