

A “prova” exigida para concessão da tutela de urgência: a demonstração, no plano processual, dos requisitos autorizadores para concessão da tutela cautelar e da antecipação de tutela¹

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós-Graduado, com título de especialista, em Direito dos Contratos e Direito Processual Civil. Professor do curso de pós-graduação lato sensu em processo civil do COGEAE – PUC/SP. Professor convidado da Pós - Graduação em processo civil da PUC/RJ.

Sumário: 1 – Prólogo. 2 – O tempo e processo. 3 – A demonstração dos requisitos autorizadores para concessão da tutela de urgência: a propalada diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. 4 – “Fumus boni iuris”. 5 - “periculum in mora”. 6 – Prova inequívoca da verossimilhança da alegação. 7 - Fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação. 8 – Unificação dos requisitos: a “teoria da gangorra”. 9 – A demonstração (*rectius* a prova), no plano processual, do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora” para a concessão da tutela de urgência (cautelar ou antecipação de tutela) e a possibilidade de audiência de justificação prévia. Referências Bibliográficas.

1. Prólogo

É com muita honra que participamos dessa justa e merecida homenagem ao professor João Batista Lopes.

João Batista Lopes é nosso professor de ontem, de hoje e de sempre. Com ele aprendemos inúmeras lições, não só de direito nas aulas de mestrado e doutorado, como também (e principalmente) de simplicidade, amizade e sabedoria. É uma fortuna tê-lo como amigo e desfrutar de sua companhia.

Mantendo-nos fiéis ao propósito do livro, faremos nossa contribuição com a análise de uma questão que não é tratada, pela doutrina, no estudo da prova no direito processual civil, mas que, a nosso ver, está a ela ligada.

¹ Artigo publicado em *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. Coord: Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes. São Paulo: Ed. Verbatim, 2013, p. 407/426.

Trata-se dos requisitos exigidos para concessão da tutela cautelar e da antecipação de tutela prevista no art. 273, inc. I, do CPC e a “prova” que deve ser feita no processo acerca de tais requisitos para sua concessão.

2. O tempo e o processo

Antes de iniciar o tema propriamente dito, impõe-se situar a tutela de urgência. Para tanto, o primeiro assunto que merece ser abordado diz respeito ao “tempo” e seus efeitos no plano processual.

O fator “tempo” tem, atualmente, imenso valor no processo². Não é segredo que na sociedade atual – marcada pela rapidez das informações e das mais diversas relações sociais, econômicas e jurídicas – uma prestação jurisdicional tardia de nada ou pouco adianta àquele que busca a tutela jurisdicional³.

Além de a morosidade estar diretamente ligada à falta de efetividade da tutela jurisdicional, é certo que a lentidão na justiça desprestigia o próprio Poder Judiciário, gerando uma série de efeitos colaterais indesejáveis.

Cândido Rangel Dinamarco esclarece que o decurso de tempo no processo pode ser nocivo por mais de uma forma, fazendo menção a três delas: (i) a primeira hipótese é aquela em que o provimento é emitido quando o mal já está consumado e nada mais se pode fazer (quando, por exemplo, há concessão de segurança para que o impetrante possa participar de um concurso público depois do concurso já realizado); (ii) a segunda diz respeito a uma tutela jurisdicional demorada, concedida após longa espera e muito sacrifício (é o caso, por exemplo, do titular do direito a alimentos, que permanecesse anos a fio esperando a tutela jurisdicional, recebendo-a somente depois de muito tempo de injustas privações); (iii) a terceira é a do processo que, em razão do tempo de tramitação, deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para um resultado útil (tem-se como exemplo o desaparecimento de bem que poderia ser penhorado para a futura satisfação do credor).⁴

² "Il valore, que il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa" (CARNELUTTI, *Diritto e processo*, n. 232, esp. p. 354, apud DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, p. 55-56).

³ Cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 142-143.

⁴ *Nova era do processo civil*, p. 56-57.

O processo trava uma constante luta contra o tempo, obtemperando entre “segurança” e “celeridade”, visando ao equilíbrio entre essas duas forças, numa tentativa de encontrar a melhor solução possível ao caso concreto. É desse encontro de forças, aliado à busca, no plano processual, da exata realização de tudo aquilo que é garantido pelo direito material, que resulta a efetividade do processo⁵.

Contudo, o propalado equilíbrio não é simples de se alcançar⁶, podendo-se afirmar que, no mais das vezes, se a justiça é rápida, não há decisão segura; se, ao revés, a decisão for segura, não haverá justiça rápida.

Se, por um lado, é inescusável que o processo deve durar o tempo necessário para que haja o amadurecimento da síntese e da antítese trazidas pelo autor e pelo réu, permitindo-lhes amplo direito de defesa, o pleno exercício do contraditório e, bem assim, a oportunidade de produzirem provas e de interporem recursos contra as decisões que lhes forem desfavoráveis, de outro, não se pode deixar de considerar que o tempo necessário para que o processo se desenvolva com pleno respeito a tais garantias abica, muitas vezes, na inutilidade da decisão ou, na melhor das hipóteses, num dano evidente àquele que buscava a tutela jurisdicional.

Como se vê, brevidade e segurança são forças colidentes que o processualista moderno tem a missão constante de tentar conciliar. Disso resulta uma busca constante, no processo, de uma *decisão que seja o mais próxima da certeza no menor tempo possível*.⁷

Por mais rápido que consiga ser, o processo exige uma demora natural e inevitável, variável conforme a complexidade da causa. Porém, a busca da “verdade” para um julgamento seguro não pode redundar numa duração excessiva dos feitos judiciais, sob pena de se perpetrar um

⁵ Com impressionante poder de síntese, José Roberto dos Santos Bedaque conceitua *processo efetivo* como “aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.” (*Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.)

⁶ “Inexiste fórmula com validade universal e permanente para esse desejado equilíbrio. Cada sistema processual, em sua individualidade, apresenta o seu equilíbrio e corre os seus riscos, moldados e calculados segundo os ditames de uma relatividade histórico-cultural que é em si mesma dinâmica e nunca se estabiliza em soluções definitivas e universais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 229).

⁷ Para Fernando da Fonseca Gajardoni: “é tempestiva a tutela jurisdicional quando os prazos legalmente prefixados para o trâmite e instrução do processo, concebidos em vista das circunstâncias de fato da demanda, do direito a ser protegido, do contraditório e da ampla defesa, são cumpridos pelas partes e pelo órgão jurisdicional” (Reflexos do tempo no direito processual civil, p. 115).

mal maior (denegação de justiça) do que aquele que se visa a evitar com um processo célere⁸.

Justamente por isso o direito processual sempre se preocupou – e a cada dia preocupa-se ainda mais – com a criação de expedientes e mecanismos que minimizem ou contornem as situações mais danosas decorrentes da espera de um pronunciamento judicial definitivo.

A demora dos processos é um mal universal, daí a tendência mundial e continuada dos legisladores em tentar agilizar a Justiça⁹. Nesse sentido, o fator tempo deve condicionar não só a condução do processo como também a edição e discussão das leis processuais.¹⁰⁻¹¹

Em tempos atuais, a situação ganha contornos de verdadeira epidemia, porquanto ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de reformar a lei processual – que até muito pouco tempo atrás se preocupava quase que exclusivamente com a “segurança” das decisões judiciais –, não se pode deixar de constatar que o aparato judicial de diversos países, entre eles o Brasil, não está preparado para dar vazão ao grande aumento do acesso à Justiça.

Dessa forma, além de estruturar o Judiciário para atender à crescente demanda, há que se viabilizar, no plano processual, meios processuais aptos a tutelar tempestivamente todos os direitos. Trata-se de verdadeiro desafio, sendo certo que a noção chiovendiana de efetividade¹² não basta ao processualista moderno. O processo civil não só precisa estar apto a efetivar todos os direitos assegurados, mas também, e principalmente, fazê-lo de uma forma mais ágil, célere e eficaz, com o menor dispêndio de tempo e de recursos possível, traduzindo uma preocupação social.

⁸ “Il processo civile, come ogni altra attività umana, è necessariamente immerso nel tempo; esso, anzi, richiede un lungo periodo di tempo per evolversi dall’episodio iniziale della proposizione della domanda giudiziale sino all’evento conclusivo della formazione della cosa giudicata. Questa considerazione potrebbe sembrare addirittura banale se la situazione attuale di crisi della giustizia non avesse messo drammaticamente in evidenza l’importanza del rapporto tempo-processo, dimostrando eloquentemente, ove ve ne fosse stato bisogno, che una eccessiva durata delle fasi processuali si risolve in un sostanziale diniego di giustizia” (ANDOLINA, Ítalo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983, p. 13).

⁹ Cf. ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 361-362.

¹⁰ Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual civil, p. 100.

¹¹ A doutrina e o legislador brasileiros não têm ficado alheios a essa preocupação. Inúmeros são os trabalhos a esse respeito e vários os mecanismos processuais introduzidos na legislação visando a uma distribuição mais equânime e proporcional do tempo no processo, como a generalização da antecipação de tutela e a sistemática das obrigações de fazer e não fazer.

¹² Deve-se a Chiovenda a célebre frase “Il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire”.

Voltando os olhos especificamente para o Poder Judiciário brasileiro, João Batista Lopes afirma que

“[...] as causas da morosidade da justiça são várias – anacronismo da organização judiciária, falta de recursos financeiros, deficiências da máquina judiciária, burocratização dos serviços, ausência de infra-estrutura adequada, baixo nível do ensino jurídico e aviltamento da remuneração dos servidores – e nenhuma delas, isoladamente, explica o quadro atual de lentidão dos processos. É inquestionável, porém, que nossa anacrônica organização judiciária é responsável, em grande medida, pela dissonância existente entre a modernidade de nosso processo e o atraso na distribuição da Justiça”.¹³

Concordamos com o professor. Várias são as causas da lentidão da Justiça e não há uma solução mágica para esse problema. De qualquer forma, enquanto não se encontra uma fórmula definitiva, há necessidade de se cogitar de soluções que possam, no plano processual, auxiliar a busca do equilíbrio entre “celeridade” e “segurança”.

Uma das técnicas disponíveis reside justamente na tutela de urgência, que, conquanto não resolva definitivamente a solução posta em juízo, visa a equilibrar o fator “tempo”, seja protegendo o processo do risco de ineficácia (técnica cautelar), seja adiantando os efeitos práticos de um futuro provimento jurisdicional (técnica da antecipação de tutela).

Com efeito, a tutela cautelar evita que o processo trilhe um caminho insatisfatório que o conduzirá à inutilidade. Por sua vez, a antecipação de tutela possibilita à parte, desde já, a fruição de algo que muito provavelmente virá a ter reconhecido a final. Cada uma a seu modo, ambas têm a mesma finalidade remota, ou seja, estão vocacionadas a neutralizar os males corrosivos do tempo no processo.¹⁴

Nesse panorama, é de curial importância entender quais os requisitos exigidos, pela lei, para se deferir uma tutela de urgência e de que forma se pode fazer a prova destes requisitos.

3. A demonstração dos requisitos autorizadores para concessão da tutela de urgência: a propalada diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

¹³ Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – justiça morosa? *Revista de Processo*, vol. 105, p. 128.

¹⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, p. 58-59.

Interessa-nos, no contexto deste trabalho, a análise da tutela de urgência. Assim, trataremos da tutela cautelar e, bem assim, da antecipação de tutela prevista no inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil. Estão descartadas, portanto, desta análise a antecipação de tutela deferida em virtude de abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório (CPC, art. 273, II) e, bem assim, aquela fundada em pedido incontroverso (CPC, art. 273, § 6º).

Pois bem. A doutrina pátria, praticamente em uníssono, com base numa interpretação literal, leciona que para a concessão da tutela cautelar exige-se a demonstração de “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”; ao passo que para concessão da tutela antecipada seria necessário demonstrar “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” e “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.”

Se o “*periculum in mora*” e o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” são tidos, pela grande maioria dos doutrinadores, como sinônimos, o mesmo não ocorre com o “*fumus boni iuris*” e com a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”. Defende-se, pois, uma espécie de escala no grau de convencimento do juiz: para a tutela cautelar, faz-se prova de mero “*fumus*”, numa espécie de juízo de plausibilidade; para a antecipação de tutela, exige-se mais: prova que leve o juiz a um grau maior de certeza, fazendo-o enxergar verdadeira possibilidade e não apenas plausibilidade na sua alegação.

Com tal afirmativa não concordamos. Como se demonstrará ao longo deste trabalho, não há, a nosso ver, nenhuma escala no convencimento do juiz, sendo certo que tanto para a cautelar quanto para a antecipação de tutela exige-se os mesmos requisitos para sua concessão.

Antes, contudo, de desenvolver nossa opinião, resta-nos explicar, com base na doutrina, um a um os requisitos.

4. “*Fumus boni iuris*”

De início, observamos que o *fumus boni iuris*, ao lado do *periculum in mora*, compõe o mérito da ação cautelar e não as condições da ação cautelar.¹⁵ O mérito do processo cautelar não diz respeito ao direito substancial em litígio – que será decidido no processo principal –, mas sim à análise do pedido de tutela cautelar, de natureza conservativa.

¹⁵ Nesse sentido, entre vários outros, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 163-164.

Basta, portanto, para a procedência do pedido cautelar a presença de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*.

Segundo voz corrente da doutrina, o *fumus boni iuris* é a plausibilidade de existência do direito alegado. Nas palavras de Calamandrei:

“cognição cautelar se limita em cada caso a um juízo de probabilidade e de verossimilhança. Declarar a existência do direito é função do processo principal: em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar.”¹⁶

Nessa visão, o *fumus boni iuris* é, em verdade, um juízo hipotético de probabilidade do direito da parte, feito em cognição sumária. Havendo, portanto, numa primeira análise, possibilidade de se acolher o pedido da ação principal, haverá a “fumaça do bom direito”.

O art. 801, inciso IV, do CPC exige a indicação, na ação cautelar, da *exposição sumária do direito ameaçado* e do *receio da lesão*. A primeira expressão é justamente o correspondente ao *fumus boni iuris*. Exige-se, portanto, para a tutela cautelar, que o magistrado convença-se sumariamente da existência do direito ou, ao menos, que vislumbre a possibilidade de reconhecê-lo em sede de cognição exauriente. Ou, noutras palavras, que ao juiz sejam apresentados elementos que *prima facie* permitam, por meio de uma cognição sumária, demonstrar a credibilidade do direito invocado.

Se, ao revés, mesmo em sede de cognição sumária, revelar-se, desde logo, inviável a pretensão do requerente objeto do processo principal, não haverá tutela cautelar a ser concedida. Deveras, na medida em que a ação cautelar serve para garantir a utilidade do processo principal. Não havendo tutela principal a ser concedida, não haverá tutela cautelar a resguardá-la.

Interessante é a observação de Marinoni e Arenhart, para quem o juiz, no processo cautelar, decide com base em cognição de verossimilhança preponderante, sacrificando o improvável em benefício do provável, daí sua afirmativa no sentido de que “o requisito da fumaça do bom direito quer dizer que é bastante, para a concessão da tutela

¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 99.

cautelar, a convicção de que o direito afirmado pelo autor prepondera sobre a posição jurídica do réu.”¹⁷

De qualquer sorte, pelos argumentos até aqui expostos, parece evidente que o *fumus boni iuris* relaciona-se com o direito a ser tutelado na ação principal. Outra perspectiva, contudo, relaciona o *fumus boni iuris* à demonstração de que o postulante tem o *direito à ação principal*, posição defendida, entre outros, por Humberto Theodoro Junior, apoiado nas lições de Ronaldo Cunha Campos. Vejamo-na a seguir.

Com efeito, tratando do que denominada “moderna visão do problema do *fumus boni iuris*”, parte ele da idéia de que não há um direito substancial de cautela e de que o processo cautelar serve à eficácia e utilidade do provimento do processo principal. Defende, assim, a idéia de que a “fumaça do bom direito” está relacionada não com o direito material da ação principal (o que só poderia ser averiguado na ação principal), mas com o direito de ação.

Não haveria, nessa perspectiva, uma análise de probabilidade da existência do direito material, mas sim uma verificação se a parte dispõe do direito de ação principal, ou, noutras palavras, se preenche as condições da ação do processo principal.¹⁸

Com essa última perspectiva não concordamos. Entendemos que o *fumus boni iuris* guarda inequívoca relação com o direito substancial que a tutela cautelar visa a assegurar. A uma, porque nem sempre (ou quase nunca) é simples a distinção entre os planos das condições da ação e do mérito; a duas, porque a propalada autonomia da cautelar – hoje já bastante relativizada – está no processo e não na tutela propriamente dita, que visa justamente a proteger a tutela definitiva. Ora, se é assim, não há como imaginar a defesa de uma tutela sem, ao menos superficialmente, fazer uma consideração quanto à sua viabilidade futura¹⁹.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*, p. 146.

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, p. 61-64.

¹⁹ Lúcio Delfino, antes adepto da corrente que relacionava o “*fumus boni iuris*” à verificação de que o postulante dispõe do direito de ação – direito ao processo principal – a ser tutelado, mudou de opinião e recentemente encampa a opinião da qual nos filiamos, qual seja, a de que o “*fumus*” diz respeito a probabilidade de existência do direito material que será tutelado na ação principal: “Em verdade, a tutela cautelar serve imediatamente não ao processo principal, mas sim, a pretensão de direito material que, por meio dele, se persegue. O processo é apenas o veículo, o meio de se alcançar a tutela jurisdicional final. Obviamente que se protegendo o resultado, estar-se-á garantindo a efetividade do próprio processo. Ademais, nada há de suspeito em se acautelar pretensões de direitos. Se é lícito executar títulos executivos provisórios (decisão interlocutória que concede a tutela antecipada, por exemplo), razão inexistente para negar-se a possibilidade de acautelamento de direitos materiais ainda não chancelados pela qualidade de coisa julgada material.” (Breves reflexões sobre a fungibilidade das

Dito isso, aproveitamos a oportunidade para registrar que o requisito do *fumus boni iuris* está para a cautelar, assim como o requisito da prova inequívoca da verossimilhança da alegação está para a antecipação de tutela. Ambos tratam de um juízo de plausibilidade-probabilidade-verossimilhança relacionado ao direito substancial que varia, em maior ou menor grau, em razão do caso concreto e não em função do tipo de tutela considerada (se cautelar ou antecipatória).

Eis aqui, portanto, nossa primeira objeção à posição da doutrina majoritária que, amparada numa interpretação literal do art. 273, *caput*, do CPC, sustenta que a *prova inequívoca da verossimilhança da alegação* exigida para a tutela antecipada é um *plus* em relação ao “*fumus boni iuris*” exigido para a tutela cautelar.

5. “*Periculum in mora*”

O elemento comum de maior importância, existente entre as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela, na condição de espécies do gênero *tutelas de urgência*, é justamente o *periculum in mora*²⁰.

O *periculum in mora*, ou perigo da demora, está referido em várias passagens do CPC (v.g., arts. 475-M, 522, 527-II, 558, 739-A § 1º, 798). Trata-se do risco de lesão ou mesmo de perecimento do direito se não houver pronta atuação do Estado-juiz. Em algumas situações, a demora inerente à prestação jurisdicional²¹ é um obstáculo à fruição do direito, daí a necessidade de uma decisão do juiz para proteger ou mesmo

tutelas de urgência e seu alcance de incidência. Disponível em: <<http://www.professordelfino.adv.br/artigos>> Acesso em: 08.02.2010)

²⁰ A doutrina italiana majoritária trata os provimentos antecipatórios como espécie do gênero cautelar e, por tal razão, costuma vislumbrar duas espécies de *periculum in mora*: (i) *pericolo da infruttuosità* e (ii) *pericolo de tardività* ou *ritardo*. O primeiro desafia um provimento conservativo (tipicamente cautelar) e o segundo uma providência antecipatória. V., por todos, Andrea Proto Pisani: “Sinteticamente: mentre alla presenza di un pericolo c.d. da infruttuosità durante le more del processo, di fatti che possono impedire la soddisfazione del diritto controverso, alla presenza di in pericolo c.d. da tardività la misura cautelare deve impedire, tramite la tecnica della anticipazione della soddisfazione, il pregiudizio che il perdurare di una situazione antiggiuridica provoca al titolare Del diritto (Tommaseo). Corrispondentemente a queste due specie di *pericula in mora*, è possibile distinguere i provvedimenti cautelari in due grosse categorie: a) provvedimenti cautelari *conservativi* della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza; b) provvedimenti cautelari *anticipatori* della soddisfazione del diritto” (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 602).

²¹ Paulo Hoffman lembra que “um processo adequado e justo deve demorar exatamente o tempo necessário para a sua finalização, respeitados o contraditório, a paridade entre as partes, o amplo direito de defesa, o tempo de maturação e compreensão do juiz, a realização de provas úteis e eventuais imprevistos, fato comum a toda atividade; qualquer processo que ultrapasse um dia dessa duração já terá sido moroso” (*Razoável duração do processo*, p. 61-62).

permitir ao requerente, desde já, usufruir do direito, sob pena de não ter o que desfrutar após o normal andamento do processo.

Voltando-se os olhos especificamente para a tutela cautelar, o *periculum in mora*, tal como o *fumus boni iuris*, deve ser observado à luz do direito tutelado (ou a ser tutelado) na ação principal. Nessa perspectiva, deve haver o risco de ineficácia do provimento definitivo a respeito do direito substancial, causando à parte lesão irreversível ou de difícil reparação, a justificar a necessidade de uma tutela que impeça ou neutralize o potencial dano. O elemento *dano* está, pois, implícito no conceito de *periculum in mora*; noutras palavras, *não basta a demora, mas sim uma demora qualificada pelo dano*.

Além disso, não é qualquer tipo de dano que merece proteção. O dano há de ser grave e ao mesmo tempo irreparável ou de difícil reparação. A gravidade do dano está tarifada pela sua possibilidade de esvaziar total ou parcialmente a pretensão buscada na ação principal; de igual forma, a impossibilidade de reparação igualmente deve ser considerada diante do direito almejado pelo processo principal, de forma que não possa ser reparado *in natura* ou no seu equivalente.²²

Não é dado ao juiz exigir prova cabal do dano, mas é certo que ao avaliar o *periculum in mora* decidirá sobre fatos postos à sua apreciação, que possam ser objetivamente considerados. Noutro extremo, fica evidente que não basta mera ilação ou uma opinião subjetiva da parte.

Outro ponto interessante a respeito do *periculum in mora* diz respeito ao momento do surgimento do perigo. Diz-se, à unanimidade, na doutrina, que o perigo de dano antecedente ou coexistente com o nascimento da pretensão substancial (objeto do processo principal) não justifica a tutela cautelar. Dessa forma, o perigo de dano deve decorrer de uma situação posterior ao nascimento do próprio direito, ou, ao menos, a uma de agravamento do dano já existente.

Há, porém, uma ressalva: a ignorância da parte a respeito do perigo; nesta hipótese, é possível conceder a tutela cautelar, mesmo diante de um perigo preexistente ou coexistente.²³

Deve ser gizado, ainda, que o *periculum in mora* deve ser considerado sob um prisma bilateral, ou seja, não só em face do

²² Cf. MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais*, p. 89.

²³ V. por todos, THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, p. 67.

requerente como também para o requerido. É o chamado *periculum in mora* “inverso”²⁴. Como regra, não deve ser concedida a tutela de urgência (tanto a cautelar a antecipação de tutela) quando houver risco de irreversibilidade.

Assim, se de um lado deve ser ponderado o risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, para a concessão imediata da tutela em favor do requerente, de outro, não se pode olvidar de que a concessão da medida pode gerar, para o requerido, uma lesão irreversível. Há, como se vê, um duplo *periculum in mora*, cada qual afetando um dos pólos da ação.

O risco da irreversibilidade é mais difícil de ser vislumbrado na tutela cautelar. Deveras, a tutela cautelar, provisória por essência e com característica nitidamente *conservativa* e/ou *preventiva*²⁵, não deve conduzir a irreversibilidade, sob pena de encerrar insuperável contradição.

Contudo, mesmo não havendo risco de irreversibilidade, pode suceder que, com o deferimento da medida cautelar, o dano causado ao requerido seja muito maior do que o dano da demora para o requerente. Haverá, nessa hipótese, igualmente de se considerar o *periculum in mora* inverso, seja para indeferir a medida, seja para deferi-la mediante uma contracautela (e.g., caução).

Tal questão – o risco de irreversibilidade – fica mais fácil de ser enxergada quando se cogita da antecipação de tutela, porquanto nesta há a concessão de medidas satisfativas. O risco de irreversibilidade em tais condições aparece, pois, de forma mais aguda.

De qualquer forma, tanto no palco das cautelares, quanto no das decisões antecipatórias, pode haver *periculum in mora* invertido. Em tais hipóteses, ou seja, quando houver risco de irreversibilidade, em princípio, fecha-se a porta para a tutela de urgência (tanto a cautelar quanto a satisfativa).

Em algumas situações excepcionais, porém, a tutela há de ser concedida. Mas quando? A solução é encontrada com a aplicação, caso a

²⁴ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca' *Procedimentos Cautelares e Especiais*, p. 89-90.

²⁵ “A medida conservativa, ao contrário da preventiva, não tem, de regra, um endereço determinado, não se dirige contra pessoa certa. Previne um dano possível, causado por força da natureza ou por ato humano. Ou constituirá um ato destinado a criar ou a impedir o perecimento de um direito” (LOPES DA COSTA, *Medidas Preventivas*, p. 158).

caso, do princípio da proporcionalidade, fazendo-se um juízo de ponderação para privilegiar, à luz do caso concreto, o bem (valor) que merece maior prevalência, para o fim de conceder a medida necessária para protegê-lo (seja ela conservativa ou satisfativa), mesmo diante de eventual irreversibilidade. Trata-se, mais uma vez, da aplicação de uma tutela jurisdicional *proporcional*, raciocínio que sempre deve pautar o juiz na decisão acerca da concessão (o não) da tutela de urgência.

6. Prova inequívoca da verossimilhança da alegação

Consoante dispõe o *caput* do art. 273 do CPC, exige-se como pressuposto para a antecipação de tutela, a *prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação*.

A expressão utilizada pelo legislador é infeliz e, consoante advertência feita por William Santos Ferreira, se analisada de forma literal, encerra um solecismo.²⁶ Isso porque uma prova inequívoca deve conduzir à certeza e não à verossimilhança da alegação. E, como se sabe, *certeza* é de todo incompatível com a natureza da tutela antecipada prevista no inciso I do art. 273, a qual está plasmada por uma cognição não exauriente²⁷.

Impõe-se, pois, certa relativização na interpretação do texto legal.

Nesse sentido, manifesta-se autorizada doutrina no sentido de que *prova inequívoca* quer significar prova robusta, contundente, convincente e não aquela indiscutível, com valor absoluto e insofismável.²⁸ Embora tal expressão conduza a uma idéia de certeza, deve ser interpretada à luz do relativismo inerente ao sistema de provas e sua hierarquia,²⁹ tanto é assim que o texto, na seqüência, pretende abrandar a expressão *prova inequívoca* ligando-a a um conceito de *verossimilhança*.

²⁶ *Tutela antecipada no âmbito recursal*, p. 138-139.

²⁷ Para Cássio Scarpinella Bueno não há qualquer incompatibilidade nas expressões: “O adjetivo ‘inequívoca’, portanto, relaciona-se ao substantivo ‘prova’; a ‘verossimilhança’ é da ‘alegação’. Basta isso para afastar críticas comuns ao texto do art. 273 no sentido de que o legislador teria aproximado duas situações inconciliáveis entre si (em termos de convencimento, não há dúvidas de que ‘verossimilhante’ está em grau inferior a ‘inequívoco’). É a *prova* que é *inequívoca* (prova contundente, prova bastante, prova forte, prova muito convincente por si só, independentemente da apresentação de outras), e, como toda e qualquer prova, ela nada mais é do que um *meio* para convencer o magistrado de algo” (*Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 13)

²⁸ “O melhor entendimento para a expressão ‘prova inequívoca’ é o de tratar-se de prova robusta, contundente, que dê, por si só, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato e de suas conseqüências jurídicas” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 12).

²⁹ Cf. LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*, p. 57-58; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, p. 79.

Quanto à verossimilhança, sustenta-se uma idéia de aparência de verdade, encerrando um juízo de probabilidade do direito pretendido.³⁰

Combinando-se ambas as expressões, tem-se que para a concessão da antecipação de tutela exige-se uma prova robusta, segura, da qual decorra uma forte probabilidade do direito alegado.³¹

Como já se antevê pela discussão a respeito dos conceitos de prova inequívoca e verossimilhança da alegação e, bem assim, da conciliação entre ambos, merece o registro de que a doutrina, praticamente em uníssono, enxerga na expressão *prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação* um “plus” em relação ao *fumus boni iuris*, uma espécie de *fumus* qualificado, mais robusto³². Nos dizeres de João Batista Lopes, com base nas lições de Malatesta, enquanto é suficiente a *plausibilidade* (aceitabilidade) para a concessão da tutela cautelar, exige-se mais para a tutela antecipada, ou seja, a *probabilidade*³³.

Para tanto, baseia-se a doutrina majoritária no argumento de que para a concessão da tutela cautelar a cognição é realizada apenas para verificar a plausibilidade e o risco da demora; por sua vez, na antecipação de tutela o juízo de probabilidade é feito com o fim de se entregar desde logo o bem da vida ao autor.

³⁰ Cf. FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*, p. 141-146.

³¹ “A prova inequívoca consiste na representação cabal da situação narrada, seja através de documentos, seja através de outro meio de prova idôneo. Já a verossimilhança da alegação decorre da grande probabilidade de que o direito reclamado esteja mesmo a favorecer o postulante da medida antecipada” (MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca *Procedimentos Cautelares e Especiais*, p. 48).

³² Como exemplo da tese que predomina na doutrina, citamos: “O art. 273, I, indubitavelmente introduziu no nosso sistema um tipo de tutela antecipatória com feições nitidamente cautelares, pois que, embora se exija, para a sua concessão, *fumus* robusto, reforçado, veemente, se requer também que haja perigo de ineficácia do pronunciamento final, pressuposto que corresponde à função cautelar” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREA DE ALMEIDA, Flavio Renato; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. vol. 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 354). Ou, ainda: “Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação. O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como *fatos certos*. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de *plausibilidade* quanto ao direito e de *probabilidade* quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe *verossimilhança* quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) *certeza* quanto à verdade dos fatos. Sob este aspecto, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito, do art. 273, com os da liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito), supõe-se provada nos autos a matéria fática” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, p. 79).

³³ Cf. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60.

Dessa forma, tendo em vista que a tutela antecipada não se limita apenas à conservação, mas implica também satisfação do interesse material, mesmo que provisoriamente, justifica-se, segundo a doutrina majoritária, a diferenciação de “graus” com relação à cognição para a concessão da cautelar e da tutela antecipada.

Parece-nos incorreto pensar que a antecipação de tutela apresenta sempre um grau invasivo maior em relação à cautelar. Algumas cautelares, a bem da verdade, são bastante severas e invasivas, veja-se, por exemplo, o arresto, o seqüestro e a busca e apreensão. Tudo depende da medida pleiteada, da “força” do direito invocado e, bem assim, do potencial dano que tal medida visa a evitar.

Tais aspectos só podem ser apreciados à luz do caso concreto e não se resolvem, de antemão e inflexivelmente, diante da “simples” constatação de sua natureza cautelar ou antecipatória.

A premissa admitida pela doutrina não nos parece a mais acertada. A nosso ver, não há – nem deve haver – uma gradação quanto ao *fumus* para a concessão da tutela antecipada e da tutela cautelar. Tal argumento, apesar de atraente sob o ponto de vista teórico, não resiste a uma análise pragmática.

Parece-nos que, em se tratando de tutela de urgência, o diferencial para a concessão (ou não) da tutela pretendida reside precipuamente no *periculum in mora*. Tal requisito é o “fiel da balança” e não o *fumus boni iuris*.

Isso porque a cognição, tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipada, é sumária e, portanto, superficial, menos aprofundada verticalmente. É evidente que os parâmetros traçados pela doutrina majoritária para estabelecer uma diferenciação entre o *fumus* da cautelar e o da antecipação (*fumus* mais veemente para as medidas antecipatórias; juízo de *plausibilidade* na cautelar e de *probabilidade* na tutela antecipada), baseia-se num critério eminentemente subjetivo³⁴.

³⁴ “Parte da doutrina ainda é indevidamente cautelosa no emprego da locução *fumus boni iuris* no trato dos requisitos para as medidas antecipatórias de tutela, mas essa atitude não é mais que o reflexo da falsa crena de que a antecipação de tutela e a cautela fossem fenômenos inteiramente distintos, sem ligações e sem serem duas espécies do mesmo gênero; a idéia de uma mera *fumaça*, como indício da existência das chamadas vivas de um direito, está presente na sistemática dos requisitos para a concessão de uma e de outra, indistintamente” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, p. 63).

Olhando-se tal questão – os requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência (compreendendo-se aqui tanto a tutela cautelar quanto a antecipação de tutela prevista no inciso I do art. 273) – com certo distanciamento do conceitualismo processual, não se pode furtrar à idéia de que sob o ponto de vista do magistrado o argumento chave para a concessão, ou não, da tutela pretendida reside, ao fim e ao cabo, no *periculum in mora*.

A questão que colocamos pode ser resumida na seguinte indagação (com o perdão pela utilização das expressões atécnicas): quais os critérios para determinar quando se está diante de um “*fuminho*” (exigido para a cautelar) ou um “*fumão*” (exigido para a tutela antecipada)?

Não há critério para tanto e nem precisa haver, porquanto o juízo de *plausibilidade* ou de *probabilidade* fica num segundo plano, dependendo do *periculum* evidenciado. Nesse sentido, mesmo em situações que o magistrado não vislumbre um “*fumão*”, dependendo do bem em jogo e da urgência (*periculum*) demonstrada, deverá ser deferida a tutela de urgência, mesmo que satisfativa (art. 273, inciso I, do CPC).

Tomemos o seguinte exemplo, do qual fazemos uso recorrentemente: “X”, cliente do plano de saúde “Y”, é acometido por um derrame cerebral e necessita de uma cirurgia urgente que não foi autorizada por “Y” sob a alegação de que o contrato firmado entre as partes exclui expressamente cobertura para o derrame. “X” ingressa com ação propugnando pela declaração de nulidade da dita cláusula e pela condenação de “Y” na obrigação de fazer consistente em autorizar imediatamente a cirurgia. Nessa situação, convencendo-se minimamente o magistrado de que eventual e remotamente há alguma *plausibilidade* (e não necessariamente *probabilidade* ou mesmo *convicção*) no direito invocado, deve ser a tutela deferida, mesmo que satisfativa.

Não vemos, portanto, razão alguma em diferenciar “*fuminho*” de “*fumão*” (juízo de *plausibilidade* de juízo de *probabilidade*), para ajudar na distinção acadêmica entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, porquanto o “fiel da balança”, a “pá de cal” para a concessão, ou não, da tutela de urgência – seja pela técnica cautelar ou antecipatória – reside no *periculum in mora*.

Assim, se nos afigura correto afirmar que *quanto maior o “periculum” evidenciado, menor o “fumus” a ser exigido para a concessão da tutela de urgência pretendida*. É o que denominamos de

“regra da gangorra”, como mais adiante, em tópico separado, trataremos com mais vagar.

Feita a cognição sumária e desde que o magistrado não vislumbre de início uma futura improcedência do pedido por completa “anemia” do direito alegado (completa ausência de “fumus”), certamente voltará seus olhos para a intensidade do *periculum* para decidir se concede ou não a tutela de urgência pretendida.

Perceba-se que tal exercício intelectual é feito pelo magistrado de forma natural, espontânea, quase que mecânica. Havendo algum grau de *possibilidade* de o direito socorrer à parte requerente da tutela cautelar ou antecipatória, o juiz quase que automaticamente voltará sua atenção aos males que poderão ser causados ao direito dessa parte se não concedida a medida (*periculum in mora*) e, bem assim, aos prejuízos eventualmente causados à outra parte na hipótese de deferimento. Trata-se de um raciocínio quase inato, permeado pelo princípio da proporcionalidade e pela razoabilidade.

Atento a esse “jogo” intelectual de ponderação que deve pautar a decisão do juiz na tutela de urgência, com expressa advertência de que o raciocínio vale indistintamente para a cautelar e para a antecipatória, Cândido Rangel Dinamarco fala em *juízo do mal maior* em associação ao *juízo do direito mais forte*. Pelo primeiro tem-se que quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz; e, pelo segundo, complementar do primeiro, aconselha-se o juiz a ponderar adequadamente as repercussões da medida que concederá, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de elevada expressão, os quais só devem ser sacrificados em casos extremos.³⁵

7. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Diferentemente do que se dá na comparação entre o *fumus boni iuris* da “tutela cautelar” e a *prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação* da “tutela antecipada”, a doutrina predominante não estabelece distinção entre o *periculum in mora* e o “dano irreparável ou de difícil reparação” previsto no inciso I do art. 273.

São válidas, portanto, para a exata compreensão do requisito previsto no inciso I do art. 273 (“dano irreparável ou de difícil

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, p. 64-65.

reparação”), todas as nossas considerações tecidas ao longo do item 5, no qual tratamos do requisito cautelar do *periculum in mora*, e, bem assim, aquelas percorridas no item antecedente, no qual deixamos claro que é ele o “fiel da balança” para a concessão da tutela de urgência no confronto com o requisito da *prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação*.

A antecipação de tutela do inciso I do art. 273 e a cautelar destinam-se a assegurar o resultado útil do processo. Há perfeita identificação funcional entre ambas, as quais estão essencialmente ligadas ao *periculum in mora*. Reside aqui o elemento da *urgência* que justifica a tutela cautelar e a antecipatória. Não é por outra razão que ambas estão catalogadas no mesmo gênero das *tutelas de urgência*.

Cumprido, nesse particular, pela excelência da lição e para consolidar o entendimento aqui expressado, transcrever a opinião de Cândido Rangel Dinamarco:

Como ficou claro e é notório, o elemento comum de maior significado, existente entre as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela, é a destinação, que ambas têm, a servir de armas na luta contra a corrosão de direitos por ação do tempo. Daí serem elas enfeixadas na categoria das *medidas de urgência*, ou seja, medidas a serem outorgadas no mais curto lapso de tempo possível, muito mais rapidamente que a tutela jurisdicional plena e definitiva. Tanto a umas quanto a outras aplica-se a sábia lição de Calamandrei, de que *‘entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tardiamente, os provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do procedimento ordinário.*³⁶

8. Requisitos para concessão da tutela de urgência: *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (“teoria da gangorra”)

Sumulamos, a seguir, nossa opinião a respeito dos requisitos para concessão da tutela de urgência.

A tutela de urgência, seja pela técnica cautelar, seja pela antecipatória, exige, para sua concessão, a presença de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* – ou, como também se costuma designar “aparência do bom direito” – é aqui empregado como sinônimo de uma

³⁶ *Nova era do processo civil*, p. 62.

cognição sumária, não exauriente, sem maiores preocupações em estabelecer graus distintos de intensidade para formar o convencimento do juiz. É, segundo pensamos, o quanto basta para bem situar esse requisito no plano da tutela de urgência; o resto é, com o devido respeito, “ser mais realista que o rei”.

Prender-se a uma “escala de grau de convencimento” prévia do juiz, a partir da idéia de que para a proteção cautelar é suficiente mera plausibilidade do direito, enquanto para a antecipação de tutela exige-se algo mais profundo, uma maior probabilidade para que se enxergue a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”, traz o sério risco de comprometer a efetividade que se espera da tutela jurisdicional.

As teorias existentes acerca dos graus de convencimento do juiz em sede de cognição sumária³⁷, em que pese terem um interessante apelo técnico e teórico, não se coadunam com a realidade³⁸ de uma tutela de urgência. Parece-nos equivocado (pre)determinar a intensidade da cognição sumária, vinculando-a ao tipo de provimento pretendido (se cautelar ou antecipatório).

O convencimento do juiz, diante da necessidade de uma tutela de urgência, é determinado à luz da especificidade do caso concreto³⁹, de acordo com uma série de fatores, não só pela demonstração prévia dos fatos e do direito, mas principalmente pela intensidade do *periculum in mora* demonstrada.

³⁷ A respeito dos graus de convicção do juiz na cognição sumária e, bem assim, da divergência quanto às terminologias adequadas e à significação de cada uma delas v., por todos, WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 125-128.

³⁸ Embora concorde, em princípio, com a diferença no grau de convicção exigida do juiz para a antecipação de tutela e para a cautelar, Cássio Scarpinella Bueno também sucumbe à realidade: “Cabe insistir, para afastar qualquer azo de formalismo no enfrentamento da questão, que o traço divisório entre o *fumus boni iuris* e a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” é, com o devido respeito dos que pensam diferentemente, mais teórica do que real [...] Não há como avaliar, com precisão matemática, qual o grau de convicção do magistrado a respeito dos pedidos que lhe são formulados e das provas e dos argumentos que lhe dão embasamento. É impossível reduzir a um simples cálculo aritmético ou a padrões matemáticos o quanto alguém está convencido [...] É difícil – para não se dizer impossível –, contudo, graduar os níveis intermediários de quanto se está convencido; quanto uma tese jurídica é mais digna de acolhimento que a outra ou quanto um argumento é mais plausível que o outro. Não, pelo menos, em graus exatos, em uma escala rigorosa” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, p. 138)

³⁹ “A convicção do juiz, na cognição sumária, apresenta todos esses graus. Deve haver ad. equação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 128)

Trata-se de uma cognição essencialmente variável, cujo elemento mais importante reside justamente no *periculum in mora*. Deveras, sendo uma situação de urgência – e, portanto, de risco de dano – a intensidade do perigo é o principal (mas não o único) elemento de convicção do juiz; é, noutras palavras, a “pedra de toque” que interferirá diretamente na formação do seu convencimento; o “fiel da balança” para a concessão, ou não, da tutela de urgência.

Feita a cognição sumária e desde que o magistrado enxergue alguma possibilidade na viabilidade do direito invocado, deverá voltar seus olhos para a intensidade do *periculum in mora* para decidir se concede ou não a tutela de urgência pretendida. Nesse contexto, pode-se afirmar que *quanto maior o “periculum” maior a chance de deferimento*.

Para que fique bem entendido nosso raciocínio, faz-se analogia com uma gangorra. Numa das pontas, o *fumus boni iuris*; noutra, o *periculum in mora*. Quanto maior for o *periculum*, menos importância se dará ao *fumus* para a decisão acerca da concessão da tutela de urgência. É claro que precisa haver algum *fumus*, ou seja, algum grau de convencimento do juiz da possibilidade de, ao final, reconhecer o direito invocado. Ambos os requisitos devem estar presentes, mas são os dois variáveis ao sabor das particularidades de caso concreto.

A conjugação desses fatores, caso a caso, é que convencerá o juiz a deferir, ou não, a tutela de urgência. É certo que, havendo algum grau de *possibilidade* de o direito socorrer à parte requerente, o juiz deverá preocupar-se com o *periculum in mora*, procedendo à avaliação dos males que advirão, tanto para o autor quanto o réu parte, com a concessão, ou não, da medida. Faz-se o jogo da proporcionalidade, do juízo do mal maior, tendo como fator de maior peso para *pender a gangorra*, para um lado ou para o outro, o *periculum in mora*.

Perceba-se, pois, que a cognição do juiz, longe de ser predeterminada por critérios de classificação, deve guardar relação com a realidade, considerando-se não só o grau de convencimento com o direito alegado, mas também e principalmente o risco de causar à parte grave ou irreparável dano. Nesses casos, o juiz, ciente das limitações inerentes a uma cognição sumária e desprezadas as diferenças quantitativas e qualitativas que se podem levantar a respeito dos graus de convicção, deve entendê-la como uma *cognição adequada* ao caso⁴⁰.

⁴⁰ A respeito da cognição adequada, é imprescindível a lição de Kazuo Watanabe: “A justiça precisa ser rente à realidade social. Essa aderência à vida somente se consegue com o argumento da sensibilidade humanística e social dos juízes, o que necessariamente requer preparação e atualização. Para a

Nesse contexto, perde sentido insistir na diferenciação entre “fumus” e “prova inequívoca da verossimilhança”, que, embora possa ser sustentada na teoria, é (ou deveria ser) indiferente na prática, permitindo-se ao juiz plena liberdade de avaliação dos requisitos à luz do caso concreto, sem ficar preso a distinções, limites e exageros que possam inviabilizar a tutela jurisdicional de urgência.

Diante da importância dada ao requisito do *periculum in mora* para a concessão ou não da tutela de urgência, há uma questão que pode ocorrer – e, infelizmente, às vezes, ocorre – e que merece ser considerada: a eventual “fabricação” desse requisito.

Por vezes, vê-se, na prática forense, a utilização de um ardil para a obtenção da tutela de urgência, consistente na fabricação do *periculum in mora*. Ilustramos a questão com o seguinte exemplo: imagine-se um candidato a determinado concurso que, sabendo com bastante antecedência de determinada regra que o excluiria, deixa para ingressar com uma ação às vésperas da realização do concurso, não deixando alternativa ao juiz senão conceder a tutela imediatamente, permitindo-lhe a realização da prova, sob pena de um grave prejuízo.

Tivesse o candidato ingressado com a ação logo que tomou conhecimento da exigência, ao adquirir o edital, o perigo da demora teria sido menor, eventualmente permitindo-se ao juiz aprofundar um pouco a cognição e ouvir a parte contrária antes de tomar a decisão. Acrescentasse, ainda, que o juiz percebesse que a data da procuração outorgada ao advogado fosse de meses atrás, aclarando, indene de dúvidas, o conhecimento prévio da situação e a necessidade de uma intervenção judicial. Nessa hipótese, diante da “técnica” de se esperar o “último minuto”, seria o caso de indeferir a tutela de urgência?

Embora não concordemos com tal prática deletéria, não nos parece aceitável que diante de uma situação dessas o juiz deva indeferir a medida. A tutela de urgência deve ser deferida, porém a parte pode (e deve) ser punida se comprovada a má-fé processual. A teor do art. 14, inciso II, do CPC, deve a parte e todos aqueles que participem do processo “proceder com lealdade e boa-fé”, sendo punível a conduta contrária nos termos dos arts. 17 e 18.⁴¹

cognição adequada a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada é um elemento impostergável” (Da cognição no processo civil, p. 64)

⁴¹ Em sentido contrário posiciona-se Oreste Nestor de Souza Laspro para quem a hipótese não autoriza a concessão da medida de urgência. (Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos

9 – A demonstração (*rectius a prova*), no plano processual, do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*” para a concessão da tutela de urgência (cautelar ou antecipação de tutela) e a possibilidade de audiência de justificação prévia

Como é cediço, a prova do “*fumus*” e do “*periculum*” necessários à concessão da tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipatória, não encontra limitação. Noutras palavras: tal prova pode ser feita por qualquer meio lícito.

É interessante notar que o Código de Processo Civil trata da possibilidade de justificação prévia⁴² diante de um requerimento de tutela cautelar (CPC, art. 804) e também quando cogita da antecipação de tutela nas ações quem tenham por objeto uma obrigação de fazer e não fazer (§ 3º do art. 461). Contudo, o art. 273 do CPC – que trata da generalidade dos casos de antecipação de tutela – é silente sobre tal possibilidade.

Parece-nos evidente que a possibilidade de justificação prévia se abre tanto no palco da tutela cautelar quanto no da antecipação de tutela, não só porque propugnamos por um regime jurídico único das tutelas de urgência⁴³, mas também porque parece, de fato, ser o caminho natural quando se pensa nos poderes do juiz relativos à produção e valoração da prova⁴⁴.

Deveras, caso o juiz, no exame dos requisitos para a concessão da tutela de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), não se convencer, poderá (*rectius* deverá) permitir à parte requerente que, em

efeitos da tutela jurisdicional. In: Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 271-272.

⁴² Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery assim definem a justificação prévia: “Caso o juiz, pelo exame da petição inicial e dos documentos que a acompanham, não se convença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, poderá designar audiência de justificação prévia, via na qual deverão ser produzidas provas. Havendo perigo de que a ouvida do réu torne ineficaz a medida, para a audiência de justificação deverá ser intimado apenas o autor” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 1189)

⁴³ A esse respeito v. nossa tese de doutorado intitulada “Tutela jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada.”

⁴⁴ “Por outro lado, há uma clara evolução mundial no direito processual civil, decorrente da publicização do processo, tornando mais ativa a participação do juiz sobre todo o debate, do que resulta uma mais ampla valoração da prova e também da sua produção, razão pela qual não pode o julgador pura e simplesmente indeferir o pleito de tutela antecipada embasado em ausência de ‘prova inequívoca’, quando a parte necessita (e requer!) justamente da realização de provas através de ‘justificação prévia’” (FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*, p. 153).

audiência de justificação prévia, traga mais elementos de prova quanto aos requisitos necessários.⁴⁵

A solução passa, pois, pela constatação de que a justificação prévia traduz-se em aliada da jurisdição para a prova, mesmo que superficial, do direito invocado pela parte e, bem assim, da situação de prejuízo que a acomete. Como se sabe, não se exige para a concessão da tutela de urgência, em nenhuma de suas modalidades, a existência de prova literal (leia-se documental)⁴⁶, tal qual no mandado de segurança.

Mesmo a maioria da doutrina que reconhece uma gradação maior de convencimento para que se configure o requisito da “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” em contraposição ao “*fumus boni iuris*” não chega a equipará-la à prova pré-constituída do mandado de segurança.

Se é assim, impossível fugir à constatação de que deve ser reconhecida, também para a antecipação de tutela, a possibilidade de se fazer prova em audiência de justificação, na medida em que não se pode tolher a parte da produção de provas tendentes à garantir-lhe a concessão da tutela de urgência.

Para decidir acerca da tutela de urgência, o juiz deve não só analisar os documentos acostados à petição, mas, se for o caso, também utilizar-se de seus poderes instrutórios, de ofício ou a requerimento da parte, de forma a determinar a produção das provas que entender conveniente à formação de sua convicção quanto ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*.

Nesse contexto, a audiência de justificação prévia é mais uma atividade à disposição do juiz e não pode, à falta de expressa vedação legal, ser desconsiderada.

⁴⁵ Barbosa Moreira responde de forma objetiva e clara a indagação de ser, ou não, possível a realização da justificação antes da concessão da antecipação de tutela: “O juiz não é obrigado, mesmo que presentes, aparentemente ao menos, os pressupostos da tutela antecipada, a concedê-la sem estar suficientemente esclarecido sobre fatos que possam ser relevantes. Nada o impede, a meu ver, de determinar a realização de uma audiência para se faça essa justificação prévia. Ele não tem que decidir aquilo no escuro. Aliás, nenhum juiz deve decidir nada no escuro, a não ser em casos de absoluta impossibilidade de esclarecimento” (A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil, p. 202).

⁴⁶ Tratando especificamente da tutela antecipada, Kazuo Watanabe esclarece que “Embora possa ser acoimada de imprópria, a expressão ‘prova inequívoca’ foi a que a Comissão entendeu mais apropriada em substituição à expressão mais restritiva que constava da proposta originária, que aludia à ‘prova documental’” (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 33).

Referências Bibliográficas

ANDOLINA, Ítalo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano, Giuffrè, 1983.

ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 81, São Paulo, RT.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3. ed., S. Paulo: Malheiros, 2003;

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006;

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos – vol. 4*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares* (trad. Carla Roberta Andreassi Bassi). Servanda, 2000.

DELFINO, Lucio. “Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência”, extraído do site <<http://www.professordelfino.adv.br/artigos> > Acesso em: 08.02.2010

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003;

FERREIRA, William dos Santos. *Tutela Antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual civil. *Revista de Processo* vol. 153. São Paulo: RT, p. 99-117.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. In: Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p.265-275.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas Preventivas*, 2ª. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil, *Revista de Processo – 116*, p. 29/39.

_____. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001;

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*, vol. 4. São Paulo: RT, 2008;

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; *Procedimentos cautelares e especiais (Processo Civil Moderno vol. 4)*. São Paulo: RT, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado*, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed., Napoli: Jovene Editore, 2002.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tese de doutorado intitulada *Tutela jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada*, apresentada perante a PUC-SP em 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, 24ª. ed. São Paulo: Leud, 2008

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*, vol. 3, 7ª ed., São Paulo: RT, 2006.

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

_____. Tutela antecipatória e Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19.

ZAVASCKI, TEORI ALBINO. *Antecipação da tutela*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.