Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

STANDARDS PROBATÓRIOS E TUTELAS DE URGÊNCIA[1]

STANDARDS OF PROOF AND EMERGENCY INJUNCTIONS

Tiago Bitencourt De David[2]

Gustavo Henrique Pacheco Belucci[3]

RESUMO: Diante do crescente interesse doutrinário e jurisprudencial sobre os *standards* probatórios, o presente artigo examina sua aplicação nas tutelas provisórias. O estudo aborda aspectos relevantes da cognição como pressuposto base para o desenvolvimento do raciocínio acerca dos *standards* probatórios para, em seguida, tratar da cognição sumária, preparando-se campo para estabelecer uma relação entre as tutelas provisórias e os *standards* probatórios. Da pesquisa realizada mediante a revisão bibliográfica nacional e estrangeira, cotejada com a experiência jurisprudencial e com o exame das fontes legais, resultou a constatação de que o legislador erigiu expressamente apenas a probabilidade (lógica) e que a gravidade da lesão sofrida pelo autor e a intensidade da medida jurisdicional eventualmente deferida são fatores que influenciam diretamente na fixação do *standard* probatório.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo legal; processo civil; direito probatório; standards probatórios; tutela provisória.

ABSTRACT: In view of the growing doctrinal and jurisprudential interest in standards of proof, this article examines their application in provisional injunctions. The study addresses relevant aspects of cognition as a basic assumption for the development of reasoning about evidentiary standards, and then deals with summary cognition, preparing the field to

[1] Artigo recebido em 27/09/2021 e aprovado em 03/11/2021.

[2] Doutorando em Direito (PUCSP). Mestre em Direito (PUCRS). Especialista em Direito Processual Civil (UNIRITTER). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil (Verbo Jurídico). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo / Espanha). Bacharel em Filosofia (UNISUL). Juiz Federal Substituto na Terceira Região. E-mail: tiagobd@hotmail.com. São Paulo/SP, Brasil.

[3] Doutorando em Direito Processual Civil (PUCSP). Mestre em Direito Processual Civil (PUCSP). Advogado em São Paulo, SP, Brasil. E-mail: gustavo.belucci@gmail.com.

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

establish a relationship between provisional injunctions and standards of proof. The research carried out through the national and foreign bibliographic review, compared with the jurisprudential experience and with the examination of legal sources, resulted in the finding that the legislator expressly erected only the probability (logical) and that the severity of the injury suffered by the author and the intensity of the judicial measure eventually granted are factors that directly influence the establishment of the standards of proof.

KEYWORDS: Due process of law; civil procedure; evidence law; standards of proof; emergency injunctions.

1. INTRODUÇÃO

Não é novidade para nenhum estudioso do Direito Processual Civil, que o paradigma atual do processo moderno repousa na celeridade, especialmente com vistas à precipitação do tempo para a satisfação do direito do autor, sem que se proporcione lesão à direito das partes.

Para combater esta demora, sucessivas modificações foram realizadas na legislação pátria, visando criar, por intermédio da lei, uma cultura apropriada ao desenvolvimento célere da relação processual (evidência que é encontrada no Código de Processo Civil de 2015, em especial nas normas fundamentais de processo – artigo 4º).

Em território nacional, a propósito, a celeridade e eficiência são qualidades perseguidas desde os tempos do Brasil Império, com a primeira Constituição de 1824, que introduziu a ideia do "prazo razoável" no nosso ordenamento (artigo 179, inciso VIII) até os dias de hoje, com o Código de Processo Civil de 2015, incumbido da missão de lidar com o enorme número de processos em curso no país.

Arruda Alvim[4], embasado na doutrina francesa e, em especial, nas lições de Roger Perrot, afirma que as demandas do século XIX, tais como questões referentes ao direito à propriedade, sucessão ou atinente aos regimes matrimoniais, não exigiam um processo

[4] ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil***.** 18ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 721.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

cautelar expedito e permitiam que se esperasse uma solução final, até por tempo dilatado. A ordem jurídica do liberalismo, fora instruída com os olhos voltados para a burguesia emergente que, naturalmente, possuía recursos para suportar a espera da sentença e da coisa julgada. Para a classe social dominante fazia-se preferível aguardar desfecho seguro do processo, do que obter, com celeridade, soluções provisórias, passíveis de revogação posterior.

Em território nacional, a Lei nº 8.952/94, que modificou diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, trouxe a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor, caso cumpridos determinados requisitos. Cumpre salientar, que na lição de Eduardo Arruda Alvim, antes desta criação legislativa e diante da ausência de um instrumento adequado, era comum a utilização de ações cautelares visando a antecipação dos efeitos da tutela de mérito e o juiz, por sua vez, se via levado a conceder, via cautelar, provimento jurisdicional que, de regra, só poderia ser concedido após cognição exauriente, na ação principal[5].

O tema, entretanto, já não era novidade na Europa, em especial, na Itália, na segunda metade do século XIX, onde entreviu-se um poder geral de cautela, que poderia ser exercido pelo juiz, diante da configuração de dois requisitos, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Este poder geral de cautela, inclusive, estava dissociado da estrita tipicidade das cautelares.

E assim, em tempos atuais, pode-se afirmar que, em prol de uma relação processual mais célere é justificável a antecipação dos seus resultados práticos, não só por ser desarrazoada a espera diante grande probabilidade de resultado final, mas por ser danoso ao jurisdicionado, que experimentará, muitas vezes, consequências desagradáveis desta espera, como danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Essa aceleração do pronunciamento jurisdicional, por sua vez, demanda a análise sobre o objeto da cognição e da prova necessária ao provimento jurisdicional provisório, de modo a ensejar a pesquisa sobre as espécies de cognição e os *standards* probatórios. Afinal, é necessário debater acerca de qual o grau de demonstração deve ser exigido para que, em uma cognição superficial, emita-se provimento jurisdicional de emergência diante da impossibilidade de espera pelo julgamento decorrente de cognição exauriente.

[5] ALVIM, Eduardo Arruda. *Antecipação da tutela.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 18.

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Deste modo, o presente artigo visa construir a ideia a importância do tema, da seguinte maneira: a) em primeiro lugar será explorada a cognição, sua técnica e aspectos relevantes; b) no segundo capítulo será abordado o conceito dos *standards* probatórios, sua relevância e relações com as tutelas provisórias e o pouco apreço pela doutrina brasileira sobre o tema e; c) no terceiro capítulo será abordada a correlação entre graus de comprovação, espécie de cognição, perigo na demora e intervenção minimamente necessária na esfera jurídica do demandado.

2. A COGNIÇÃO

A cognição é, notadamente, um ato de inteligência, consistente em analisar e valorar as provas produzidas pelas partes, bem como suas razões e fundamentos.

Apresenta, pois, a cognição, um caráter inegavelmente lógico, realizando o juiz uma sequência de atos, concatenados subsequentes, com o intuito de se aparelhar e julgar a demanda procedente, ou improcedente, ou ainda declarar a vontade concreta da lei, retirando do plano abstrato, tornando-se necessária no momento em que o Estado avoca para si o monopólio da justiça, interpondo-se entre os homens em conflito de interesses.

É, portanto, através da cognição que o magistrado vai analisar a prova, imprimir seus valores a este raciocínio e determinar a substituição da vontade das partes, aplicando o direito ao caso concreto.

E do ponto de vista doutrinário, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade), podendo ser plena ou limitada, segundo a extensão permitida e, no vertical, considerando-se sua profundidade, em exauriente e sumária.

Com a combinação dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais.

E para fins do presente artigo, com esta introdução, importa analisar, em mais detalhes e reflexos, a cognição sumária, para em seguida relacioná-la com a tutela provisória.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

2.1. A cognição sumária

A cognição sumária será realizada em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para a antecipação do provimento final, nos casos permitidos em lei, ou ainda em virtude da particular disciplina da lei material, faz-se suficiente a cognição superficial e incompleta para a concessão da tutela reclamada.[6]

Na classificação acima apresentada, o vocábulo "sumária" ficou reservado, unicamente, à cognição superficial que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de dado processo.

A expressão "cognição sumária", assim entendida, tem alcance diverso daquele que lhe dá Chiovenda, que contrapõe a "cognição sumária" à "cognição plena e completa, ou cognição ordinária", tendo, portanto, a acepção de "cognição incompleta, já porque não definitiva, já porque parcial, já porque superficial[7].

Aspecto relevante para a compreensão da cognição sumária é apontado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sobre a correlação entre cognição sumária e participação das partes. Conforme Marinoni e Arenhart[8], o que caracteriza o juízo de verossimilhança é a restrição à oportunidade das partes de influenciar eficazmente o julgador.

Ainda a respeito da cognição sumária, especialmente quando exercida *inaudita altera parte*, é a observação de Michele Taruffo[9] quando aponta que se tem apenas uma apresentação unilateral dos fatos e a comprovação dos mesmos enquanto fatos constitutivos do direito do autor, sem que se permita à outra parte a apresentação de outra versão sobre os acontecimentos, contraprova em face do que alega o demandante e a demonstração de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor. Assim, a sumariedade da cognição quando exercida *in limine litis* não apenas implica na tomada de decisão em um

[6] WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil.* 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.
[7] WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.
[8] MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 83.
[9] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução do italiano para o espanhol de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011, p. 497-503. No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: analisada à luz das garantias constitucionais da ação e do processo.* 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 117.

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

cenário de limitação probatória, mas também em uma ocasião onde apenas uma parte dos fatos é apresentada e nem mesmo essa parte pode, ainda, ser refutada pela outra parte.

2.2. Tutelas de urgência e espécies de cognição

Conforme Kazuo Watanabe[10], a probabilidade e a verossimilhança têm graus e tais graus implicam numa maior ou menor necessidade de atividade probatória a ser desenvolvida no processo. Nessa linha, seria possível estabelecer a seguinte graduação: relativamente a determinado objeto, é possível uma mínima probabilidade, que denomina verossímil, uma probabilidade média, que chama de provável, e a probabilidade máxima, que seria o probabilíssimo.

Dada a dificuldade de estabelecer-se uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro. Tomada como referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações mencionadas (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro.[11]

Desta forma, evidencia-se a cognição sumária, como: a) uma técnica de extrema relevância para a concepção de processos com procedimentos diferenciados e mais bem preordenados à efetiva tutela de direitos materiais e; b) destina-se à concepção de procedimentos ágeis, rápidos e de compasso ajustado ao ritmo da sociedade moderna.

Dentro deste contexto, as tutelas de urgência são decididas em sede de cognição sumária, justificando-se a superficialidade do conhecimento da causa em face da situação emergencial a tornar inviável a espera impassível por uma decisão fundada em juízo exauriente. Além da sumariedade, a prestação jurisdicional de emergência é marcada pela provisoriedade.[12]

[10] WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil.* 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.
[11] WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil.* 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.
[12] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: analisada à luz das garantias constitucionais da ação e do processo.* 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 161. Ainda segundo o autor, uma outra característica das tutelas de urgência é a da instrumentalidade, mas, ainda que tal aspecto fique claro nas medidas cautelares, parece difícil dizer o mesmo a respeito dos provimentos antecipatórios, a não ser aquela instrumentalidade própria do processo em geral.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Estabelecidos, portanto, os conceitos fundamentais acerca da cognição e da cognição sumária, ligando-se à tutela provisória, passa-se à exploração dos *standards* probatórios, um assunto ainda pouco debatido em território nacional.

3. OS *STANDARDS* PROBATÓRIOS E AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Contextualizada a tutela de urgência, impõe-se que se correlacione o estofo probatório necessário à sua concessão, averiguando-se a existência de um padrão legal de referência e fatores que influenciam na interpretação da exigência.

3.1. *Standards* probatórios

Na visão de Ravi Peixoto[13], o *standard* de prova é um instrumento de distribuição dos riscos de erros sobre a decisão dos fatos, por exemplo, uma falsa condenação (falso positivo) ou uma falsa absolvição (falso negativo), na decisão condenatória penal. Cabe, assim, a cada ordenamento jurídico, a partir da valoração dos bens jurídicos em jogo, aumentar ou diminuir a exigência probatória, alterando a probabilidade dos riscos de erros.

O objetivo do *standard* probatório também é ser um guia para melhorar o controle intersubjetivo das decisões fáticas, uma vez que é fixado pelo juiz ou formulado com a mescla da discricionariedade do órgão julgador. Como aduz Carlos Augusto Silva[14], os *standards* de prova contribuem para uma maior discussão sobre a apreciação da prova no sistema da *civil law*.

Na decisão sobre os fatos, para além da valoração das provas, há um momento posterior e indispensável da decisão relativo à seguinte verificação: se, uma vez avaliadas as provas, elas atingem um nível mínimo de suficiência para que se possa ter como provada uma hipótese fática.

[13] PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 2. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59569. Acesso: 20/08/2021, p. 588.
[14] SILVA, Carlos Augusto. A resolução da dúvida sobre os fatos na história do Direito Probatório. *In*: RODRIGUES, Walter dos Santos; SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. *O novo Código de Processo Civil: garantias fundamentais do processo: um desafio ao novo CPC.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 198.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Marinoni, Arenhart e Mitidiero[15], indicando a estatística presente no estudo de William Twining, apontam dados interessantes, que demonstram como a análise destes elementos - fatos e provas, estão presentes na rotina do operador do direito e seu estudo pormenorizado é indispensável (mesmo tratando-se de dados um tanto exagerados, como o próprio autor afirma, a lição é ilustrativa):

> [...] certa vez foi sugerido que 90 por cento dos advogados gastam 90 por cento do seu tempo lidando com fatos e que isso deveria ser refletido em seus treinamentos. Se 81 por cento do tempo dos advogados é gasto em uma coisa, daí decorre que 81 por cento da educação jurídica deveria ser devota a isso. Existem alguns cursos isolados sobre descoberta dos fatos (*fact-finding*) e congêneres, mas nenhum instituto tem tido um programa completo em que a principal ênfase seja em análise dos fatos. Eu proponho que nós centremos nosso currículo neste princípio e que nós chamemos nosso grau um Bacharel de Fatos.

O *standard* probatório deve ser compreendido, portanto, como o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo ordenamento jurídico, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada, e assim, através da prova, reconstituída determinada situação, com a decisão judicial.

E os critérios de valoração de prova atuam em relação às inferências probatórias para identificar o seu grau de confirmação. Por outro lado, o *standard* de prova visa responder à questão se o grau atingido é suficiente para uma tomada de decisão; trata-se, então, de uma regra de decisão. O primeiro é invariável, sendo os critérios para valorar uma prova independentes do direito material, já o *standard* é variável a depender do tipo de fato típico concreto, como afirma Ravi Peixoto.

E, com base nestas lições, é possível verificar que os *standards* probatórios possuem três principais funções: a) orientação dos sujeitos processuais; b) guia objetivo para a avaliação das provas (heurística) e c) distribuição dos riscos. Em relação à função de orientação, o *standard* tem por um de seus objetivos a diminuição da natural incerteza

[15] TWINING, William. Rethinking evidence – exploratory essays. Evamton: Northwestern University Press, 1994, p.12 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 243.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

encontrada nos julgamentos sobre os fatos – dentre eles os proferidos pelo Poder Judiciário –, ao servir como um guia de atuação dos diversos sujeitos processuais.[16]

A questão se lança sob a luz da proporção, sendo que quanto maior a exigência probatória para um dado direito material, maior a necessidade de carga probatória.

Nos países da *civil law*, a definição dos *standards* probatórios cumpre, primordialmente, ao legislador, cabendo ao mesmo a definição sobre a alocação dos riscos relativos ao desempenho dos encargos probatórios – e por isso a relevância da tentativa de identificação, primeiramente, na lei, acerca da (in)existência de standards probatórios sobre, no presente caso, a decisão sobre tutelas de urgência -, diferentemente do que ocorre na *common law* onde tal tarefa é cumprida pela jurisprudência.[17] Conforme Ravi Peixoto[18]:

> Esse raciocínio é ainda mais relevante no contexto dos países do *civil law*, em que há prevalência do direito legislado. Não por acaso, nos países que se utilizam dos estândares, no direito penal, tais como Chile, Colômbia e Itália, coube ao legislador a escolha do standard aplicável. Essa situação, por outro lado, não é verificada nos países do *common law*, onde geralmente a tarefa de fixação dos standards pertence ao próprio Poder Judiciário, possibilidade que não é desejável para os países do *civil law*. Para além da questão da legitimidade, há a dificuldade relativa à segurança jurídica, face à difícil relação com a obrigatoriedade dos precedentes.

Na *common law*, mais especificamente nos Estados Unidos, a jurisprudência definiu, basicamente, três standards probatórios, a saber, o da preponderância de provas (*preponderance of evidence*) para as causas cíveis comuns, prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) para o os processos civis especiais e prova além da dúvida razoável (*proof beyond any reasonable doubt*) aplicável para as condenações criminais.[19]

É possível, inclusive, neste particular, estabelecer uma conexão entre os *standards* probatórios e o direito jurisprudencial, tão valorizado pelo Código de Processo Civil de 2015,

[16] PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 2. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59569. Acesso: 20/08/2021, p. 596; PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro***.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 69 ss.
[17] PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro.* Salvador: Juspodivm, 2021, p. 74.
[18] PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 2. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59569. Acesso: 20/08/2021, p. 600/601. Igualmente: PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro.* Salvador: Juspodivm, 2021, p. 74.
[19] PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro.* Salvador: Juspodivm, 2021, p. 159-175.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

em especial na redação dos artigos 926 e 927, deixando a cargo dos tribunais superiores, a uniformização, ou, no dizer de Teori Albino Zavascki[20], a função nomofilácica, na concepção de Calamandrei.

Uma vez definidos tais parâmetros de decisão e devidamente enquadrados no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, tais decisões deverão ser observadas pelas instâncias inferiores, em maior ou menor grau, considerando a força dos precedentes.

Tal situação se justifica, como aponta Mauro Capelleti, o recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas e conhecidas como critérios para solução da crise atual que se experimenta com o acesso à justiça (também conhecidas por ondas renovatórias). Para este momento específico, é interessante ressaltar a terceira onda, onde se tem no Código de Processo Civil de 2015, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo, com o direito jurisprudencial[21].

Com estas colocações, analisa-se agora, as relações entre os standards probatórios e as tutelas provisórias em geral.

3.2 *Standards* probatórios e cognição sumária

[20] Tais lições foram lançadas quando do julgamento da RCL 4335/AC, julgada pelo STF: "Pois bem, esse panorama ilustra a inequívoca força ultra partes que o sistema normativo brasileiro atualmente atribui aos precedentes dos tribunais superiores e, especialmente, do STF. Daí a precisa observação do professor Danilo Knijnik: embora não seja certo "dizer que o juiz brasileiro, p. ex., está jungido ao precedente tanto quanto o estaria um juiz norte-americano ou inglês", também "será falso, mormente na atualidade, dizer que o precedente é uma categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio, ou que tem apenas uma força meramente persuasiva" (Knijnik, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 59). Esse entendimento guarda fidelidade absoluta com o perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilácica – entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme –, funções essas com finalidades "que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente" (Calamandrei, Piero. *La casación civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo".

[21] Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira 'onda' desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso à justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo". (CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 31 e ss.).

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

No que tange aos *standards* probatórios e a tomada de decisões em sede de cognição sumária, cumpre lembrar, inicialmente, que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (art. 273, *caput*) exigia-se prova inequívoca que fosse capaz de revelar a verossimilhança das alegações para que fosse concedida a antecipação de tutela. A exigência de prova inequívoca capaz de convencer sobre a verossimilhança das alegações era um dos poucos balizamentos legais que poderiam funcionar como *standard* probatório em sede de cognição superficial.

Outra norma que servia de parâmetro probatório dizia respeito à cautelar de arresto consistindo na exigência de prova literal de dívida líquida e certa cumulada com a necessidade de prova documental do perigo na demora (art. 814 do Código de Processo Civil de 1973).

Atualmente, o art. 300 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece dois pressupostos à concessão da tutela de urgência, indiferentes, se de natureza antecipada ou cautelar, sendo eles: a) a probabilidade do direito e; b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A probabilidade do direito, por sua vez, desdobra-se em dois aspectos, a saber: o da relevância dos fundamentos jurídicos e o da verossimilhança da ocorrência do fato alegado.[22] E, na presente pesquisa, interessa o grau de demonstração necessário para que se tenha como aceitável, em cognição sumária, a alegação fática que consiste na segunda dimensão da probabilidade da existência do direito invocado.

Quanto ao outro elemento consistente no perigo na demora, tem-se como necessária a demonstração do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Sobre o ponto, Ravi Peixoto[23] aduz que "o requerente da tutela provisória deve ser capaz de demonstrar que é provável a situação de urgência.". Todavia, não emerge do texto do Código de Processo Civil de 2015 qual o parâmetro para considerar-se como demonstrada a situação de urgência.

[22] PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro.* Salvador: Juspodivm, 2021, p. 309-313.
[23] PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro.* Salvador: Juspodivm, 2021, p. 318.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Destaca-se, ainda, que na análise da viabilidade de concessão de uma tutela de urgência o juiz trabalha sempre com elementos não exaurientes, sendo seu objetivo principal proteger ou não o direito do autor prestes a perecer.

Feitas essas brevíssimas considerações, passa a ser analisada a correção entre fatores que influenciam na consideração da probabilidade das alegações fáticas feitas pelo postulante da intervenção jurisdicional de emergência.

No Código de Processo Civil de 2015, após anos de críticas doutrinárias, suprimiu-se a exigência de "prova inequívoca" para o deferimento da tutela antecipatória e, com o desaparecimento das previsões normativas sobre as ações cautelares em espécie, deixou de existir um conjunto de exigências específicas para a concessão do arresto. Veja-se, ainda, que não foi apenas a expressão "prova inequívoca" que foi suprimida, mas igualmente a de "verossimilhança". Ao deixar-se de utilizar-se o termo "verossimilhança" e substituí-lo por "probabilidade", a codificação acolhe conhecida crítica de Michele Taruffo[24] no sentido de que a *verossimilhança* diz respeito ao quão crível é uma narrativa à luz do que ordinariamente acontece, ao passo que versão dos fatos lastreada em provas é que pode ou não se mostrar *provável*.

Na codificação atual, o *standard* probatório relativo aos provimentos de emergência foi centralizado na figura da probabilidade do direito (art. 300, *caput*) enquanto probabilidade da correspondência da alegação fática ao efetivamente ocorrido.

Essa probabilidade vem sendo compreendida por José Roberto dos Santos Bedaque[25] enquanto verossimilhança e, segundo o doutrinador[26], não se coloca a questão a respeito do "grau" de probabilidade a ser alcançado para o deferimento da medida emergencial. Para Eduardo José da Fonseca Costa[27] a probabilidade exigida pelo art. 300, *caput*, do atual CPC,

[24] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos.* Tradução do italiano para o espanhol de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011, p. 503-515; TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.* Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 111 ss.
[25] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: analisada à luz das garantias constitucionais da ação e do processo.* 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 351.
[26] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: analisada à luz das garantias constitucionais da ação e do processo.* 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 351.
[27] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Artigo 300. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil***.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 429.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

consiste no conhecido *fumus boni iuris* entendido enquanto aparência, verossimilhança. Também equiparam probabilidade e *fumus boni iuris* Leonardo Ferres da Silva Ribeiro[28].

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[29] concebem o requisito legal sob exame enquanto "convicção de verossimilhança". Todavia, a expressão verossimilhança constava do Código de Processo Civil de 1973 e foi suprimida, juntamente com a exigência de prova inequívoca, no que tange à concessão das tutelas de urgência, o que parece desaconselhar a continuidade do uso da expressão, até mesmo porque setor relevante da doutrina propôs a diferenciação entre verossimilhança e probabilidade, tendo o codificador utilizado apenas esta última expressão.

Não se pode deixar de registrar que é bastante interessante a diferenciação que Luiz Guilherme Marinoni[30] faz ao diferenciar o *standard* necessária para a concessão de uma tutela de urgência basta que "o material trazido ao processo indique o direito do autor é mais provável do que o do réu" diferentemente do que se impõe quando da cognição exauriente quando faz-se necessária a "convicção de verdade". Conforme Marinoni[31], a preponderância da probabilidade do direito de uma parte basta para a concessão do provimento emergencial, mas isso não satisfaz, exceto em situações excepcionais, o quanto exigido para o julgamento de caráter definitivo. Essa lição – na parte em que se refere à decisão fundada em cognição exauriente - é muito parecida com aquela de Jordi Ferrer-Beltrán[32] quando este aduz que "um mínimo aporte probatório favor de uma hipótese em conflito em um processo civil não faz decantar a balança da prova a seu favor".

O problema é que uma leve prevalência da versão do autor pode ser insuficiente para a concessão da tutela de urgência quando se consideram a envergadura do perigo na demora, a intensidade da intervenção do provimento na esfera jurídica do demandado e a ausência de

[28] RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 208.
[29] MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 354 e 355.
[30] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 147. Em igual sentido: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 123.
[31] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 144.
[32] FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova***.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 177.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

oportunização do exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa quando a medida emergencial é postulada *in limine litis*. Portanto, a preponderância, a depender das circunstâncias, pode não bastar para a concessão da medida postulada.

Sobre a espécie de probabilidade exigida, Daniel Mitidiero[33] esclarece que se trata daquela de caráter *lógico* – e não estatístico. Em geral, a doutrina jurídica[34] concebe a probabilidade em termos lógicos, ao invés de estatísticos, enfatizando a necessidade do estofo probatório da asserção fática em detrimento da frequência da ocorrência de tal sorte de acontecimentos no mundo.

Desse modo, o *standard* legal para a concessão de tutelas de urgência é o da *probabilidade*, entendida a mesma enquanto probabilidade *lógica* – e não estatística -, sem que se tenha estabelecido qual o grau de probabilidade ou qualquer adjetivação, mas isso não exclui a articulação de outros fatores juridicamente relevantes para que se exija uma probabilidade maior ou menor, interpretando-se sistematicamente o ordenamento jurídico.

Por outro lado, como já apontado acima, não há um *standard* probatório para que se repute comprovado o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

3.3 *Standards* probatórios e intensidade da afetação do bem jurídico

O *standard* probatório possui correlação não apenas com a espécie de cognição, mas também com os bens jurídicos em jogo quando da alocação dos riscos de assunção de um fato como provado. Por isso, existe uma tendência a exigir-se prova mais robusta para condenar-se alguém por improbidade administrativa do que se faz necessário para o édito condenatório em uma ação cível de natureza exclusivamente patrimonial e, de igual modo, a prova necessária para a condenação de alguém por um crime tende a ser mais contundente

[33] MITIDIERO, Daniel. Artigo 300. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2015, p. 782.
[34] Exemplificativamente: CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil.* São Paulo: RT, 2016, p. 91-97; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova.* Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 142-198; SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências***.** São Paulo: RT, 2020, p. 192-202.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

do que aquela suficiente para a sentença de procedência nos demais casos.[35] Como aponta José Paulo Baltazar Júnior[36], no mínimo vê-se uma distinção, feita pela jurisprudência, entre a prova necessária para a condenação cível e criminal, exigindo-se acervo probatório mais forte neste último caso.

Por isso, a gravidade do mal justamente temido por quem pede a prestação jurisdicional de emergência e a intensidade da medida na esfera jurídica de quem vê-se constrangido ao cumprimento da tutela de urgência são fatores que influenciam diretamente na fixação do *standard* probatório necessário para a concessão da medida postulada. Afinal, o risco de um mal gravíssimo ao postulante pressiona a exigência probatória em direção a uma menor medida, ao passo que a afetação mais intensa no patrimônio jurídico do afetado pelo provimento impõe que se eleve o grau de exigência. E, dada a capacidade orientadora dos *standards* probatórios e seu potencial para o controle intersubjetivo das decisões judiciais, é interessante que fiquem claros os graus de exigência para que se aceite determinada asserção fática e os fatores que contribuem para tanto.

Nessa mesma linha, vem sendo reconhecida a tendência a exigir-se uma prova mais segura para a concessão de medidas antecipatórias do que se espera para o deferimento das medidas assecuratórias, bem como o cotejo entre a gravidade do dano a ser prevenido e o grau de probabilidade da existência do fato alegado[37].

Na lição de João Batista Lopes[38], de acordo com a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, modalidades diversas de tutela jurisdicional diferenciada foram agrupadas sob a rubrica tutela provisória, sendo elas: a tutela antecipada, a tutela cautelar e a tutela da evidência – e tais espécies são inconfundíveis, vez que a tutela antecipada pressupõe grau de probabilidade mais elevado que a tutela cautelar. A cognição, como tratado anteriormente,

[35] KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43. Ainda nesse sentido, apenas ressalvando os crimes cuja condenação não seja ao cumprimento de pena privativa de liberdade: PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro.* Salvador: Juspodivm, 2021, *passim*.
[36] BALTAZAR JR, José Paulo. Standards probatórios. *In*: KNIJNIK, Danilo. *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 164-166.
[37] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Artigo 294. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 415-417; PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro.* Salvador: Juspodivm, 2021, p. 319 e 320.
[38] LOPES, João Batista. ASSIS, Carlos Augusto de. *Tutela provisória.* Brasília. Gazeta Jurídica, 2018, p. 168-169.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

também difere: na tutela cautelar é menos ampla que na antecipada. A tutela antecipada tem caráter satisfativo, enquanto a cautelar é de garantia. Por fim, o que caracteriza a tutela da evidência não é só a exigência de alto grau de probabilidade, mas também a dispensa do *periculum in mora*.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Fernando Gajardoni[39], ao afirmar que continua a ser necessário maior grau de probabilidade na tutela de urgência antecipada do que na de urgência cautelar, considerando que a satisfatividade advinda da antecipação de tutela depende de um grau de segurança que, de ordinário, não se exige na tutela cautelar (conservativa). Exige-se, para a satisfação imediata do direito (ainda que provisoriamente), um grau de convicção mais acentuado do que o necessário para conservar o direito à espera de uma decisão final. Não uma convicção tão grande quanto na tutela de evidência, porém maior do que na tutela cautelar. Isso, evidentemente, não afasta o reconhecimento de que também há diferenças no *periculum in mora* exigido para a concessão da tutela cautelar e o exigido para a concessão da antecipada.

Por sua vez, o perigo na demora, quanto mais elevado, mais pressiona para baixo a exigência da demonstração da probabilidade do direito, ao passo que um elevado *fumus boni iuris* alivia o ônus da comprovação do *periculum in mora*, de modo que ambos elementos influenciam-se reciprocamente, não se revelando estanques.[40]

A importância do bem jurídico que corre perigo no caso de ausência de imediata intervenção jurisdicional, por sua vez, também influencia na compreensão do *standard* probatório da probabilidade na medida em que o risco de mal mais grave atenua a necessidade de verossimilhança da asserção de fato. Basta pensar na diferença de relevância que possui a saúde de alguém que precisa de uma cirurgia de urgência e aquela outra situação onde pede-se a concessão de ordem judicial para que se permita a renovação de certidão de regularidade fiscal.

[39] GAJARDONI. Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC/15.* Parte Geral. São Paulo: Método, 2015, p. 875 e 876.
[40] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Artigo 294. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 415-417; PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 319 e 320. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 3ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2018, p. 208-210.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Por sua vez, o impacto que a medida concedida possuirá na esfera jurídica de quem se verá compelido a cumpri-la é outro fator a ser seriamente considerado, tanto que, por isso, a lei chega a proibir seu deferimento nos casos de irreversibilidade (art. 300, § 3º, do CPC). E, como bem pontua José Roberto dos Santos Bedaque[41], "a tutela de urgência deve limitar-se ao estritamente necessário para evitar esse dano". Disso infere-se, em termos probatórios, que quanto maior a intensidade da intervenção, mais contundente precisa ser a prova do alegado.

4. CORRELAÇÃO ENTRE GRAUS DE COMPROVAÇÃO, ESPÉCIE DE COGNIÇÃO, PERIGO NA DEMORA E INTERVENÇÃO MINIMAMENTE NECESSÁRIA NA ESFERA JURÍDICA DO DEMANDADO

A aferição dos pressupostos para a concessão das tutelas de urgência impõe, como apontado acima, uma articulação entre a espécie de cognição, o perigo na demora, a probabilidade da existência do direito alegado – que, por sua vez, compõe-se de uma dimensão jurídica e outra fática – e a intensidade da afetação da esfera jurídica de quem se vê compelido ao cumprimento da ordem judicial.[42]

E é nesse contexto que a prova necessária para o acautelamento tende a ser menos exigente do que aquela que se impõe para a antecipação – porém, não é o tipo de medida, *por si só*, que determina o *standard* probatório.

A concessão de uma antecipação de tutela para retirada do nome do autor de cadastro restritivo de crédito é probatoriamente menos exigente do que uma cautelar de arresto. Essa exigência maior para a concessão de uma medida acautelatória do que para um provimento antecipatório decorre do grau de intervenção intenso sofrido pelo atingido pelo arresto que é muito mais gravoso do que aquele experimentado por quem se vê constrangido a atender ao comando antecipatório.

[41] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: analisada à luz das garantias constitucionais da ação e do processo.* 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 352.
[42] FERREIRA, William Santos; HOLZMEISTER, Verônica Estrella V. Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 296/2019, p. 9 (versão digital), Out/2019.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

A necessidade de prova mais robusta para a concessão de medida antecipatória do que acautelatória ocorre quando se tem por referência o mesmo bem da vida. Assim, a entrega antecipada ao autor de coisa perseguida demanda maior probabilidade do que aquela necessária à retirada do réu e depositada nas mãos de terceiro da confiança do juízo. Nesse sentido, tendo em vista as possibilidades de antecipação e acautelamento da mesma coisa, a entrega ao autor soa mais gravosa e, por isso, medida mais exigente em termos de probabilidade. Aliás, por isso a doutrina vem reconhecendo que *periculum in mora* e *fumus boni iuris* são aspectos que se comunicam e se compensam.

A concessão, por sua vez, de medida de emergência fundada exclusivamente no *periculum in mora*, por mais elevado que seja, não pode ser admitida[43]. Por maior que o perigo que seja, há de ser reconhecida uma certa probabilidade, ainda que baixa, de existência do direito invocado, o que, em outros termos, pode ser entendido e denominado de plausibilidade jurídica. Assim, em situações absolutamente críticas, a escassez probatória pode ser compensada pela elevadíssima gravidade do perigo na demora.

Há situações nas quais o mal temido é de tal monta que se justifica a concessão do provimento com lastro em conjunto probatório precário, mas sem que se prestigie situações onde a existência do direito se afigura implausível, improvável. Se uma sociedade empresarial postula a concessão de ordem judicial que antecipe os efeitos da eventual declaração de inexistência de débito tributário consistente na imediata suspensão da exigibilidade tributária, de modo a evitar-se a iminente insolvência da autora, mas restando ausente qualquer sinal de que a exigência fiscal se revele ilegal, então o caso será de indeferimento, ainda que sem a medida a empresa venha a falir, demitir funcionários, etc.

A rejeição à diminuição do *standard* probatório ordinário para a concessão de tutela de urgência deve ser ainda maior quando se está diante de providência especialmente gravosa ao lado oposto da contenda. Isso deve ser especialmente considerado em pleitos envolvendo tratamentos de saúde extremamente custosos e ações ambientais, pois, se de um lado há um bem jurídico especial a clamar proteção imediata, de outro há um réu que sequer teve a

[43] Em sentido oposto: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Artigo 294. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 415 e 416.

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

oportunidade de defender-se e que sofrerá as consequências graves do deferimento do provimento jurisdicional de emergência.

Nessa linha, o momento processual e a oportunização da concretização das garantias do contraditório e da ampla defesa devem, igualmente, ser considerados. A concessão de ordem judicial em desfavor de quem sequer pôde apresentar sua versão dos fatos e provas correspondentes deve ser orientada pela prudência, especialmente quando a medida é gravosa e retira o bem de sua esfera e entrega à outra parte, invertendo a ordem natural e esperada do devido processo legal. Exige-se especial comedimento por parte do magistrado o deferimento de medidas altamente invasivas da esfera jurídica do afetado quando a este sequer foi-lhe permitida a participação no processo.

Por sua vez, na medida em que a cognição se aprofunda e o demandado teve a oportunidade de manifestar-se, exercendo a ampla defesa, a exigência de demonstração do perigo na demora tende a diminuir e a verossimilhança das alegações do autor podem ver-se robustecidas pela tibieza do quanto aduzido e provado pelo demandado, justificando a concessão de providência emergencial ou até mesmo de evidência, na forma do art. 311, I e IV, do Código de Processo Civil de 2015.

No que tange à relação entre *standards* probatórios relativos às tutelas de urgência e final, se por um lado inexiste uma correlação direta entre *standard* probatório para a concessão de medidas fundadas em cognição sumária e em cognição exauriente[44], por outro, existe uma necessária ligação entre o grau de exigência probatória e a intensidade da medida deferida, além da consideração da gravidade do mal temido. O afastamento judicial de um Prefeito eleito, por exemplo, é uma medida gravosa a exigir lastro probatório robusto[45], especialmente quando não se está diante do risco iminente de que, continuando o demandado no exercício da função pública, venha a causar prejuízo irreparável. E, se, para que não se venha a causar dano ao erário, bastar a suspensão de uma licitação, revelar-se-á injustificada a concessão de ordem judicial para que se afaste alguém de sua função pública.

[44] Em sentido oposto, sustentando que existe tal ligação: FLACH, Daisson. FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática.* São Paulo: RT, 2009, p. 123.
[45] Em sentido oposto, sustentando que existe tal ligação: FLACH, Daisson. FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática.* São Paulo: RT, 2009, p. 122.

Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 1288-1309
www.redp.uerj.br
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve por objetivo principal a investigação sobre a existência de *standards* probatórios aplicáveis para a concessão de tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015 e quais os fatores relevantes para sua determinação.

Foi identificado um único *standard* probatório, a saber, o da *probabilidade*, entendida a mesma como *lógica* – e não estatística. Essa referência refere-se apenas à aparência da existência do direito alegado (*fumus boni iuris*) e precisa ser articulada com outros fatores que modificam o grau de exigência probatória, a depender da gravidade do mal temido, do momento processual e da intensidade da intervenção jurisdicional sobre aquele que se sujeitará ao provimento emergencial. Assim, o *standard* probatório possui correlação não apenas com a espécie de cognição, mas também com os bens jurídicos em jogo quando da alocação dos riscos de assunção de um fato como provado

Quanto ao *periculum in mora*, Código de Processo Civil de 2015 não apresenta um *standard* probatório para que se possa dizer quando deve ser reputada demonstrada sua existência. O perigo na demora, por sua vez, é um dos fatores que influenciam na interpretação do grau de probabilidade exigido para que se reconheça a existência do *fumus boni iuris*. Isso porque os elementos *periculum in mora* e *fumus boni iuris* não são estanques, mas complementam-se reciprocamente. Ainda assim, por maior que seja o perigo na demora, não se deve conceder medida emergencial na ausência da probabilidade do direito invocado.

A medida deferida a título de tutela de urgência deve ser a minimamente necessária e quanto maior o grau de intervenção sobre o afetado, mais elevada a exigência probatória relativa à afirmação de fato.

REFERÊNCIAS:

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 18ª Edição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020.

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

BALTAZAR JR, José Paulo. Standards probatórios. *In*: KNIJNIK, Danilo. *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 153-170.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: analisada à luz das garantias constitucionais da ação e do processo.* 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.* 2ª ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil.* São Paulo: RT, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Artigo 294. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA, William Santos; HOLZMEISTER, Verônica Estrella V. Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, vol. 296/2019, p. 151-180, Out/2019.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova.* Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática.* São Paulo: RT, 2009.

GAJARDONI. Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC/15*. Parte Geral. São Paulo: Método, 2015.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, João Batista. ASSIS, Carlos Augusto de. *Tutela provisória*. Brasília. Gazeta Jurídica, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2017.

NERY JR. Nelson. *Princípios de processo na Constituição Federal*. 7º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 2. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59569.

_____. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências*. São Paulo: RT, 2020.

SILVA, Carlos Augusto. A resolução da dúvida sobre os fatos na história do Direito Probatório. *In*: RODRIGUES, Walter dos Santos; SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. *O novo Código de Processo Civil: garantias fundamentais do processo: um desafio ao novo CPC.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 189-201.

SOUZA, Artur César de. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência.* São Paulo: Almedina, 2016.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos.* Tradução do italiano para o espanhol de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.* Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil.* 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.