

PROVA, CONVICÇÃO E JUSTIFICATIVA DIANTE DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

LUIZ GUILHERME MARINONI
PROFESSOR TITULAR DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA UFPR. ADVOGADO EM
CURITIBA E EM BRASÍLIA

a) O art. 273, “*caput*”, do CPC, afirma que o juiz poderá antecipar a tutela “desde que, *existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação*”. Em face dessa norma, importa buscar o significado de “*prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação*”.

É claro que não há relevo em analisar, nessa perspectiva, as provas relativas às tutelas antecipatórias fundadas em abuso de direito de defesa (art. 273, II) e em direito evidente (art. 273, §6º), assim como a prova da tutela antecipatória fundada em receio de dano (art. 273, I) que pode ser concedida ao final do procedimento de primeiro grau ou no tribunal. O que realmente interessa é a tutela antecipatória que se torna necessária, em razão de receio de dano, no curso do procedimento de primeiro grau, pois é nesse momento que se pode pensar em verossimilhança.

A grande dificuldade da doutrina e dos tribunais, diante dessa imprescindível análise, decorre da relação, feita pelo art. 273, *entre prova inequívoca e verossimilhança*. Melhor explicando: *há dificuldade de compreender como uma prova inequívoca pode gerar somente verossimilhança*.

Essa dificuldade é facilmente explicável, pois decorre de vício que se encontra na base da formação dos doutrinadores e operadores do direito, *os quais não distinguem “prova” de “convencimento judicial*”. Ora, como o art. 273 fala em “prova inequívoca” e “convencimento da verossimilhança”, qualquer tentativa de explicar a relação entre as duas expressões será inútil *se não se partir da distinção entre prova e convencimento*.

A prova existe para convencer o juiz, de modo que chega a ser absurdo identificar prova com convencimento, como se pudesse existir prova de verossimilhança ou prova de verdade. A intenção da parte, ao produzir a prova, é sempre a de *convencer o juiz*.

b) A idéia, certamente correta, de que toda certeza jurídica se resolve em verossimilhança, não deve obscurecer o que se quer dizer aqui, pois obviamente não se pretende, nessa altura dos estudos ligados à filosofia do direito, fazer alguém acreditar que o juiz pode penetrar na essência da verdade. Mas, o fato de o juiz não poder descobrir a “verdade” não o dispensa da necessidade de buscar se convencer a respeito do que alega em juízo.

É evidente que a impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade dos fatos não lhe outorga o direito de definir o mérito sem estar convicto. *Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade*, até porque, quando se requer a convicção de verdade, não se nega a possibilidade de que “as coisas não tenham acontecido assim”¹.

A “convicção da verdade” é relacionada com a limitação humana de buscar a verdade e, especialmente, com a correlação entre essa limitação e a necessidade de definição dos litígios. Para ser mais preciso: o juiz chega à convicção da verdade *a partir da consciência da impossibilidade da descoberta da sua essência*, uma vez que é essa que demonstra a falibilidade do processo para tanto. Trata-se, em outros termos, de recordar Calamandrei quando advertiu que apesar de a natureza humana não ser capaz de alcançar verdades absolutas, “é um dever de honestidade acentuar o esforço para se chegar o mais perto possível dessa meta inalcançável”².

A verossimilhança, quando compreendida na linha da teoria do conhecimento, não pode ser colocada no mesmo plano da convicção, pois existe convicção de verdade e convicção de verossimilhança, ainda que ambas, na perspectiva gnoseológica, somente possam resultar em verossimilhança.

Portanto, é preciso também sublinhar a distinção entre convencimento (que pode ser de verdade ou de verossimilhança) e *verossimilhança* em sentido filosófico. O juiz, para decidir ou sentenciar, deve sempre procurar se convencer, ainda que, em outro sentido, a sua decisão ou sentença nunca vá se afastar da verossimilhança.³

¹ WALTER, Gerhard. *Livre Apresiasión de la Prueba*. Bogotá: Temis, 1985, p. 169.

² CALAMANDREI, Piero, Verità e verosimiglianza nel processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, p. 190.

³ A prova não pode designada de "prova de verossimilhança" ou de "prova de certeza". Quando o procedimento deve prosseguir para que outras provas sejam produzidas, há a formação de uma espécie de juízo, o qual deveria ser qualificado como "juízo provisório". A prova não pode ser qualificada de “prova de certeza” ou de “prova de verossimilhança”. É o juízo, formado a partir da prova, que, por ser formado no curso do procedimento tendente à cognição exauriente, pode ser designado de “juízo provisório”, embora seja chamado de "juízo de verossimilhança".

Falar que a prova deve formar um "juízo de verossimilhança" - como preceitua o art. 273 - constitui tautologia. Isso porque toda prova, esteja finalizado ou não o procedimento, apenas pode permitir a formação de um "juízo de verossimilhança" *quando se parte da concepção de que a verdade é algo absolutamente inatingível*. Entretanto, se por "juízo de verossimilhança" deseja-se significar juízo não formado com base na plenitude de provas e argumentos das partes, é correto falar de "juízo-provisório" ou de *convicção* de verossimilhança, deixando-se claro que *convicção* de verossimilhança e *convicção* de verdade não dizem o mesmo do que as noções de verossimilhança e verdade.

c) Se existe *convicção* de verdade e *convicção* de verossimilhança, cabe explicar a diferença entre as duas.

Para tanto, não há como deixar de aludir à teoria de origem sueca que entende que o juiz pode definir o mérito com base na chamada “verossimilhança preponderante”⁴. Tal teoria se move a partir da idéia de que a regra do ônus da prova não é justa e, assim, não deve prevalecer. A regra do ônus da prova, na perspectiva dessa teoria, não tem qualquer importância como mecanismo de distribuição do ônus probatório e, muito menos, como regra de juízo, mas como uma espécie de *régua* que indicaria a parte vencedora. O ônus da prova constituiria o ponto central dessa régua, e assim *não pesaria sobre nenhuma das partes*; a parte que conseguisse fazer a régua pender para o seu lado, ainda que a partir de um *mínimo de prova*⁵, deveria ganhar a causa, quando então prevaleceria o princípio da “verossimilhança preponderante”⁶.

A doutrina sueca concluiu que o julgamento poderia fugir da regra do ônus da prova quando existisse um mínimo de preponderância da prova, ou seja, um grau de 51%. Ou seja, se a posição de uma das partes é mais verossímil que a da outra, ainda que minimamente, isso seria suficiente para lhe dar razão. Nesse sentido, ainda que a prova do autor demonstrasse com um grau de 51% a verossimilhança da alegação, isso tornaria a sua posição mais próxima da verdade, o que permitiria *um julgamento mais racional e melhor motivado que aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada*⁷.

Frise-se que essa tese é ligada à definição do mérito, e não às tutelas proferidas no curso do processo. Diante disso, ela evidentemente não pode prevalecer, pois não há como aceitar, *ao menos como regra*, que o juiz possa julgar o pedido procedente sem estar *convencido* de que o autor tem razão. Ou melhor, não há racionalidade em admitir, *como regra*, que o juiz pode julgar o pedido procedente com base na verossimilhança preponderante, pois isso equivaleria a entender que o juiz *não precisa se convencer* para julgar.

Não é possível ter a teoria da verossimilhança preponderante como regra capaz de guiar a decisão final do juiz (que define o mérito), embora isso não signifique que a idéia de

⁴ EKELÖF, Per Olof. Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins, ZZZ, 75, 1962, p. 289 e ss.

⁵ WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 160.

⁶ Com efeito, essa teoria fala em verossimilhança preponderante ou *Överviktsprincip* para evidenciar que basta, para a procedência ou para a improcedência, um grau de probabilidade *mínimo* (PATTI, Salvatore. *Prove. Disposizioni generali*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1987, p. 164).

⁷ Cf. PATTI, Salvatore. *Prove. Disposizioni generali*, cit., p. 164.

verossimilhança preponderante não possa prevalecer em determinadas situações, mesmo ao final do processo.

Excepcionalmente, a dificuldade de prova e a natureza do direito material podem justificar a redução das exigências de prova no caso concreto, dando ao juiz a possibilidade de se contentar com a verossimilhança preponderante. Isso ocorre, por exemplo, em determinadas situações de direito material em que a prova da causalidade é extremamente árdua, como acontece nos casos de lesões pré-natais.

Portanto, quando se analisa a convicção judicial, é preciso considerar se a causalidade pode ser esclarecida e em que termos. Apenas quando a possibilidade de elucidação não é plena, e assim não há como exigir uma “convicção de certeza”, basta a “verossimilhança preponderante”, pena de serem negadas as peculiaridades do direito material e, dessa maneira, a possibilidade de uma efetiva tutela jurisdicional.

Sublinhe-se, contudo, que a redução das exigências de convicção, *ao final do procedimento*, somente pode ser admissível *em casos excepcionais; jamais como regra, como pretende a teoria sueca da verossimilhança preponderante*.

Não há como entender que o juiz, ao definir o mérito, deve simplesmente dar ganho de causa à parte cujo direito for mais verossímil. Até mesmo porque, como todos sabem, não é possível medir, em termos matemáticos, a graduação de uma prova ou de um conjunto de provas, o que eliminaria a possibilidade de justificação racional da “verossimilhança preponderante” na sentença. *A convicção de verossimilhança somente pode ser racionalmente justificada, ao final do processo, a partir das necessidades do direito material e do caso concreto*.

d) Porém, *algo diferente* acontece quando se considera a convicção de verossimilhança característica à cognição sumária, ou seja, a convicção de verossimilhança própria aos juízos que se formam no curso do processo.

Quando o art. 273 faz referência à convicção de verossimilhança obviamente não pretende indicar a verossimilhança própria à filosofia ou a convicção de verossimilhança suficiente para o julgamento de procedência quando presentes determinadas situações de direito material - como acima explicado, lesões pré-natais; relações de consumo etc -, mas sim a convicção de verossimilhança *característica às decisões que postecipam a participação em contraditório ou são fundadas em cognição sumária*.

Trata-se, desse modo, de uma *expressa autorização* para o juiz decidir com base em *convicção* de verossimilhança, que evidentemente não se confunde com a convicção *excepcionalmente aceita ao final do procedimento em determinadas situações de direito material*.

Nesse caso, a convicção de verossimilhança não decorre das necessidades do direito material e do caso concreto, *mas sim de uma regra processual que parte da premissa de que ao juiz basta, para conceder a tutela antecipatória, a convicção de verossimilhança. Diante do art. 273, portanto, o juiz está autorizado a decidir com base na convicção de verossimilhança preponderante.*

Decidir com base na verossimilhança preponderante, quando da tutela antecipatória, *significa sacrificar o improvável em benefício do provável.* E nem poderia ser diferente, mesmo que não houvesse tal expressa autorização, *pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade.*

e) Se não há dúvida de que o juiz está autorizado a conceder tutela antecipatória a partir da verossimilhança que preponderar, falta ainda esclarecer a ligação entre essa autorização e a prova inequívoca.

Há quem afirme que “a antecipação pede a mesma prova inequívoca que pede a decisão definitiva”⁸. Essa afirmativa, como é evidente, mistura os conceitos de prova e de convicção, pois poderia dizer, no máximo, que a antecipação pede a *mesma convicção que a decisão definitiva, o que já seria um equívoco, formulando entendimento contrário à letra da lei, pois está escrito no art. 273 que basta a convicção de verossimilhança.*

Por outro lado, pretender explicar o conceito de prova inequívoca mediante uma tentativa de comparação entre a verossimilhança do art. 273 e o *fumus boni iuris* próprio à tutela cautelar, como se a prova e a convicção pudessem ser medidos em graus, e dessa forma comparados, igualmente não tem propósito.

Não há qualquer lógica na distinção entre a convicção de verossimilhança própria à tutela antecipatória e aquela característica à tutela cautelar. Com efeito, é um enorme equívoco imaginar que a verossimilhança possa variar conforme se esteja diante da tutela cautelar ou da tutela antecipatória. Trata-se apenas de uma tentativa, logicamente destituída de êxito, de empregar a lógica matemática para demonstrar algo que não pode ser por ela explicado.

BARBOSA MOREIRA, ao tentar esclarecer o problema, também não chegou a uma solução aceitável. A sua proposta, ao partir da distinção entre prova equívoca e prova inequívoca, assim concluiu: “será equívoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca,

⁸ CALMON DE PASSOS, J. J., *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 13 e ss.

aquela que só num sentido seja possível entender”⁹. Como está claro, BARBOSA MOREIRA chegou à conclusão de que a prova a que se possa atribuir mais de um sentido é equívoca.

Como não é difícil perceber, a doutrina que se preocupa em elucidar a questão supõe que, “formatando” a atividade judicial, isto é, definindo o grau de convencimento ou a qualidade da prova hábil à decisão, pode resolver a problemática que envolve a tutela antecipatória. Acontece que o art. 273 aludiu a convicção de verossimilhança para dar ao juiz a possibilidade de formar a sua convicção em conformidade com as características do caso concreto. Ou seja, o legislador estava *consciente de que a necessidade da tutela antecipatória depende das peculiaridades do caso concreto*.

Se o art. 273 autorizou o juiz a decidir com base em convicção de verossimilhança, a tese de que a tutela antecipatória apenas pode se basear na prova que aponta em um sentido – que então seria inequívoca –, para ser aceita, *deveria explicar o motivo pelo qual a prova que aponta em mais de um sentido não pode ser valorada ou gerar convicção*.

Porém, jamais poderia. São freqüentes os casos em que uma prova pode conduzir a duas versões. Aliás, isso não é raro após o término da instrução probatória, quando uma prova suscita duas versões e o juiz, então, coloca-se diante da necessidade de escolher uma entre elas. Ora, *se o juiz pode julgar o pedido procedente no caso de prova que aponte em dois sentidos, não há como admitir que o juiz possa se eximir de decidir sobre a tutela antecipatória apenas porque a prova aponta em mais de um sentido*.

A tese de BARBOSA MOREIRA faz uma *interpretação gramatical* do significado de “prova inequívoca”, lembrando, inclusive, o significado que os *dicionários* atribuem a “equívoco”¹⁰, mas não se preocupa com a *finalidade da norma que encampa tal locução, e aí esquece o mais importante, isto é, que o art. 273 expressamente autoriza o juiz a decidir com base em convicção de verossimilhança*.

Ou melhor, a interpretação de BARBOSA MOREIRA não relaciona de modo adequado o significado que retirou da locução “prova inequívoca” com a autorização para o juiz decidir com base em *convicção de verossimilhança*. É que uma prova que aponta em dois sentidos também pode formar convicção de verossimilhança, bastando apontar para o direito do autor de forma mais convincente.

⁹ BARBOSA MOREIRA, J. C, Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas, *Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 80.

¹⁰ Que espelharia, segundo sua observação, aquilo que tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação.

Para BARBOSA MOREIRA a prova que comporta dois sentidos não pode ser valorada ou gerar convicção. Diz ele: “*Em duas etapas se desdobrará a perquirição do magistrado, diante da prova produzida. Primeira: é ela ‘inequívoca’, no sentido de que só comporta um entendimento? Segunda: com esse entendimento, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente?’*”¹¹. Como está claro, essa construção subordina a valoração da prova ou a elaboração do júízo a uma primeira fase, que seria ultrapassada somente pela prova que aponta em um sentido. Parte-se da premissa de que a prova que aponta em mais de um sentido não pode permitir a formação da convicção do juiz, devendo ser excluída como se não pudesse fazer parte da valoração probatória. Com efeito, existiria uma primeira fase, que poderia ser dita de eliminação, na qual a prova seria definida como capaz, ou não, de formar a convicção. Por essa fase passaria apenas a prova que aponta em uma direção. *A partir dessa fase estariam descartadas as demais provas – ditas então equívocas -, que não poderiam sequer fazer parte do conjunto de provas objeto da valoração.*

Acontece que o juiz pode extrair convicção de qualquer prova, mesmo daquela que aponta em dois sentidos. Melhor explicando: *se o juiz, antes de valorar a prova, tem que aferir a sua credibilidade, não há como confundir prova que aponta em dois sentidos com falta de credibilidade.* É evidente que essa prova pode merecer credibilidade e, por conseqüência, ser valorada. Ou seja, *é inegável a sua potencialidade para a formação da convicção. Assim, não há como aceitar a tese de que não pode chegar à fase em que se verifica a força persuasiva da prova “para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente”*¹².

Portanto, não se pode aceitar que prova inequívoca signifique prova que aponta em uma direção, pois isso seria o mesmo que dizer que a prova que aponta em duas direções não tem credibilidade e, assim, não deve ser valorada. Ora, a doutrina admite essa espécie de prova até mesmo no âmbito do processo penal. SALAVERRÍA, no direito espanhol, alude especificamente a tal espécie de prova, deixando clara a possibilidade da sua valoração: “*una vez determinada la fiabilidad de una prueba, y sin abandonar todavía el ámbito de la valoración individualizada, hay que proceder a su catalogación; operación fácil de ejecutar cuando se sabe si la prueba analizada sirve para sustentar la hipótesis de la acusación/la actora o la contrahipótesis de la defensa/el demandado. No obstante, en ocasiones las pruebas presentan un cierto margen de indeterminación, bien porque el dato probatorio se presta a diferentes interpretaciones (lo que sucede si hay dudas*

¹¹ BARBOSA MOREIRA, J. C, Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas, in *Temas de Direito Processual Civil*, cit., p. 81.

¹² BARBOSA MOREIRA, J. C, Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas, in *Temas de Direito Processual Civil*, cit., p. 81.

sobre el significado de un documento, de una declaración, de una pericia) o bien porque – aun siendo objeto de interpretación unívoca – remite a hipótesis que se excluyen entre si (p. ej. una herida letal por arma de fuego es compatible tanto con la hipótesis del homicidio como con la del suicidio). En la eventualidad de un dato probatorio con doble interpretación, lo aconsejable sería asumir provisionalmente cada una de las dos interpretaciones por separado, sacar las consecuencias que fluyen de cada una y valorar cuales son más compatibles con los otros datos probatorios. Ante un dato probatorio unívoco pero conducente tanto a una hipótesis como a su contraria, se elegirá aquella opción que concuerde con ulteriores datos probatorios”¹³.

Note-se, para melhor explicar, *que se a prova que aponta em dois sentidos for considerada equívoca, e assim incapaz de ser valorada, o juiz não poderá sequer conjugá-la com uma prova que aponta apenas em um sentido para formar a sua convicção*. Vale dizer, a aceitação da tese de BARBOSA MOREIRA excluiria a possibilidade de o juiz conjugar uma prova que aponta em um sentido com outra que aponta em dois sentidos, *pois essa última seria equívoca*.

Se ninguém pode negar que uma prova que aponta em dois sentidos pode ser valorada, alguém poderia argumentar que a possibilidade de se extrair convicção de uma prova não é o mesmo que se extrair convicção para a concessão da tutela antecipatória. Nessa linha, de qualquer forma, *já estaria admitida a idéia de que a prova que aponta em dois sentidos pode ser valorada - e assim conjugada com outra -, pois apenas estaria sendo contestada a capacidade de uma prova que aponta em dois sentidos poder gerar convicção suficiente para a concessão da tutela antecipatória*.

Acontece que o legislador, no art. 273, autorizou o juiz a tutelar o direito com base em verossimilhança. Aliás, considerando o perigo na demora, que legitima a própria tutela antecipada fundada no art. 273, seria impossível exigir do juiz uma convicção de verdade. A questão que resta, então, é saber se uma prova que aponta em dois sentidos pode gerar convicção de verossimilhança. Se no âmbito do processo penal a prova que aponta em dois sentidos deve ser conjugada a outra para fundamentar a condenação do réu, não há como negar que uma prova desse tipo, no curso do processo civil, é forte elemento de convicção, obviamente capaz de gerar convicção de verossimilhança. Ou seja, se é possível afirmar que, em regra, uma prova de tal natureza não faz surgir convicção necessária a uma sentença civil de procedência, ela certamente é suficiente para fazer a verossimilhança preponderar para o lado do autor. Em outros termos, se a lição de SALAVERRÍA deixou clara a possibilidade de valoração de uma prova que aponta em dois sentidos, mas afirmou a necessidade da sua conjugação com outra para a condenação criminal, o

¹³ SALAVERRÍA, Juan Igartua, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 156

certo é que uma prova de tal natureza pode ter outra relevância no processo civil, especialmente no juízo de cognição sumária, pois é evidente que uma prova, quando valorada, pode se dirigir mais para um sentido que para outro.

A obviedade de que a prova que aponta em dois sentidos pode ser valorada está em que ela pode ser conjugada com outra, não podendo ser excluída do conjunto probatório sobre o qual a convicção incide. Se isso é incontestável, *a verdadeira questão da prova que aponta em dois sentidos não está na sua credibilidade, mas sim na convicção que pode gerar*. Porém, se o problema é de *convicção*, e essa varia conforme os processos penal e civil, o momento em que a tutela é exigida no curso do processo civil, e as particulares situações de direito material, *é pouco mais que evidente que a força da prova que aponta em dois sentidos será maior em um caso do que no outro, dependendo de ser o processo penal ou civil, de ser a tutela final ou antecipatória, e, especialmente, das diferentes hipóteses de direito substancial apresentadas à decisão judicial no momento em que se requer a tutela antecipatória*.

Eliminar a possibilidade de o juiz decidir com base em prova que aponta em dois sentidos não elucida a verdadeira questão relacionada à decisão da tutela antecipatória. Ao contrário, ela piora o estado das coisas, pois não só retira, de forma arbitrária - e apenas para ajeitar as palavras contidas na norma -, a possibilidade de o decidir a partir de prova que aponta para dois caminhos, como *mantém insolúvel* o problema relacionado aos critérios de aferição da verossimilhança.

Na verdade, tal tese cai no vício de supor que a regra jurídica deve ter um significado capaz de atender, *sem a necessidade de ulteriores adaptações*, a todos os casos concretos. Nessas situações, o intérprete procura dar um significado estreito e abstrato à regra, *como se ela não fosse endereçada a diferentes hipóteses*. Procura-se uma ilusória segurança, sem considerar-se o seu alto custo social. Ou melhor, tenta-se obter uma certa previsibilidade sem se perceber que dessa forma se estará impedindo que a regra possa atender de forma adequada a determinadas situações concretas, as quais poderiam ser facilmente tuteladas pelo juiz caso ele pudesse trabalhar com uma regra de textura aberta.¹⁴

¹⁴ “To do this is to secure a measure of certainty of predictability at the cost of blindly prejudging what is to be done in a range of future cases, about whose composition we are ignorant. We shall thus indeed succeed in settling in advance, but also in the dark, issues which can only reasonably be settled when they arise and are identified. We shall be forced by this technique to include in the scope of a rule cases which we would wish to exclude in order to give effect to reasonable social aims, and which the open textured terms of our language would have allowed us to exclude, had we left them less rigidly defined. (HART, H. L. A., *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 126-127.

Quanto mais rígida for a interpretação da norma, menor será a sua possibilidade de abarcar situações particulares, ou seja, menores serão as chances de o juiz extrair uma interpretação capaz de atender aos casos concretos. Nessa linha, a rigidez da interpretação da norma poderá entrar em conflito com a sua própria razão de ser, ou, como diz HART, com “as nossas finalidades *de ter ou manter a regra*” (*the rigidity of our classifications will thus war with our aims in having or maintaining the rule*).¹⁵

É muito fácil afirmar, a partir dos dicionários, o significado de inequívoco. Porém, o problema não é tão simples, pois é preciso verificar, antes de tudo, se a fixação de tal significado não impede o juiz de encontrar na regra uma interpretação que possa ser útil e adequada aos casos concretos, além de evidentemente passível de justificação racional na perspectiva da necessidade daquele que vai ao Poder Judiciário e da própria razão de ser da tutela antecipatória.

Não se quer dizer, como é óbvio, que não seja possível dar um significado geral a um termo, mas sim que a busca de um significado geral para um elemento inserido na norma pode retirar a sua elasticidade, impedindo-se que se dê a ela interpretações concretas socialmente úteis e racionalmente justificáveis.¹⁶

f) É preciso perceber que o real problema não está na conceituação de prova inequívoca ou na definição do grau de verossimilhança suficiente. Em primeiro lugar porque, como dito, *não há como estabelecer graus de convicção; em segundo lugar porque a doutrina e a jurisprudência não podem restringir a produção da prova quando a lei expressamente autorizou o juiz a decidir com base em verossimilhança.*

Quando se pensa na verossimilhança suficiente para a concessão da tutela antecipatória, *o real problema está na racionalidade da decisão judicial, ou melhor, no controle da racionalidade da decisão*¹⁷ *que concede, ou não, a tutela antecipatória. Acontece que essa racionalidade, como*

¹⁵ HART, H. L. A.. *The concept of law*. cit., p. 127.

¹⁶ Quando se fala em antecipação da tutela, pensa-se em uma tutela que deve ser prestada em um *tempo menor* àquele que será necessário para o término do procedimento. Como o principal responsável pelo gasto de tempo no processo é a produção da prova, admite-se que essa tutela seja concedida antes que as provas requeridas pelas partes tenham sido produzidas (tutela antecipada). Nesse sentido, afirma-se que a tutela é concedida com a postecipação da produção da prova ou com a postecipação do contraditório. Nesse caso, "prova inequívoca" somente pode significar a prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção *não é incompatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida para não frustrar o direito do autor.*

¹⁷ Sobre o tema do controle da racionalidade da decisão, ver MICHELE TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. Na Internet: www.studiocelentano.it

demonstrado, não pode ser garantida através de uma artificial e impossível determinação do grau de verossimilhança ou de uma indevida restrição do direito à produção de prova.

Ninguém nega que o juiz deve justificar a decisão antecipatória, conforme expressa o art. 273, §1º, do CPC.¹⁸ Acontece que o juiz, embora ciente dessa necessidade, resente-se da falta de critérios para explicar – nas palavras do referido art. 273, §1º – “de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”. *Tal falta de critérios também impede os advogados de poderem controlar a decisão do juiz, uma vez que, se a decisão sequer tem justificativa, torna-se impossível argumentar que a decisão é incorreta. Não é por razão diversa que são comuns as decisões de primeiro grau que concedem ou negam a tutela antecipatória sem qualquer fundamento e as decisões de segundo grau que revogam ou mantêm a tutela antecipatória sem nada argumentar.*

g) Vamos, então, ao verdadeiro problema. Como justificar a convicção de verossimilhança? Afaste-se, desde logo, a absurda e inexplicável idéia de que a justificativa da decisão antecipatória não exige a mesma atenção da justificativa da sentença.

Ninguém mais duvida de que o raciocínio probatório não pode ser demonstrado através do método assiomático-dedutivo, peculiar à matemática, como também é inegável que as exigências postas pelas novas situações de direito material ampliaram o poder decisório do juiz, que agora pode decidir no curso do processo apenas com base em convicção de verossimilhança. *Porém, isso obviamente não pode implicar na idéia de que o juiz não pode ser controlado.* A garantia da motivação das decisões tem relação com a necessidade de controle do juiz, que deve justificá-las não só para legitimar o exercício do seu poder perante a população, mas também para dar às partes o direito de compreendê-las e impugná-las perante os tribunais. Em outras palavras, aceitar uma decisão sem justificativa é o mesmo que impedir a adequada participação das partes e retirar a legitimidade do Poder Judiciário¹⁹.

O juiz, ao valorar a credibilidade das provas, ao estabelecer a ligação entre as provas e os fatos e ao valorar as presunções e o conjunto probatório, submete o seu raciocínio a sistemas e critérios racionais, embora não possa explicá-los através da lógica matemática. Tais critérios permitem-lhe decidir e justificar a sua decisão, embora muitas vezes necessitem da adição de outros, próprios ao método sistemático, como os da coerência e da congruência, capazes de também auxiliar na decisão judicial.

¹⁸ O mesmo alerta para a fundamentação veio expresso no § 4º do art. 273, que dita que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Tal explicitação, à primeira vista, seria desnecessária, à medida que a obrigatoriedade da motivação está expressa na Constituição Federal (art. 93, IX).

¹⁹ TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 392 e ss.

Acontece que a tutela antecipatória do art. 273, I, como já demonstrado, requer uma convicção de verossimilhança preponderante. *Isto é, o juiz não pode deixar de conceder a tutela antecipatória com base no argumento de que o autor não se eximiu do ônus da prova, pois essa regra obviamente aí não vale.*

Tal espécie de tutela antecipatória se apresenta quando a posição do autor está gravemente fragilizada, já que o seu direito está sendo ameaçado por dano iminente. Para tornar possível a sua proteção, outorgou-se expressamente ao juiz a possibilidade de decidir com base em verossimilhança, o que significa que ele está proibido de pensar em uma *convicção* de verdade, própria à regra do ônus da prova. Para a concessão da tutela antecipatória, basta-lhe a convicção de verossimilhança preponderante, isto é, *que o material trazido ao processo indique que o direito do autor é mais verossímil que o do réu.*

Mas, também na tutela antecipatória, o juiz não pode deixar de justificar i) as razões que o levaram a acreditar, ou não, na prova, ii) a ligação que realizou entre as provas e os fatos, iii) os motivos que o levaram a estabelecer, ou não, uma presunção, e iv) de referir e fundamentar as regras de experiência que guiaram o seu raciocínio. Assim, nada *significa dizer, seca e simplesmente, que há, ou não, verossimilhança*, pois essa convicção deve *resultar* da justificativa da decisão “antecipatória”.

Grosso modo, é preciso descrever o fato probando e as provas produzidas, explicar a relação entre as provas e os fatos - inclusive indiciários - e a relação entre os fatos indiciários provados e o fato probando, além de deixar claras as regras de experiência - e os seus fundamentos - que conduziram o raciocínio judicial.

Observa-se que, na prática forense, não se dá importância para a definição de fato indiciário e, conseqüentemente, para os raciocínios (presuntivos) que são feitos – na maioria das vezes de forma despercebida – ligando os fatos indiciários ao fato probando. Mais especificamente, nota-se uma completa desatenção para com as regras de experiência que fundamentam os raciocínios destinados a fixar as presunções. Porém, as regras de experiência e os raciocínios presuntivos não só devem ser claramente explicitados, como devidamente fundamentados como aptos à formação das presunções. *Se o juiz deve julgar com base em critérios racionais, não há como a motivação esquecer de demonstrar a racionalidade das regras de experiência, sejam comuns ou técnicas.*

Tudo isso quer dizer que a justificativa deve explicar *o desenvolvimento* do raciocínio que conduziu à decisão, e não apenas *enunciar o seu resultado*. Com efeito, pouco esclarece dizer que há, ou não, verossimilhança ou “*fumus bonis iuris*”, se não se explicar os motivos desse convencimento.

A peculiaridade da decisão antecipatória está em que todos esses critérios de convencimento, como o da relação entre a prova e os fatos e o da relação entre os fatos indiciários e o fato probando, *não exige o esgotamento da regra do ônus da prova, pois aqui ela deve ser vista como uma régua – como queria a doutrina escandinava da verossimilhança preponderante – que, fixando-se no grau 50, aponta em favor do autor quando inclina para a direita (de 50 para cima) e, em favor do réu, quando pende para a esquerda (de 50 para baixo).*

Por isso, o juiz deve explicar cada um dos critérios antes apontados e, conseqüentemente, os motivos que o levaram *a concluir pela verossimilhança da posição de uma parte ou outra. Ou melhor, a motivação da decisão antecipatória deve ser tão racional quanto a da sentença, com a única diferença de que deve justificar apenas uma convicção de verossimilhança.*

Frise-se que a justificação tem valor em si mesma, uma vez que dela depende a idoneidade da decisão. Ou seja, para se ter uma decisão como idônea, é preciso verificar a racionalidade da sua justificação, que objetiva explicar a racionalidade dos raciocínios probatório e decisório.

h) Contudo, a circunstância de os critérios há pouco lembrados eventualmente não poderem levar o juiz a se convencer da verossimilhança, não significa dizer que o juiz deva parar aí, ou que não tenha outros critérios para se convencer. *Quando tais critérios levam a duas versões igualmente aceitáveis – o que também pode ocorrer na sentença -, devem ser aplicados os critérios da coerência e da congruência*²⁰.

O primeiro desses critérios quer expressar que a narrativa judicial deve ser coerente, e assim não pode conter ilogicidades, como a de aceitar um fato como verdadeiro e falso ao mesmo tempo, admitir fatos entre si incompatíveis, utilizar uma regra de experiência em uma situação e a negar em outra - sem que entre elas exista qualquer motivo para discriminação - ou se valer de regras de experiência incompatíveis.²¹

Ademais, além de ausente de contradições, a versão judicial não pode negar uma prova ou um fato provado ou aceitar um fato afirmado, mas não provado. Nesse último contexto, a narrativa do juiz não pode ser incompleta ou “supra-abundante”.²²

Esclareça-se, porém, que a coerência e a congruência podem ser utilizadas para guiar o raciocínio do juiz rumo à decisão - quando podem ser utilizados como testes para a escolha da

²⁰ Ver TARUFFO, Michele, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, *Rivista di diritto processuale*, 1997, p. 568 e ss.

²¹ TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 295

²² TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 295

melhor versão das partes ou mesmo para a definição da própria versão judicial - ou vistos como critérios que devem qualificar a justificativa e servir para o seu controle por parte do tribunal.²³

Assim, por exemplo, a falta de lógica da versão de uma das partes pode implicar na escolha da outra ou na definição de uma terceira, quando o critério integrará o *raciocínio decisório*. Mas, a justificativa também deve ser coerente e congruente, razão pela qual o tribunal pode, através de recurso e fundado nesses critérios, não aceitar a justificativa do juiz. *No primeiro caso, a coerência constitui critério de decisão, enquanto que, no segundo, integra a justificação ou o raciocínio justificativo.*

Note-se que a circunstância de uma prova apontar para duas versões nada tem a ver com falta de coerência ou congruência, uma vez que essas duas últimas *não se referem à prova, mas sim à narrativa (ao discurso)*. A incoerência está no interior da *narrativa* que aceita dois fatos incompatíveis. Ou seja, enquanto os fatos incompatíveis estão na *prova*, e não na *narrativa*, *não há que se pensar em incoerência.*

Quando uma prova aponta em dois sentidos, isso não quer dizer que essa seja *inútil*, pois pode permitir que a convicção se forme em um dos sentidos, especialmente na dimensão da verossimilhança preponderante. Ou melhor, o fato de uma prova apontar em dois sentidos apenas *pode tornar mais difícil a elaboração da convicção, mas, justamente pela razão de que pode formar ou colaborar para formar a convicção, não pode ser descartada ou simplesmente conceituada como “equivoca” ou “imprestável”.*

i) A aceitação de que a prova *pode apontar em dois sentidos* e a consciência de que a convicção, apesar de não se submeter à lógica matemática, *deve ser demonstrada através de argumentos capazes de justificar racionalmente a decisão judicial*, enterra de vez por todas a idéia de pensá-las à distância do direito material e dos casos concretos que visam a elucidar.

Como visto, todo o percurso do raciocínio que leva à decisão se funda em critérios racionais que devem ser devidamente explicitados e justificados. *Esses critérios, como é evidente, são muito mais complexos e sofisticados que as simplistas idéias que partem do pressuposto de que a prova inequívoca pode ser definida quanto ao seu conteúdo e de que a convicção pode ser medida em graus.*

Tais critérios, assim como a sua justificativa, encontram plena racionalidade quando conectados ao direito material e ao caso concreto que devem servir. Aliás, a obviedade de que as necessidades do direito material e dos casos concretos são várias *é que aponta para a*

²³ Sobre a distinção entre o raciocínio decisório e o raciocínio justificativo, ver MICHELE TARUFFO, *Cinco lecciones mexicanas*. México: Escuela Judicial Electoral, 2003, p. 1 e ss.

impossibilidade de se definir, segundo critérios matemáticos, a modalidade de prova e o grau de convicção que devem presidir a tutela antecipatória.

Diante dela, *a única coisa que se pode definir, em princípio, é que a convicção do juiz, em razão de a decisão ter que ser tomada mediante cognição sumária – no curso do processo – em virtude de perigo de dano, deve seguir a lógica da verossimilhança preponderante.* Não é preciso dizer que isso está muito longe das idéias de graduação da convicção e de restrição da prova capaz de gerá-la, até porque essa maneira de pensar inviabilizaria a própria *elasticidade* que deve marcar a tutela antecipatória e, assim, *a sua possibilidade de atender* de forma adequada aos vários casos conflitivos concretos.

j) Evidenciada a necessidade de relacionar a convicção de verossimilhança com o caso concreto, cabe esclarecer, desde logo, algo que, apesar de óbvio, nunca foi considerado pela doutrina, certamente pelo péssimo vício de pensar o processo – e assim a prova, etc – como instituição neutra e indiferente ao direito material e ao caso concreto.

Quando a tutela jurisdicional (final) é realmente olhada pelo ângulo do direito material, torna-se fácil perceber que ela pode ser repressiva ou preventiva, isto é, posterior ou anterior a violação do direito, o que obviamente também acontece com a tutela antecipatória.

O que atrapalha tudo - e é reflexo do que acaba de ser denunciado, ou seja, de imaginar que as categorias do direito processual podem ser tratadas e conceituadas como se dissessem respeito somente ao processo – *é a tentativa de dissolver o conteúdo da tutela antecipatória na suposição de que não seria preciso identificar as peculiaridades e os pressupostos das diferentes tutelas fundadas em perigo, bastando conceituá-las como tutelas “de urgência” – que, assim, deixaria de ser um gênero que engloba várias realidades, mas sim uma realidade homogênea.*

Acontece que a idéia de tutela de urgência somente pode explicar algo que é interno ao processo e não como ele trata do direito material e dos casos concretos. A falta de identificação das tutelas que dão composição ao gênero “tutela de urgência” elimina a possibilidade de se explicar a convicção de verossimilhança e a justificação da decisão antecipatória, pois essas não são uniformes, ao contrário do conceito de urgência.

A circunstância de a tutela antecipatória, na perspectiva processual, poder ser conceituada como urgente, *obscurece o fato de que a tutela urgente pode ser repressiva e preventiva (inibitória) e as importantes implicações que essa constatação tem para o assunto que aqui interessa.*

k) Lembre-se de que a ação inibitória *é voltada para o futuro*, pois preocupada com o que vai acontecer, ou mais precisamente com a ameaça da prática, da repetição ou da continuação de um ato

contrário ao direito²⁴. Por isso, a tutela inibitória – final ou antecipada – deve ser prestada antes da prática do ato ilícito temido.

É preciso recordar que a própria tutela inibitória final se contenta com a verossimilhança da ameaça, e que a aceitação da redução da convicção do juiz, nesse caso, *resulta do direito material, ou melhor, da irracionalidade de se exigir uma convicção de verdade quando a única prova que pode ser feita aponta para o passado. A peculiaridade está em que na tutela inibitória final a convicção de verossimilhança basta apenas em relação à presunção decorrente da ligação entre a prova do fato passado e o fato temido (futuro), pois quanto ao fato passado deve haver convicção de verdade.*

Assim, no que respeita a ação voltada a impedir a repetição ou a continuação do ilícito, o juiz deve estar convicto de que o demandado já praticou ou iniciou um ato ilícito. Note-se que, nesses casos, deve existir convicção de verdade em relação ao fato passado (indiciário) e à ilicitude. *A probabilidade diz respeito apenas à presunção a ser estabelecida entre a prova do fato passado e o fato futuro. Ora, se o juiz não pode chegar à ameaça da repetição ou da continuação a não ser a partir da prova da violação já ocorrida, não é correto penalizar aquele que já sofreu o ilícito, pois a experiência mostra que o autor de um ilícito tem grande probabilidade de voltar à sua prática.*

Na outra modalidade de ação inibitória – denominada de “pura” -, em que não se teme a repetição ou a continuação do ilícito, mas sim a prática de um ilícito sem que nenhum ato anterior da mesma natureza tenha sido cometido, deve haver convicção de verdade em relação a atos preparatórios ou a fatos objetivos que possam indicar a verossimilhança da prática do ato temido. Da mesma forma que nas outras duas ações, aqui a convicção de verossimilhança diz respeito apenas à presunção sobre o fato temido, e não ao fato passado. Não há dúvida de que a convicção de verdade sobre os fatos passados, bem como sobre a ilicitude do fato temido, é suficiente para dar ao juiz a convicção necessária para conceder a tutela inibitória final.

Porém, tratando-se da tutela inibitória antecipada, a verossimilhança não atinge apenas a presunção. *Na hipótese de ação dirigida a impedir a repetição ou a continuação do ilícito, a verossimilhança também recai sobre o fato passado e a sua ilicitude, enquanto que, no caso da chamada ação inibitória “pura”, a verossimilhança igualmente incide sobre os atos preparatórios e a ilicitude do ato temido.*

Em qualquer uma dessas situações, a concessão da tutela inibitória antecipada deverá ser racionalmente justificada, mediante a referência das relações entre as provas e os fatos passados e a explicação do raciocínio-ponte entre tais provas e o fato temido, demonstrando-se, além disso, a

²⁴ Ver Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

probabilidade da sua ocorrência no curso do processo.

A importância de observar o direito material e o caso concreto, nesses casos, é facilmente constatável quando são consideradas as seguintes particularidades: i) que deve ser provado para a concessão da tutela inibitória apenas um *ato ilícito ou um ato preparatório*; ii) que o juiz deve ter apenas uma *convicção de verossimilhança preponderante* acerca desses atos; iii) que o raciocínio presuntivo deve se limitar a uma *verossimilhança preponderante* de que a prática, a repetição ou a continuação de um *ato contrário ao direito*, e não de um *dano*²⁵, ocorram no curso do processo.

Por outro lado, há casos em que uma norma de proteção – por exemplo, do consumidor – já foi violada, sendo necessário remover os efeitos concretos do ilícito através de tutela antecipatória. Nesse caso *basta apenas a convicção de verossimilhança da violação da norma, pouco importando o dano ou a sua probabilidade* - o qual, aliás, não importa nem mesmo para a tutela final. Quando o legitimado à proteção dos direitos do consumidor pede tutela antecipatória de busca e apreensão de produtos nocivos que foram postos à venda pelo réu, é suficiente que o juiz forme uma convicção de verossimilhança *acerca da violação da norma de proteção, sendo desnecessária a prova acerca de eventual dano*. O dano não pode ser discutido nessa ação de busca e apreensão, pois o que nela importa é apenas a necessidade de atuação do desejo da norma de proteção. Por isso, o juiz não pode deixar de conceder a tutela antecipatória, em um caso desse tipo, sob a alegação de que não há probabilidade do dano.

Note-se que na hipótese dos produtos nocivos *a convicção de verossimilhança recai sobre um ilícito já praticado e o perigo de dano é decorrência automática da sua constatação*. O que importa evitar, nessas situações, é pensar que o juiz deve se convencer *da probabilidade de dano*, ou que a tutela antecipatória requer a demonstração de que a venda do produto *pode gerar dano*.

É fundamental perceber que a tutela antecipatória na ação de remoção de ilícito, além de tomar em consideração um ilícito que já ocorreu, não objetiva evitar um ato futuro, mas apenas remover os efeitos concretos de um ato passado. Isso quer dizer que a prova, nesse caso, não se

²⁵ No que concerne à diferença entre probabilidade de ato contrário ao direito e probabilidade de dano, é conveniente esclarecer mediante um exemplo: em ação inibitória voltada a impedir a repetição do uso de marca comercial, é suficiente, para a concessão da tutela antecipatória, a convicção de verossimilhança de que o réu *utilizou indevidamente a marca comercial de titularidade do autor, pouco importando a probabilidade de dano*. É claro que o juiz deve referir a prova que lhe convence do uso indevido da marca - ainda que na dimensão da verossimilhança -, além de ter que explicar a razão pela qual lhe parece verossímil que o réu volte a utilizá-la antes do encerramento do processo. Porém, o autor sequer precisa aludir ao fato de que o uso indevido da marca pode gerar dano; basta a probabilidade da repetição desse uso. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, 3^a. ed., cit., p. 40-50.

volta para o futuro - como acontece na tutela inibitória antecipada –, dirigindo-se apenas para o passado.

A situação é diversa quando se considera a tutela de reparação do dano. Quando se pensa na tutela antecipada de soma em dinheiro na ação de indenização fundada em ato ilícito, por exemplo, importa a convicção de verossimilhança *do dano e da responsabilidade* e o *fundado* (portanto também a convicção de verossimilhança) receio de que, se o ressarcimento demorar, *outro dano poderá ocorrer*.

Perceba-se que a ação inibitória se preocupa com um *ato ilícito futuro*, a ação de remoção do ilícito com um *ato ilícito passado* e a ação de ressarcimento com um *dano já ocorrido*. Na ação inibitória, portanto, é preciso demonstrar que um fato passado aponta para uma ameaça de violação. Na ação de remoção de ilícito basta provar a ocorrência do ilícito. E na ação ressarcitória é preciso demonstrar o dano e a responsabilidade do demandado.

Tratando-se de tutela antecipada, a convicção deve ser compreendida na mesma perspectiva. Na tutela inibitória antecipada é preciso a convicção – de verossimilhança – de que foi praticado um ato e, além disso, que esse ato, segundo as regras de experiência, aponta para uma ameaça de violação, que poderá ocorrer no curso do processo. Porém, na tutela de remoção do ilícito antecipada é suficiente a convicção de verossimilhança de que foi praticado um ilícito, pois a ação de remoção não se preocupa com um ato futuro. O perigo de ato futuro, nessa ação, poderia estar relacionado, no máximo, com o tempo de demora do processo, ou seja, com a tutela antecipatória. Porém, nem mesmo esse perigo precisa ser objeto de prova, pois pode ser aferido a partir da própria razão de ser da norma de proteção violada. Vale dizer, *se a norma de proteção deseja evitar condutas capazes de provocar danos, a probabilidade da sua violação, por si só, já é suficiente para evidenciar o perigo na demora*. Como na ação de ressarcimento há que se demonstrar o dano e a responsabilidade, nada havendo para se alegar em relação ao futuro, o requerimento de tutela antecipatória somente se liga ao perigo na demora, isto é, à probabilidade da ocorrência de um novo dano ou de que o próprio dano que se deseja ver ressarcido seja potencializado. Aqui, ao contrário do que acontece na ação inibitória, basta apenas a demonstração do fato passado, sendo completamente desnecessário aludir a um fato futuro. O único fato futuro que requer demonstração, nesse caso, é o perigo na demora. Mas, esse perigo na demora, ao contrário do que acontece na inibitória, não é uma consequência da ameaça do ato futuro, ou mera decorrência da violação da norma, como ocorre na ação de remoção. Por isso, a prova do perigo na demora, nessa última hipótese, é mais delicada.

A necessidade da identificação de cada uma dessas tutelas é imprescindível não só para que as partes saibam o que deve ser discutido e provado em cada espécie de tutela antecipada, mas

também para que o juiz tenha condições de racionalmente expressar a sua convicção. Ora, *o juiz somente pode se dizer convencido se sabe do que deve se convencer. E as partes apenas podem controlar a motivação se sabem o que deve ser objeto do convencimento judicial.* Daí a importância de se deixar claro, por um lado, i) que a tutela inibitória não se preocupa com o dano e o elemento subjetivo, mas apenas com a probabilidade do ato contrário ao direito; ii) que a tutela de remoção do ilícito nada tem a ver com o dano e com a culpa, mas apenas com a ocorrência de um ato contrário ao direito; e iii) que a ação ressarcitória se liga ao dano e aos critérios de imputação da sanção ressarcitória. E, por outro lado, que o perigo na demora deriva i) da ameaça de violação na ação inibitória; ii) da própria violação na ação de remoção; iii) mas não é decorrência automática do dano.

Deixe-se claro, contudo, na linha do que se demonstrou até agora, que o valor da convicção depende da racionalidade da sua justificação, vale dizer, da descrição das relações entre as provas e os fatos e da explicação das presunções e das regras de experiência.

1) Por outro lado, é preciso frisar que o grande entrave da ação inibitória “pura” é a demonstração de atos que indiquem a probabilidade do ato temido. Aliás, é evidente que essas ações, ou os seus módulos probatórios, variam em razão das situações de direito que almejam tutelar.

Se a convicção de verdade, própria à sentença, pode ceder diante de certos casos concretos (como os relacionados a danos pré-natais ou a danos ligados ao não cumprimento de deveres de proteção), não há como negar que a convicção de verossimilhança, típica à tutela antecipatória, *também* deve ser pensada conforme as circunstâncias do direito material e do caso concreto, especialmente daquelas que indiquem dificuldade para a produção da prova.

Ou seja, não há como deixar de considerar a *dificuldade* de produção da prova, peculiar a uma dada situação de direito material, quando se pensa na convicção - seja ao final ou no curso do processo -, *pena de se negar tutela jurisdicional adequada a determinados direitos.* É nesse sentido - isto é, considerando que a dificuldade de prova pode decorrer de uma específica situação substancial - que se afirma que o juiz deve se satisfazer - para conceder a tutela final ou antecipatória - *com a “prova possível da alegação”.*

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

Assim, nas situações em que o direito material justifica a redução da exigência da convicção no final do processo e naquelas em que o direito material e o caso concreto apontam para a dificuldade de se produzir prova quando da tutela antecipatória, não há como deixar de elaborar critérios que possam auxiliar o encontro de um tratamento justo.

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

Nessa dimensão, diante da impossibilidade de produção de prova, importa como nunca a chamada *credibilidade das alegações*, que deve se basear em regras de experiência devidamente consolidadas na sociedade no momento da decisão. *A credibilidade das alegações*, assim como as *regras de experiência capazes de fundá-las, constituem critérios cuja racionalidade deve ser devidamente justificada*.

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

m) Outro importante critério, que pode auxiliar quando as versões do autor e do réu são igualmente verossímeis, é o do balanceamento *dos valores* em litígio. Esse critério, como é óbvio, exige a consideração do direito material, ou melhor, *do valor* dos direitos em colisão.

Trata-se de critério complexo, que somente pode ser compreendido por quem está convencido da necessidade de o processo civil servir ao caso concreto. O uso de tal critério requer que todos os demais critérios antes expostos – i) da relação entre as provas e os fatos, da explicação das presunções e da fundamentação das regras de experiência; ii) da coerência; iii) da congruência; e iv) da credibilidade das alegações – tenham sido insuficientes para evidenciar de que lado pende a verossimilhança.

Como ocorre em relação a todos os critérios destinados a explicar o raciocínio e a decisão judiciais, esse também deve ser racionalmente justificado. A sua utilização requer a prévia justificativa da sua necessidade diante dos outros critérios que, logicamente, devem lhe anteceder, e após as razões pelas quais um dos bens deve preferir o outro.

A justificativa da escolha de uma posição em relação à outra exige a consideração de outros critérios, que então podem ser chamados de sub-critérios. Assim, é preciso verificar se o direito do autor, que está sendo ameaçado por dano, tem natureza não-patrimonial ou patrimonial, e, diante disso, se ele pode ser: i) integralmente restaurado; ii) ressarcido em dinheiro; iii) dificilmente ressarcido em dinheiro; ou é iv) insuscetível de transformação em pecúnia. Por igual razão, é necessário analisar se o direito do réu possui natureza não-patrimonial ou patrimonial, e qual a intensidade do prejuízo que a concessão da tutela poderá lhe trazer, ou melhor, se a concessão da tutela poderá lhe ocasionar um prejuízo suscetível de restauração, ressarcível em dinheiro, dificilmente ressarcível em dinheiro ou insuscetível de ressarcimento, ainda que em pecúnia.

Essa argumentação parte do pressuposto de que a tutela antecipatória pode trazer prejuízo irreversível. Isso é inegável quando o juiz chega à convicção de que o direito do autor é verossímil, uma vez que a lógica que preside a tutela antecipatória é a do sacrifício do improvável em favor do provável²⁶. Ora, *ninguém pode concluir que o juiz pode deixar de proteger o direito ameaçado por dano, e que lhe parece provável, apenas para não expor a risco de dano o direito que lhe parece improvável*.

Mas, como já foi possível perceber, o problema, aqui, não é relacionado à tutela do provável, mas sim à tutela diante de dúvida sobre a verossimilhança. É conveniente sublinhar que essa “dúvida” somente abrirá oportunidade à inserção do critério que agora é exposto *quando não resultar da inércia do autor na produção da prova*.

Porém, quando tal inércia não aconteceu, e o critério da credibilidade, por si só, não se apresentou como suficiente, *o critério da ponderação* pode ser utilizado isoladamente ou mesmo conjugado com o da credibilidade. Voltemos, assim, aos sub-critérios há pouco apontados.

Não é difícil intuir que tais sub-critérios, para poderem explicar uma solução de forma racional, *devem ser relacionados*. E, diante deles, importa a prestação de caução, ainda que se admita a sua dispensa *em casos excepcionais*. Como é curial, a caução se destina a assegurar o prejuízo que pode ser imposto ao réu *e, assim, pode ser vista como um meio capaz de facilitar o balanceamento dos direitos*.²⁷

Quando o direito do autor é não-patrimonial ou, ainda que patrimonial, é não restaurável ou dificilmente ressarcível em dinheiro, esse deve preferir o direito restaurável ou ressarcível em dinheiro, quando então deve ser prestada caução. Contudo, alguém poderá dizer que a não patrimonialidade, a não restaurabilidade e a dificuldade do ressarcimento em dinheiro são

²⁶ Ver FERRUCCIO TOMMASEO, “Intervento”, in *Les mesures provisoires en procédure civile*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 307.

²⁷ Não que a caução não possa ser exigida *quando o direito do autor for verossímil*.

pressupostos para a concessão da tutela antecipatória, mas não admitem a presença de dúvida quanto à verossimilhança.

Essa tese finge ignorar que o juiz *pode ter dúvida* e, o que é pior, que essa dúvida *pode trazer prejuízo* ao titular do *direito fundamental* à tutela jurisdicional. Quem ignora essa situação, procurando simplesmente uma resposta mais cômoda às estruturas teóricas, obviamente não consegue explicar, ao menos de maneira racional, a razão pela qual a dúvida a respeito da verossimilhança – que é problema do Estado-Juiz – *deve onerar o autor*.

Ora, não se está dizendo que a tutela antecipada *deve ser concedida* quando o juiz *está em dúvida* quanto à verossimilhança, mas sim que o juiz deve utilizar o método do balanceamento como última alternativa *para realmente aferir a necessidade da tutela*. Como é óbvio, a aplicação do método do balanceamento e dos sub-critérios antes referidos podem permitir a conclusão de que a tutela antecipada não deve ser concedida.

Além disso, caso os pressupostos da tutela antecipatória em caso de verossimilhança *preponderante* fossem apenas esses, restaria excluída a possibilidade de se conceder tutela antecipatória ao direito que pode ser lesado, mas pode ser ressarcido em dinheiro. Em outros termos, a tutela antecipatória simplesmente não existiria para alguns direitos, uma vez que estaria sendo aceita a idéia de que *o direito verossímil, quando ressarcível, pode ser lesado* - conclusão que, de tão absurda, chega a ser curiosa. Ora, é completamente descabido imaginar que a lesão a um direito que pode ser ressarcido não configura, apenas por isso, dano grave.²⁸

Na verdade, o fato de o direito ameaçado de lesão ser ressarcível somente tem importância quando é aplicado o método da ponderação, pois é elemento que justifica a não concessão da tutela quando o direito do réu for não patrimonial, insuscetível de restauração ou dificilmente ressarcível²⁹.

Não é possível relacionar todas as situações que podem marcar os direitos do autor e do réu e delas extrair critérios que possam guiar os passos do juiz, já que isso é inviável, mesmo em um plano valorativo. Os critérios antes estabelecidos não se esgotam em si mesmos, *devendo ser necessariamente preenchidos diante do caso concreto*.

²⁸ A dificuldade que alguns vão ter para entender o que se está dizendo se prende ao fato de que a locução “dano grave” remonta a quase um século.

²⁹ Aliás, quando o direito ameaçado é ressarcível e o direito do réu pode ser irreversivelmente prejudicado, o método da ponderação pode ser aplicado mesmo no caso de verossimilhança preponderante. Nessa hipótese, diante da possibilidade de irreversibilidade, o método da ponderação será utilizado para a determinação da suficiência da própria verossimilhança.

Esses critérios, ao contrário do que se poderia pensar à primeira vista, não constituem simples “fórmulas”. Tais critérios trazem à luz algo que é comum quando se interpreta as normas, isto é, a necessidade de juízos de valor.³⁰ A diferença é a de que, no caso da decisão antecipatória, o juiz não está frente a um método de interpretação, mas apenas diante da necessidade de valoração das posições do autor e do réu.

Com efeito, o sistema proposto não constitui um método de interpretação. A interpretação da norma, ainda que exija valoração, objetiva conferir-lhe sentido³¹, enquanto que o balanceamento valorativo que se faz na tutela antecipatória tem o fim de encontrar uma solução para a dúvida que paira sobre os bens que colidem³².

Nessa linha tal sistema mais se aproxima a um método de decisão. Na realidade, importa frisar que o método de balanceamento não pode ser comparado a uma fórmula com critérios previamente definidos e capaz de entrar em ação assim que hipóteses concretas nela se enquadrem. É que os critérios referidos acima, que dariam conteúdo a essa fórmula, constituem *valorações* que *devem ser consideradas no caso concreto*. E é exatamente aí que tudo fica mais claro, pois se o juiz

³⁰ “E’ noto che il linguaggio delle norme è spesso di carattere valutativo (non solo quando esse enunciano principi generali o concetti indeterminati), e che di conseguenza scelte di carattere assiologico sono inevitabili e frequenti nel ragionamento che il giudice svolge intorno alle norme che applica. In ciò non vi è nulla di strano o di patologico: occorre però che il giudice sia anzitutto consapevole delle proprie valutazioni (e non le scambi quindi per giudizi di fatto o per dati *a priori*), e che –essendone consapevole- ne fornisca giustificazioni adeguate, indicando il criterio valutativo che ritiene di dover applicare (eventualmente spiegando le ragioni di questa scelta), e specificando come tale criterio fonda e giustifica il giudizio di valore che egli ha formulato nel caso concreto” (Michele Taruffo, La motivazione della sentenza, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 30, p. 687 e ss).

³¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6^a. ed., Lisboa: Almedina, 2002, p. 1223.

³² “*Le teorie per cui i giudizi di valore sarebbero null’altro che reazioni soggettive non razionalizzabili hanno fatto il loro tempo*, e soprattutto non sono applicabili alle valutazioni che il giudice formula in sede di decisione, poiché siffatta concezione delle scelte assiologiche non farebbe che legittimare l’arbitrio individuale del giudicante sottraendo il fondamento della decisione a qualunque sindacato esterno (...) *Di conseguenza, poiché i giudizi di valore sono spesso essenziali e determinanti per l’interpretazione e l’applicazione di norme*, va ribadita l’importanza fondamentale della giustificazione esplicita di tali giudizi nell’ambito della motivazione. Lo stesso principio vale –naturalmente- per le valutazioni che spesso hanno luogo nell’ambito dei giudizi sui fatti” (Michele Taruffo, La motivazione della sentenza, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 30, p. 687 e ss)

é obrigado a *valorar para resolver*, ele deve *justificar racionalmente a razão da sua opção*, considerando o sistema jurídico e as circunstâncias do caso concreto.

n) Por outro lado, dissemos, linhas acima, que a caução pode ser dispensada em casos excepcionais. Com esse espírito, o novo §2º do art. 588 do CPC estabeleceu que “a caução pode ser dispensada nos casos de crédito alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade”³³.

O objetivo dessa regra foi garantir o direito à tutela antecipatória a quem não pode prestar caução. Ou seja, a sua finalidade foi evitar que o direito à tutela antecipatória somente pudesse ser exercido por quem tivesse condições de pagar por ele.

Tal regra, embora instituída para evitar que o autor sem patrimônio não possa usufruir do direito à tutela antecipatória, partiu do pressuposto de que a prestação da tutela antes do término do processo deve fazer com que o autor garanta o dano que pode ser ocasionado ao réu.

Isso quer dizer que o juiz deve exigir caução do autor, exista verossimilhança preponderante ou dúvida sobre a verossimilhança, a qual somente deve ser dispensada quando a sua prestação for impossível e, *sopesadas as circunstâncias do caso concreto*, ainda restar necessária a concessão da tutela antecipatória.

Não foi por outra razão que a regra acima mencionada não aludiu somente a “crédito alimentar”, mas também fez questão de dizer que o autor, para ser dispensado da prestação da caução, *deve estar em “estado de necessidade”*.

Acontece que ninguém pode - ou deseja - definir o que é “estado de necessidade”, uma vez que isso deve ser deixado para o caso concreto. De modo que o valor de sessenta salários mínimos, fixado como teto máximo para a dispensa de caução, deve ser visto como uma mera referência.

Ora, se é irracional exigir caução em todos os casos, é igualmente irracional fixar um teto a partir do qual jamais existirá “estado de necessidade”, quando todos, e em qualquer hipótese, deverão prestar caução.

Nesse ponto alguém poderia se assustar, imaginando que estaria se dando ao juiz uma autorização em branco. Entretanto, a idéia que vem permeando o que estamos escrevendo é exatamente a de que a lei e a lógica matemática não podem mais pretender controlar o juiz - se é que um dia o controlaram -, embora isso não signifique, como é óbvio, que ele não deva justificar o que faz de modo racional.

Como vem sendo dito, o juiz presta conta do seu trabalho mediante a justificação racional das suas decisões. Por isso, ao dispensar a caução, deve demonstrar, através de argumentos

³³ Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. São Paulo: Ed. RT, 2003, 5ª. Ed. 2ª. Tir.

racionais, que a necessidade do autor justifica o risco de lesão ao réu. A falta de racionalidade desses argumentos pode ser demonstrada, quando então deverá ser deferida a imediata suspensão dos efeitos da tutela antecipatória.