

A PROBABILIDADE DO DIREITO NO EXAME DO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

THE PROBABILITY OF CLAIM IN THE EXAM OF THE INJUNCTION REQUERIMENT

Lorena Faleiros Costa

Egressa do Curso de Especialização em Direito Processual Civil. Aluna do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público

Resumo: O presente artigo avalia científica e criticamente as razões da mudança terminológica adotada no artigo 300 do de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015 – CPC/2015) quanto à eliminação da expressão “prova inequívoca da verossimilhança” e o emprego, em substituição, de “probabilidade do direito”. O alvo da pesquisa é a delimitação do conceito do “juízo de probabilidade”, aplicado à matéria das “tutelas provisórias de urgência”, o que é feito por meio: da elucidação dos elementos componentes da técnica antecipatória (compreendida como meio de obtenção das “tutelas provisórias de urgência”), da investigação doutrinária processual dos conceitos de “verdade”, “probabilidade” e “verossimilhança” e, por fim, da aplicação desses conceitos à matéria das “tutelas provisórias de urgência” mediante interpretação sistemática do CPC/2015.

Palavras-chave: tutela provisória; técnica antecipatória; juízo de probabilidade; verossimilhança; verdade.

Abstract: The present paper scientifically and critically assesses the reasons of the terminological change in the article 300 of the Civil Procedure Code (Law number 13.105/2015 – CPC/2015) regarding the supression of the expression “unequivocal proof of the verisimilitude”, replaced by “probability of the claim”. The study aims to delimit the conception of “probability judgment” when applied to the matter of injuction requeriment. Such was made by the elucidation of the composing elements of the anticipatory technique, the bibliographic analysis of the terms “truth”, “probability” and “verisimilitude” and, in conclusion, the application of this terms in the subject “injuction requirement” by a systematic interpretation of the CPC/2015.

Keywords: injuction requeriment; anticipatory technique; probability

judgment; verosimilitude; truth.

INTRODUÇÃO

O início da vigência de uma nova lei como a 13.105/2015 (Código de Processo Civil) movimentou consideravelmente a comunidade jurídica, que passa a dedicar-se ao estudo dos novos institutos com o intuito de adiantar-se ao surgimento de problemas que podem advir da aplicabilidade prática desta.

Nesse contexto, alguns temas ganham relevância e são debatidos à exaustão, o que se mostra verdadeiramente útil, pois, do debate, sobressaem soluções respaldadas cientificamente e isso certamente confere maior segurança jurídica aos atores do ordenamento. Referido debate, aliás, só se viabiliza porque (por mais inovadores que sejam os institutos criados) outros debates e experiências similares em ordenamentos estrangeiros precederam à nova legislação, os quais certamente contribuíram para a formação da intenção de elaboração da nova lei.

No primeiro ano de vigência do CPC/2015, alguns temas ganharam grande visibilidade, a exemplo da "tutela de urgência", a qual certamente despertou o interesse da comunidade jurídica por sua ligação com o direito à efetividade da tutela jurisdicional.

Ocorre que essa "onda" de curiosidade não abrangeu um dos componentes essenciais da matéria atinente às "tutelas de urgência": a "probabilidade do direito", primeiro dos dois requisitos necessários para o deferimento de um pedido de tutela provisória de urgência, segundo a nova lei (artigo 300).

Grande parte da doutrina processual recente até registra a mudança legislativa em relação à matéria, qual seja, a eliminação do termo "prova inequívoca da verossimilhança" (antes empregado no artigo 273 do CPC/1973) e a opção pela "probabilidade do direito" (artigo 300 do CPC/2015); traz, ademais, explicações para o conteúdo da "probabilidade do direito"; se utiliza, contudo, de expressões igualmente indeterminadas e, portanto, deixa sem elucidação efetiva qual a intenção por detrás da alteração e não explica cientificamente que tipo de investigação se exige que o magistrado faça ao perquirir a presença da "probabilidade do direito" na análise dos pedidos de tutela provisória de urgência.

Ocorre que, embora "probabilidade" e "verossimilhança" tratem de conceitos jurídicos que, por sua essência, são abertos (de difícil fixação, portanto), é possível encontrar para estes uma delimitação razoável a partir da investigação profunda do contexto em foco, as "tutelas de urgência", do estudo histórico dogmático da problemática da "verdade no processo civil" (contraposta às ideias de "probabilidade" e "verossimilhança") e da aplicação deste estudo às diretrizes do ordenamento processual vigente a partir do CPC/2015. Assim, será possível contribuir para a aplicação mais esclarecida do conceito da "probabilidade do direito".

1. A tutela de situações emergenciais na história processual brasileira

A matéria processual civil brasileira relativa às "tutelas de urgência" deu um salto científico com o início da vigência do Código de Processo Civil 2015, a Lei nº 13.105/2015. Afinal, o grande destaque que havia sido dado no antigo código à tutela cautelar (hoje, uma das subespécies da tutela provisória de urgência) fez germinar mais de quatro décadas de estudos e debates intensos sobre o assunto na doutrina brasileira, o que certamente culminaria no amadurecimento da matéria quando adviesse um novo código.

Antes do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973), não era possível falar cientificamente em tutela cautelar no Brasil em virtude da total ausência de método e sistematização no trato da matéria¹, não obstante já houvesse previsão legal de "medidas preventivas" tanto no código de processo civil de 1939, como no Regulamento 737 de 1850 (considerada a primeira legislação brasileira aplicável ao processo civil) e até mesmo nas Ordenações Portuguesas².

O cenário, como dito, mudaria com o código Buzaid, que reservou um livro inteiro (dos quatro que o integravam) para o "Processo Cautelar", o qual – juntamente com o "Processo de Conhecimento" e o "Processo de Execução" – formava a famosa tríade processual em que se ancorou a ciência

¹ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civi (1980)**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 8. t. I. p. 6 apud MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 101.

² MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 100-1.

processual em nosso país nas últimas décadas³.

A opção do legislador brasileiro de 1973, vale destacar, revela forte influência do sistema romano-canônico, no qual o "processo de conhecimento" nasce vocacionado ao procedimento ordinário (livre de qualquer manifestação, por mais singela, de atividade executiva) e no qual os juízes estão impedidos de "conhecer" com base em mero juízo de verossimilhança, motivo pelo qual a atividade cautelar também não poderia ser confundida com a atividade cognitiva. A rígida separação das espécies de atividade jurisdicional foi, assim, a opção brasileira no antigo código⁴.

Fato é que o destaque dado à tutela cautelar – intencionalmente ou não – gerou a expansão de seu emprego de modo que a doutrina brasileira fala em uma verdadeira "descoberta" da função cautelar a partir de 1973⁵, com o que esta se tornou a tutela de urgência "por excelência", a despeito da existência de alguns procedimentos especiais no antigo sistema que, em situações bastante específicas, também eram capazes de "socorrer" os jurisdicionados que não pudessem aguardar o longo trâmite do processo.

Foi assim até 1994, quando sobreveio a primeira grande reforma do antigo código (mediante a Lei nº 8.952/1994) que, dentre outras inovações, incluiu a "antecipação de tutela" como uma nova possibilidade processual para salvaguardar os jurisdicionados dos efeitos do tempo de duração do processo, a qual recebeu tratamento nos artigos 273 e artigo 461, §3º, no Livro I, de "Processo de Conhecimento".

Essa opção legislativa de 1994 representou um rompimento da tradição romano-canônica (de rígida separação entre os tipos de atividades jurisdicionais), visto que a "antecipação de tutela", inserta ao processo de conhecimento, representaria a quebra da ordinariedade do procedimento a ser seguido no processo de conhecimento, já que o juiz ficaria autorizado a decidir com base em juízo de verossimilhança e a empregar meios executivos para garantir a efetivação da antecipação de tutela.

Ademais, a opção denotou independência relativamente à doutrina italiana porque, na Itália, se admitia tranquilamente que a antecipação de

³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**: Processo Cautelar (Tutela de Urgência). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3. p. 22-3.

⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**: Processo Cautelar (Tutela de Urgência). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3. p. 22-3.

⁵ Ibidem. p. 21.

tutela fosse concedida mediante o emprego das técnicas disponíveis para a tutela cautelar, sem a necessidade de criar-se um novo instituto⁶.

Desse modo, a partir de 1994, o sistema brasileiro contaria com duas possibilidades processuais genéricas para os jurisdicionados que necessitassem prevenir a ocorrência de danos durante o curso do processo: a tutela cautelar e a antecipação de tutela. Diz-se "genéricas" porque, conforme já mencionado, sempre houve a previsão da possibilidade de concessão de liminares em procedimentos especiais.

A tutela cautelar, com efeito, ficaria reservada exclusivamente para a entrega de provimentos que visassem resguardar a efetividade do provimento final definitivo pretendido (assegurá-lo, acautelá-lo), desde que a parte interessada lograsse êxito em demonstrar a presença do *fumus boni iuris e periculum in mora*⁷. Seria concedida, ademais, apenas mediante processo autônomo, o qual dependeria do ajuizamento de outro, o principal (no qual se buscaria a tutela do direito propriamente dito) e aquele duraria apenas o tempo suficiente para garantir a efetividade deste⁸.

A antecipação de tutela, por sua vez, serviria para a entrega de provimentos - no bojo do próprio processo de conhecimento - que possibilitassem a fruição provisória do direito invocado em si, desde que a parte interessada trouxesse prova inequívoca que convencesse o juízo da verossimilhança das alegações e que fosse constatado ou perigo de dano irreparável/de difícil reparação ou a prática de atos protelatórios pelo réu⁹.

Ocorre que, embora a reforma do código tenha optado pelo distanciamento entre as previsões legais da tutela cautelar e da antecipação de tutela, tais modalidades de proteção jurisdicional sempre foram muito próximas - vide experiência italiana que, como dito, deu tratamento único à matéria¹⁰.

Tanto é assim que, em 2002, uma nova reforma processual

⁶ Ibidem. p. 28-9.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.3. p. 45-8.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 44 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. II. p. 543-4.

⁹ DIDIER JR., Fredier et. al. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Tutela Provisória**. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 2. p. 527-559.

¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. Cit. p. 29.

brasileira (ou, a "segunda fase" da reforma iniciada em 1994) trouxe a regra da fungibilidade entre as tutelas cautelar e a antecipação de tutela (art. 273, §7º), mediante a Lei nº 10.444/2002. A nova regra dispunha que caberia concessão daquela mediante o procedimento previsto para esta (e, um pouco mais tarde, admitiu-se que a recíproca também seria verdadeira), desde que observado o preenchimento dos requisitos específicos de cada qual - *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a cautelar e prova inequívoca da verossimilhança das alegações e perigo de dano para a antecipada¹¹.

Especialmente a partir de 2002, portanto, o que se viu em nosso país foi a gradual constatação de que as tutelas cautelar e antecipada encontravam uma utilidade bastante semelhante no sistema processual e que, conseqüente, poderiam sim receber tratamento mais próximo - tendência que veio a se firmar com o Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, o código de processo civil de 2015, embora tenha extinguido o Livro III, de "processo cautelar" (que, como visto, era a "tutela de urgência por excelência" no antigo código), verdadeiramente ampliou a técnica que dá vez às tutelas de urgência, e, por outro lado, a simplificou.

A partir da vigência da nova lei, afinal, a matéria foi unificada em um único Livro (V, da parte geral) - ali se pode encontrar as disposições genéricas acerca das tutelas que visam proteger os jurisdicionados do ônus da duração do processo (ficam ainda apartados alguns procedimentos especiais), as quais ganharam um único gênero, das "tutelas provisórias", subdividido nas espécies "tutela de urgência" (subespécies cautelar e antecipada) e "tutela da evidência".

A técnica antecipatória, portanto, viabiliza-se agora mediante o gênero "tutela provisória", cujas espécies, no geral, seguem uma mesma lógica dogmática quanto a natureza jurídica, em que pese tenha sido mantida a diferença procedimental (o que demonstra a existência de uma residual intenção do legislador de manter afastadas as espécies e subespécies da tutela provisória, já criticada anteriormente).

Como novidade, também, há a unificação dos requisitos de concessão das subespécies cautelar e antecipada da "tutela provisória de urgência": basta, agora, para as duas subespécies, a apresentação de

¹¹ ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**: 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39-40.

elementos que evidenciem a probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme artigo 300 do CPC/2015¹².

Eliminou-se, pois, a antiga e criticada diferenciação entre os requisitos direcionados às tutelas de urgência cautelar e antecipada. Antes, como dito, para a cautelar, avaliava-se a exposição sumária do direito (o *fumus boni iuris*, aparência do bom direito) e, para a antecipada, a apresentação de prova inequívoca da verossimilhança das alegações. Agora, tudo reside no campo da "probabilidade do direito".

2. A técnica antecipatória do Código de Processo Civil de 2015

Antes de tudo, é de se esclarecer que "probabilidade do direito" é um conceito multifuncional, ou seja, tem aplicabilidade em mais de uma matéria processual. No ordenamento processual brasileiro ora em vigência, além de ser empregado na matéria das "tutelas provisórias de urgência" (artigo 300 do CPC/2015), tais conceitos são também aplicáveis às antecipações de tutela recursal ou concessões de efeito suspensivo a recursos (artigos 955, p. ún., 1.012, §4º, 1.019, I e 1.026, §1º do CPC/2015), na delimitação prévia dos meios de prova e dinamização do ônus probatório (artigo 357, II do CPC/2015) a até mesmo no exame acerca da aplicação dos efeitos da revelia (artigo 345, IV do CPC/2015).

Em todos esses casos, importará ao juiz compreender o significado do conceito de verossimilhança para fazer um "exame de mérito prévio" - antes de ter se estabelecido o contraditório, antes de colhidas todas as provas do processo, ou antes dessas duas ocorrências simultaneamente.

Para este estudo, especificamente, importa apenas o juízo de probabilidade atinente ao exame dos pedidos de tutela provisória de urgência. Foi justamente por isso que se iniciou este estudo pelo entendimento da evolução histórica do regramento das tutelas emergenciais.

Do referido histórico, nota-se que houve uma mudança de perspectiva acerca da matéria com a aproximação e sistematização de institutos que antes estavam esparsos na legislação. Agora, verdadeiramente, é possível falar na existência de uma "técnica processual"

¹² BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 16 mar., 2015.

que se ocupa da distribuição isonômica do ônus do tempo ao longo do processo.

O termo "técnica", vale esclarecer, é aqui empregado no sentido de "meio para se atingir um resultado". Sabe-se que o resultado pretendido em processo civil é sempre uma tutela jurisdicional, um provimento¹³. "Tutela e técnica estão, portanto, em *planos* distintos: a primeira é resultado, a segunda é meio para sua obtenção".¹⁴

Nesse sentido, pode-se dizer, à luz de nosso ordenamento processual atual, que há uma única técnica adequada à obtenção das diversas categorias de tutela provisória, que aqui se convencionará chamar de "técnica antecipatória"¹⁵, compreendida como aquela que "adianta no tempo proteção ao direito da parte, seja para satisfazê-lo desde logo, seja para acautelá-lo para realização futura"¹⁶; assim, a tutela a ser entregue mediante a técnica antecipatória será satisfativa ou cautelar "conforme o objetivo que dela se espera diante do direito material"¹⁷:

Enquanto o direito à tutela do direito (direito à satisfação do direito) e o direito à segurança do direito (direito à cautela do direito) constituem posições jurídicas oriundas do plano do direito material, a técnica antecipatória consubstancia-se em posição jurídica inerente ao processo justo.¹⁸

Em síntese, portanto, "a técnica antecipatória dá lugar a uma tutela jurisdicional provisória dos direitos"¹⁹ e é certo dizer que "o direito à técnica antecipatória é uma das posições jurídicas que integra o direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva a tempestiva mediante o processo justo"²⁰.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1. p.151-2.

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 70.

¹⁵ Ibidem. Loc. cit.

¹⁶ Ibidem. p. 109.

¹⁷ MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p.65.

¹⁸ Ibidem. p.70.

¹⁹ Ibidem. p. 76.

²⁰ Ibidem. p. 70.

A escolha dogmática deste artigo (de examinar a matéria em exame sob esse prisma da "técnica antecipatória"), contudo, não está imune a críticas visto que ainda há quem defenda a separação da "tutela antecipada" e da "tutela cautelar" no trato da disciplina.

No entanto, há que se observar que

A suposta impossibilidade teórica de reunir-se a partir da técnica antecipatória a tutela satisfativa e a tutela cautelar deriva do fato de comumente entender-se a tutela cautelar ao lado da antecipação de tutela – quando o correto está em colocar no mesmo plano apenas formas de tutela jurisdicional do direito, já que a técnica processual não se confunde com a tutela jurisdicional do direito, que por meio dela pode ser prestada. A técnica antecipatória é o denominador comum capaz de sistematizar o fenômeno da tutela sumária²¹.

Assim, na perspectiva aqui adotada, "técnica antecipatória" diz respeito ao meio para obtenção tanto da "tutela antecipada" quanto da "tutela cautelar" sendo que "a liminar que concede a tutela cautelar é aqui considerada – a todas as luzes – uma genuína antecipação da tutela cautelar"²².

Sob esse prisma, há quem defenda²³ que teria sido melhor que o CPC/2015 tivesse falado "técnica antecipatória" no livro destinado às "tutelas provisórias", até mesmo porque, no atual sistema processual, a "tutela cautelar definitiva" perdeu consideravelmente seu sentido.

Sem adentrar propriamente à polêmica e, feito esse contraponto, importa observar que a razão de ser da técnica antecipatória é uma só: fazer prevalecer o direito provável em detrimento do direito improvável com o equacionamento do ônus do tempo no processo²⁴.

²¹ Ibidem. p. 68.

²² Ibidem. p. 58.

²³ Ibidem. p. 68.

²⁴ MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 66-9.

Observa-se, ademais, que referida função é atingida pelo emprego de três estágios de atividade jurisdicional: o conhecimento sumário dos elementos disponíveis, o julgamento crítico acerca de tais elementos com a confrontação à necessidade de decidir antecipadamente no processo e, por fim, o emprego de meios executivos úteis à fruição provisória do direito a ser tutelado (este não é tão relevante ao tema em estudo).

Tais constatações permitem concluir que o sistema atual representa a total desvinculação do "modelo clássico" de processo, em que qualquer julgamento demandava juízo de certeza, advindo de cognição exauriente das questões apresentadas, somente após o que poderiam ser empregados meios executivos para fazer valer o direito das partes.

O emprego da técnica antecipatória, afinal, de modo totalmente oposto ao que se previa para o "modelo clássico", entrega um provimento meritório após simples cognição sumária e juízo de probabilidade e, desde já, permite aplicação de meios executivos para garantir a efetividade do direito. Justamente por isso é que o provimento a ser entregue mediante aplicação da técnica antecipatória é provisório (tem duração limitada), pode ser revogado ou modificado a qualquer tempo e, obviamente, não forma coisa julgada; desse modo, permite-se que, em qualquer fase processual, seja reestabelecido o "equilíbrio de probabilidade" que é a finalidade última do manejo da técnica antecipatória.

É relevante aprofundar que, quando se trata de cognição sumária, trata-se do tipo específico de cognição que marca a atividade jurisdicional realizada no exame dos pedidos de tutela provisória de urgência.

Cognição, sabe-se, é o conhecimento dos elementos trazidos ao processo – análise, exame. A regra, nas ações de conhecimento, é a de que preceda a qualquer julgamento meritório uma cognição que tenha sido capaz de exaurir todas as possibilidades argumentativas e probatórias do processo (cognição exauriente). Por vezes, contudo, permite-se ao juiz "conhecer" e, após, julgar sem que tenham sido exauridas todas essas possibilidades - eis a cognição sumária:

A sumarização do processo pela redução do módulo cognitivo pode [...] realizar-se de duas formas ou eventualmente, combinando ambas as técnicas: (a) pela limitação da cognição no plano horizontal (extensão,

amplitude). Esse é o caso, por exemplo, da vedação, em sede possessória, da discussão sobre o domínio (art. 923 do CPC [1973]) ou, ainda, a restrição de matéria imposta aos embargos de devedor (art. 741 [CPC 1973]); (b) pela sumarização da cognição no plano vertical (profundidade do exame judicial), hipótese em que o juiz resta autorizado a prover com base em verossimilhança, entendida como cognição incompleta ou parcial. É exemplo da utilização dessa técnica todo o arsenal de liminares disponíveis no sistema, sejam cautelares ou satisfativas ²⁵.

Assim, a cognição sumária (assim como o "juízo de probabilidade") não é instituto exclusivo do estudo da técnica antecipatória, mas aplicável a diversas matérias processuais. No entanto, é especialmente relevante falar-se em "cognição sumária" quando se trata da matéria em voga por ser justamente este o tipo de cognição que levará ao "juízo de probabilidade" exercido no exame do pedido de tutela de urgência, na medida em que o conhecimento limitado dos elementos de uma demanda jamais permitirá qualquer juízo de certeza a respeito desta (ainda que se trabalhe no campo da "certeza possível").

Quando se fala em "conhecimento limitado" da demanda, tal limitação pode referir-se tanto à deficitária produção probatória quanto à postecipação do contraditório:

o contraditório não é eliminado, nem poderia sê-lo; opera-se, todavia, seu deslocamento na estrutura do procedimento, quando, então, será oportunizado após o provimento que, justamente por isso, tem caráter provisório e pode ser modificado. Os provimentos fundados em juízo de verossimilhança atuam como espécie de gatilho para a postecipação do contraditório ²⁶.

Importante salientar, ademais, que "cognição sumária" não significa análise superficial de provas, mas "análise profunda" das provas

²⁵ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 80-1.

²⁶ Ibidem. p. 83.

sumariamente colhidas:

Ao referir-se à cognição superficial, está o autor apenas posicionando a cognição sumária no plano vertical da cognição, sem que isso tenha qualquer referência a uma atitude ou forma de aproximação do juiz ao material probatório. Não se cuida, portanto, de exame superficial, e sim de exame atento e conseqüente acerca da necessidade de tutela em face de um material probatório ainda incompleto. Embora pareça tola, a advertência é relevante, visto que a praxe toma a expressão "cognição superficial" como uma autorização para a decisão irrefletida e carente de fundamentação²⁷.

Do mesmo modo, essa "análise profunda" das provas sumariamente colhidas não encontra qualquer incompatibilidade com o "juízo de probabilidade" de dever ser feito pelo magistrado. O juiz, afinal, ao fazer o seu "julgamento de probabilidade" analisa profundamente as provas disponíveis e, a partir delas, deve julgar mesmo sem ter convicção do resultado final da demanda.

Assim, a falta de convicção a respeito do direito da parte postulante nesse momento processual (juízo de probabilidade) não advirá da superficialidade do exame em si, mas do menor "nível de conhecimento" que uma prova *prima facie* traz ao processo, visto que esta pode ser insuficiente ou pode vir a ser contraditada por outra durante o curso da demanda (e isso deve ser levado em conta no exercício do juízo de probabilidade).

Dessa forma, enquanto a cognição sumária trata de atividade jurisdicional relativa ao conhecimento dos argumentos e provas colacionados ao processo, o juízo de probabilidade pode ser conceituado como a "medição" desse conhecimento, ou seja, o "cálculo", por assim dizer, que se dá após a realização da atividade cognitiva - uma atividade de julgamento propriamente dita (e não puramente de conhecimento) na qual o juiz afere qual a probabilidade de êxito do demandante diante dos elementos que até então

²⁷ WATANABE, Kazuo. **Da cognição processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 121 apud FLACH, Daisson. Op. cit. p. 82.

lhe foram expostos.

Importa, pois, ao magistrado, exercer o juízo de probabilidade da maneira mais cuidadosa possível, visto que, embora provisório, trata-se de julgamento de mérito que gerará efeitos práticos às partes em disputa e do qual dependerá a efetividade do direito vindicado.

Diante disso, indaga-se sobre o quê - exatamente - o magistrado deveria levar em conta ao realizar um exame tão impactante como é o do juízo de probabilidade.

Afinal, o que definiria a "probabilidade processual" destacada na legislação de 2015 e em que esta se diferenciaria da "verossimilhança processual" destacada na antiga lei? E mais: em quê tais termos se opõem à "verdade final" que se busca no processo?

3. A Probabilidade, a verossimilhança e a verdade no processo.

"Probabilidade" é um termo que encerra um *standard* processual ou "modelo de constatação" – assim como ocorre com a antiga terminologia do CPC/1973 "juízo de verossimilhança":

quando uma norma jurídica contém referência a um *standard*, é ela particularmente aberta do ponto de vista de sua estrutura lógica e semântica. Este ponto de abertura tem como característica essencial não reenviar, para o fim de aplicação da norma mesma, à outra norma ou princípio encontrável no interior do próprio ordenamento jurídico (ainda que em ampla concepção), mas de remeter a critérios existentes fora do ordenamento, não fixados pelas normas jurídicas²⁸.

Disso decorre que o conteúdo de tais termos revela-se mais facilmente no exame casuístico, ou seja, no silogismo que cada caso exigirá que o magistrado faça durante o julgamento dos casos concretos.

De todo modo, se não é possível chegar a um conteúdo único e pré-determinado para tais termos, ao menos é possível trabalhar os

²⁸ TARUFFO, Michele. **La giustificazione delle decisioni fondate su standards. La regola del caso.** Padova: Cedam, 1995, p. 268-9 apud FLACH, Daisson. Op cit. p. 116.

conteúdos desvendados pela doutrina processual para atingir uma visão mais esclarecida sobre o tema.

Aliás, mesmo diante da complexidade do debate (e justamente por isso), o estudo da alteração legislativa acerca desses termos (probabilidade em substituição a verossimilhança) faz-se imperioso, visto que há de haver controle das decisões judiciais fundadas nos chamados *standards*, sob pena de subverter-se a lógica de todo o sistema jurídico processual, que deve garantir que as decisões judiciais sejam minimamente previsíveis. Afinal,

concebida a decisão judicial como a conclusão de um silogismo prático, sua justificação deve ser capaz não apenas de apontar a correção da operação lógica que conduz das premissas à conclusão (justificação interna), mas também de expressar a correção das premissas utilizadas (justificação externa). A decisão [assim] estará externamente justificada quando suas premissas são qualificadas como boas segundo os *standards* utilizados por quem fez a qualificação²⁹.

Referida necessidade de fundamentação das decisões judiciais, aliás, faz-se ainda mais seriamente impositiva na vigência do Código de Processo Civil de 2015, que demonstra especial preocupação com a previsibilidade e uniformização das decisões judiciais.

Não bastasse o problema de estarmos tratando de "conceitos abertos", a discussão aqui instaurada, como visto, acaba tangenciando uma intrincada questão filosófica, a da verdade no processo civil, pela qual perpassaremos, ainda que timidamente (apenas de modo suficiente para desobscurecer o debate).

Um dos primeiros ensaios a enfrentar diretamente o tema da verdade no processo civil na contemporaneidade foi engendrado pelo respeitado processualista italiano Piero Calamandrei³⁰, à luz do ordenamento processual civil italiano (no qual, sabe-se, baseou-se fortemente o ordenamento brasileiro).

²⁹ FLACH, Daisson. Op. cit. p. 117.

³⁰ CALAMANDREI, Piero. Verdade e verossimilitude no Processo Civil. In: CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. trad.: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 269-99.

Calamandrei³¹, inspirado na filosofia de Voltaire, tinha uma concepção altamente relativista acerca da ideia de "verdade"; dizia que "o que enxergamos, só é o que nos parece que enxergamos. Não verdade, senão verossimilitude: é dizer, aparência (que pode ser também ilusão) de verdade". Nesse sentido, a princípio, para Calamandrei³², a distinção entre "juízo de verdade" e "juízo de verossimilhança", não teria relevância alguma para o resultado final do processo, visto que tais termos não passariam de simples "gradações psicológicas":

[...] *Possível* é o que pode ser verdadeiro; *verossímil* é o que tem aparência de ser verdadeiro. *Provável* seria, etimologicamente, o que se pode provar como verdadeiro [...]. Mas estas diferenças não têm uma precisa correspondência no vocabulário dos juristas: no máximo, se tomamos como termo de referência a comprovação da verdade, se pode dizer que essas três qualificações (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação, uma progressiva acentuação, em direção ao reconhecimento do que é verdadeiro. [...] Mas trata-se de matizes psicológicas que cada julgador entende de seu modo³³.

Em que pese o relativismo, Calamandrei³⁴ buscou firmar cientificamente suas concepções a respeito do tema após constatar que, se a lei faz contraposição entre "juízo de verdade" e "juízo de verossimilhança", passa a ser necessário, para a ciência processual, se ocupar da distinção.

Dessa forma, a premissa de que parte Calamandrei³⁵ é a de que, embora o juízo final de verdade não passe, na realidade, de um juízo de verossimilhança mais "profundo", este se difere do juízo de verossimilhança "propriamente dito" em virtude do momento processual em que é realizado e da finalidade que alcança: aquele é um juízo de caráter final e definitivo, este um juízo de caráter instrumental e provisório.

³¹ Ibidem. p. 269-71.

³² Ibidem. p. 273.

³³ Ibidem. p. 276.

³⁴ Ibidem, p. 273.

³⁵ Ibidem. p. 277.

Ademais, segundo a concepção de Calamandrei³⁶, o "juízo de verdade", seria elaborado a partir do exame de todas as provas colhidas para o caso, enquanto o "juízo de verossimilhança" lidaria com simples alegações ou, no máximo, com as chamadas "provas leviores" (que seriam as primeiras provas do processo, produzidas unilateralmente).

O juízo definitivo de verdade é, então, o resultado de uma comparação entre a representação de parte (tema) e as representações oferecidas pelas provas (demonstração). Pelo contrário, o juízo de verossimilitude não aguarda às representações probatórias do fato a provar: se baseia, antes da indagação em concreto, numa máxima de experiência que corresponde à frequência com que na realidade se produzem os fatos do tipo do alegado³⁷.

Dessa forma, o "juízo de verossimilhança" se valeria principalmente de alegações e, por vezes, das provas leviores; a esse respeito, aliás, Calamandrei³⁸ afirmava que "o juízo de verossimilitude [...] é em substância uma maneira para transformar a alegação em prova: ou seja [...] para dar em certos casos uma provisória relevância à simples alegação da parte". Ademais, o "juízo de verossimilhança" na concepção de Calamandrei³⁹ recorreria a um critério de ordem geral mediante a observação daquilo que normalmente acontece (*quod plerumque accidit*).

Assim, pode-se concluir que, para Calamandrei⁴⁰, a "verossimilhança" refere-se ao juízo sobre se algo tem aparência de ser verdadeiro, ou seja, se há correspondência entre o que é alegado e o que normalmente acontece no plano fático comum (máxima de experiência); a verdade, de outro modo, adviria de uma correlação entre o que é alegado e o que se provou no processo. A probabilidade, por fim, seria uma "média" entre os termos – mais que verossimilhança, menos que verdade.

Nota-se, contudo, que Calamandrei⁴¹ não se aprofunda em relação ao "juízo de probabilidade" provavelmente porque, para o sistema

³⁶ Ibidem. p. 278 e 292.

³⁷ CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 278.

³⁸ Ibidem. p. 294.

³⁹ Ibidem. p. 275.

⁴⁰ Ibidem. p. 269-99.

⁴¹ Ibidem. Loc. cit.

processual italiano à época, interessava mais a "verossimilhança". Ademais, a distinção entre "verossimilhança" e "probabilidade", na concepção de Calamandrei, como visto, além de obscura, seria de pouca utilidade prática.

Mesmo assim, conforme desenvolveremos em tópico adiante, a forma com que o processualista italiano trabalhou a oposição entre os dois termos (como faces da mesma moeda) contribui para a leitura mais crítica acerca da real necessidade da troca terminológica realizada no CPC/2015, em que, como visto, optou-se por "probabilidade".

De modo contrário a Calamandrei, há quem defenda haver rígida diferença entre "verossimilhança" e "probabilidade". O principal defensor dessa ideia é o processualista, também italiano, Michele Taruffo⁴², que se tornou um dos maiores críticos das ideias de Calamandrei.

Para Taruffo os termos "verossimilhança" e "probabilidade" não deveriam ser tratados apenas como gradações psicológicas em direção à verdade, pois tratariam de perspectivas totalmente distintas. A "verossimilhança", seria estritamente relativa à "ordem normal das coisas", à correspondência entre o que é alegado e o que normalmente acontece, sem qualquer relação com a veracidade da asserção ou com o esforço probatório da parte em um processo; assim, a verossimilhança não estaria localizada em uma "escala" de aproximação à verdade de um caso concreto, por figurar como um simples teste de aproximação "em abstrato", de acordo com o que acontece no mundo⁴³.

"Probabilidade", por outro lado, para Taruffo⁴⁴, seria termo localizado na "escala" em direção à verdade processual que se referiria ao "grau de fundamentação, de credibilidade e aceitabilidade, com base nos elementos de prova disponíveis em um contexto dado". Assim,

A "representatividade" de uma asserção não implica sua "probabilidade" em um contexto específico. A representação pode ser realista sem ser verídica. Ao invés, uma asserção inverossímil pode ser verdadeira

⁴² TARUFFO, Michele. **La prueba de lós hechos. Madrid: Trotta, 2002, p. 190** *apud* FLACH, Daisson. **Op. cit.** p. 68.

⁴³ *Ibidem.* p. 68-9.

⁴⁴ *Ibidem.* Loc. cit.

mesmo quando, contrariando o que habitualmente ocorre, há elementos a suportar um juízo positivo acerca da existência de um fato afirmado.⁴⁵

Embora não pareça haver uma abissal distinção entre as ideias de Calamandrei⁴⁶ e Taruffo⁴⁷, a crítica deste àquele deu-se porque Calamandrei não propôs a obstinada separação entre "exame fundado nas máximas de experiência" e "exame fundado em provas", mas mesclou as duas ideias a todo tempo (ao tratar, por exemplo, do exame das provas leviores como atinente ao juízo de verossimilhança); ademais, porque para Taruffo, "verossimilhança" e "probabilidade" não representariam intervalos de uma mesma "escala" em direção à verdade, mas se distinguiriam em essência, com o que não concordava Calamandrei.

No Brasil, há adeptos das duas correntes quanto ao tema.

O processualista brasileiro Daisson Flach⁴⁸, estudioso da matéria, declara-se defensor das ideias de Calamandrei⁴⁹ ao advogar que seria impossível a rígida separação entre o juízo fundado nas "máximas de experiência" e o juízo fundado em provas, na medida em que dizer que algo é verossímil pressupõe algum saber sobre a realidade, havendo nas "máximas de experiência" uma necessária noção empírica, matemática e, portanto, probabilística⁵⁰.

Nesse sentido, Daisson Flach⁵¹, argumenta que nem sempre o "juízo de probabilidade" estará fundado em provas, como, por exemplo, no caso em que estas faltem, ou no caso em que forem contraditórias, momento em que restará recorrer à probabilística advinda das "máximas de experiência":

Não parece haver tão drástica fratura a justificar o abandono da expressão verossimilhança para significar grau de probabilidade, de aproximação à verdade em um dado contexto. Faltando elementos probatórios

⁴⁵ Ibidem. Loc. cit.

⁴⁶ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 269-99.

⁴⁷ TARUFFO, Michele. Op. cit. apud FLACH, Daisson. Op. cit.

⁴⁸ FLACH, Daisson. Op. cit.

⁴⁹ CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 269-99.

⁵⁰ FLACH, Daisson. Op. cit. p. 70.

⁵¹ Ibidem. p. 73.

conclusivos, e mesmo nas necessárias conexões entre os elementos probatórios adquiridos no processo (e aqui se põe a relevante questão da prova indiciária, extremamente comum, por exemplo, nos casos de tutela preventiva), o juízo de probabilidade resta amparado justamente na verossimilhança da alegação (sua proximidade ao que normalmente ocorre). Calamandrei aproxima-se a essa função da verossimilhança quando fala sobre a apreciação do material probatório quando dele resultem posições contrastantes. Nesse momento, a versão mais aderente ao que normalmente acontece reivindica, por questão ética, preferência na formação do convencimento judicial⁵².

Dessa forma, para Daisson Flach⁵³, um juízo a respeito daquilo que é provável necessariamente exigiria a aferição de aproximação àquilo que normalmente acontece e, assim, as máximas de experiência sempre estariam presentes em qualquer juízo de fato elaborado no processo:

A função pragmática do direito exige do julgador uma aproximação aderente ao "normal" como elemento de vinculação à realidade. Isso importa um juízo de valor que se dê preferência, ao menos tendencialmente, à alegação verossímil (ainda que potencialmente falsa) em detrimento daquela que se afigure inverossímil (embora potencialmente verdadeira) Trata-se, segundo evidenciado por Giuliani, de atribuir à verossimilhança função ética orientadora da decisão no domínio do provável, limite da razão prática⁵⁴.

Igualmente no Brasil, Cândido Rangel Dinamarco⁵⁵ apresenta uma concepção que coaduna com as ideias de Calamandrei⁵⁶:

⁵² Ibidem. Loc. cit.

⁵³ Ibidem. p. 52.

⁵⁴ Ibidem. p. 73.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido. Op. cit.

⁵⁶ CALAMANDREI, Piero. Op. cit.

Probabilidade é mais do que mera credibilidade ou mesmo que verossimilhança, mas é necessariamente menos que certeza. Não passa da preponderância dos elementos convergentes à aceitação de uma proposição, sobre os elementos divergentes: quando há mais razões para acreditar numa afirmação, diz-se que o fato afirmado é provável e, havendo mais razões para rejeitá-la, ele é improvável (Nicolo Framarino dei Malatesta). E, como a certeza absoluta é sempre inatingível, precisa o operador do sistema conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa avaliação da probabilidade suficiente⁵⁷.

Note-se que, assim como Calamandrei, Dinamarco coloca a "verossimilhança" e a "probabilidade" como termos de uma "escala" em direção à certeza; ademais, fala genericamente em "razões para se acreditar em uma afirmação" como medida da probabilidade, o que permite depreender que tais razões podem estar ancoradas em quaisquer elementos: máximas de experiência ou provas.

De modo semelhante, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵⁸, ao tratarem do tema à luz do sistema processual brasileiro já na vigência do CPC/2015, expuseram que não haveria distinção precisa entre a "verossimilhança" e a "probabilidade":

[...] Não há razão e viabilidade lógica na distinção entre verossimilhança, probabilidade ou qualquer outro termo que queira indicar seus conteúdos, uma vez que não há como se quantificar o grau de probabilidade de uma prova e, muito menos, o grau de convicção judicial. [...] Ademais, quando se pensa em verossimilhança ou probabilidade, não se está olhando para a busca da verdade, ou para a sua essência em termos filosóficos, mas para a convicção que o juiz pode formar diante da limitação da produção de provas⁵⁹.

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. cit.** 147.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme et. al. **Prova e Convicção de acordo com o CPC/2015**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁵⁹ Ibidem. p. 101-2.

Marinoni e Arenhart⁶⁰ também acreditam que, em essência, sequer seria possível apontar uma objetiva oposição entre a "verdade" e a "verossimilhança" visto que a verdade do processo sempre se resolveria em verossimilhança (embora uma verossimilhança "mais profunda"), mas, assim como Calamandrei⁶¹, advogam que a distinção faz-se necessária apenas porque (e na medida em que) a lei diferencia os dois tipos de juízos:

É que a verdade sempre se resolve em verossimilhança, quando então a verdade não poderia sequer ser oposta à verossimilhança. De modo que, se o referido art. 300, expressamente, autoriza o juiz a decidir com base em uma convicção de probabilidade ou verossimilhança, essa espécie de convicção pode ser oposta à convicção de verdade, própria ao juízo final, momento em que as provas suficientes já devem ter sido produzidas⁶².

Note-se que Marinoni e Arenhart, ao tratarem do "juízo de probabilidade" do artigo 300 do CPC/2015 falam em "convicção de probabilidade ou verossimilhança", embora a lei fale apenas em "probabilidade do direito"; isso reforça que, para os dois processualistas, não há qualquer distinção entre os termos, mesmo diante da expressa opção legislativa.

Marinoni e Arenhart, ademais, explicam o que o juiz deve levar em conta ao exercer o "juízo de probabilidade" tratado no citado artigo:

O juiz tem o dever de formar um juízo provisório pelo simples fato de ter a obrigação de decidir no curso do processo. Esse juízo não pode deixar de considerar as peculiaridades da situação concreta sobre a qual deve incidir e, assim, ignorar que a necessidade de tutela jurisdicional, por ser urgente, impede que a parte participe de forma mais ampla para convencê-lo acerca da sua razão. Aliás, o juiz, no momento de decidir diante do perigo, deve considerar não só a dificuldade da prova e a credibilidade das razões do autor, como também o valor dos direitos em litígio, fundamentalmente a sua

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ CALAMANDREI, Piero. Op. cit.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme et. al. Op cit. p. 101-2.

natureza (patrimonial ou não patrimonial) e a possibilidade de sua conversão em pecúnia. Por tudo isso, não é possível pensar que o juízo provisório somente pode se formar a partir de documentos. Na realidade, o juízo provisório não deve excluir nenhuma modalidade de prova. Qualquer uma delas é capaz de ser utilizada pela parte, ainda que sua participação seja limitada pela urgência⁶³.

Fica claro que, para Marinoni e Arenhart, o "juízo de probabilidade" deve levar em conta três principais elementos: as provas disponíveis (que podem ser de qualquer natureza) ou, na ausência de provas, o grau de dificuldade de sua produção; a credibilidade das razões do autor, ou seja, a força das alegações quando confrontadas às "máximas de experiência"; o valor dos direitos em litígio.

De modo oposto às ideias dos dois processualistas brasileiros, Daniel Mitidiero⁶⁴, ao aprofundar-se sobre o tema, demonstrou acreditar na existência de real distinção entre "verossimilhança" e "probabilidade", assim como fez Michele Taruffo:

A probabilidade constitui descrição em maior ou menor grau aproximada da verdade. Afirmar que determinada alegação é provável significa dizer que a proposição corresponde, em determinada medida, à verdade. Isso quer dizer que a probabilidade concerne a uma alegação concreta e indica a existência de válidas razões para tomá-la como correspondente à realidade. A verossimilhança, de outro lado, não diz respeito à verdade de determinada proposição. A verossimilhança apenas indica a conformidade da afirmação àquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*) e, portanto, vincula-se à simples *possibilidade* de que algo tenha ocorrido ou não em face de sua precedente ocorrência em geral⁶⁵.

⁶³ Ibidem. Loc. cit.

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. Op. cit.

⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p.115.

Dessa forma, Daniel Mitidiero, ao analisar a opção legislativa feita no CPC/2015, advogada expressamente pela utilidade e necessidade da troca terminológica:

Quando existe a necessidade de aproximação à verdade, como há quando o juiz tem de decidir a causa provisória ou definitivamente, já que constitui condição para uma decisão justa à adequada verificação da verdade a respeito das alegações de fato do processo, importa empregar o conceito de probabilidade e não o de verossimilhança. Era equivocada, portanto, a alusão que o Código Buzaid fazia ao termo verossimilhança no art. 273, *caput*, CPC. Nesse particular, o Código de 2015 atendeu a crítica da doutrina, falando corretamente em probabilidade em seu art. 300⁶⁶.

Feita esta investigação pelo debate doutrinário acerca da temática em voga, percebe-se que as divergências advêm, em verdade, da perspectiva que se dá ao tema.

Afinal, as doutrinas que rechaçam a adoção da noção de "verossimilhança" para explicar o "juízo de probabilidade" rechaçam, em verdade, a falta de cientificidade que pode ser empregada no manejo das "máximas de experiência", enquanto as doutrinas que defendem que o "juízo de probabilidade" confunde-se e nutre-se de um "juízo de verossimilhança" argumentam que há por detrás das "máximas de experiência" uma noção empírica, matemática e, portanto, probabilística (científica) ⁶⁷.

De qualquer modo, parece haver uma unicidade doutrinária quanto à indispensabilidade do exame de provas no "juízo de probabilidade" ou, ao menos, do exame da dificuldade de produção probatória quando não houver provas disponíveis. Ademais, quanto à noção de "verdade" também parece haver certa unicidade quanto à questão de que, em termos absolutos, ela é inatingível, quanto mais processualmente. Dessa forma, é possível concluir que todo juízo que se faça no processo implica uma busca pela verdade: senão ideal, ao menos a "verdade possível", a qual advirá do exame das provas disponíveis.

⁶⁶ Ibidem. Loc. cit.

⁶⁷ FLACH, Daisson. Op. cit. p. 70-3.

Nesse sentido, independentemente da visão doutrinária sobre o tema, ganha destaque a questão do exame de provas na medida em que se admite a relação teleológica existente entre prova e verdade no processo⁶⁸.

4. O exame da probabilidade do direito no emprego da técnica antecipatória do Código de Processo Civil de 2015

Após a minuciosa investigação sobre o tema da "probabilidade do direito", conclui-se que o conteúdo da expressão aqui investigada, no contexto fixado, revela muito mais que um simples "requisito de concessão" das tutelas provisórias de urgência (artigo 300 do CPC/2015).

Afinal e, em verdade, a "probabilidade" é conceito intrínseco à aplicação da técnica antecipatória – está ligada ontologicamente ao exercício da atividade jurisdicional realizada mediante referida técnica.

Ademais, após examinado todo o debate doutrinário que precedeu à escolha terminológica do Código de Processo Civil de 2015 ("probabilidade" em detrimento da "verossimilhança"), é possível concluir que, embora se tratem de conceitos multifacetados e abertos (*standards* processuais), é viável que lhes seja dado conteúdo caso a caso, nos limites da lei.

A posição deste artigo a respeito do assunto, ao fim do estudo realizado, é a de que mudança legislativa tem razão de ser, ou seja, a terminologia atual é melhor e mais técnica do que a empregada no CPC de 1973.

Isso se verifica porque o termo "verossimilhança", sozinho, como visto, poderia remeter a um juízo fundado exclusivamente nas "máximas de experiência" (naquilo que normalmente acontece), o que poderia gerar a interpretação de que deveria ser afastada a necessidade da análise das especificidades do caso concreto e das provas apresentadas. Como o antigo código, contudo, agregava ao termo "verossimilhança" a expressão "prova inequívoca", vê-se que não era esta a intenção do legislador e que, justamente para evitar tal interpretação, impôs-se expressamente a relevância do exame de prova no "juízo de verossimilhança".

⁶⁸ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense: 2006, p. 14 apud FLACH, Daisson. Op. cit. p. 50.

Ocorre que a opção por tal redação caracterizava impropriedade técnica. Afinal, não há que se falar na necessidade de juntada de prova inequívoca para o deferimento do pedido de tutela provisória de urgência. Muitas das vezes, em verdade, o postulante sequer tem prova do direito (quanto mais prova inequívoca). Aliás, tivesse a parte condições de produzir "prova inequívoca" desde o início do processo, já seria possível, nesse momento, o juízo de certeza (e não de verossimilhança).

Vale destacar, no tocante a esse ponto, que a impropriedade técnica em exame levava a diversos indeferimentos de pedidos de "tutelas antecipadas" no antigo sistema (CPC/1973) sob o fundamento de que estaria ausente a mencionada "prova inequívoca" - o que implicava restrição injusta do direito à tutela efetiva.

Assim, uma vez que havia a expressa intenção da lei de dar relevância ao cotejo de provas no exame dos pedidos de tutelas de urgência, melhor seria empregar a expressão "probabilidade do direito" que, como visto, está fortemente ligada ao exame probatório e, etimologicamente, denota maior grau de aproximação à verdade. Essa escolha, a par de ser mais técnica, daria ao juiz maior liberdade para o exame da prova colacionada e ainda deixaria claro que o destaque ao exame probatório, sem a necessidade de que as provas apresentadas fossem "inequívocas".

Crê-se que foi justamente este o anseio que se visou atender com a escolha terminológica do CPC/2015.

Fixada essa constatação, surge ainda uma indagação: quando trata de "probabilidade", o CPC/2015 alude ao conceito dado Michele Taruffo⁶⁹ ou ao de Piero Calamandrei⁷⁰? Em outras palavras: o "juízo de probabilidade" do artigo 300 do CPC/2015 envolve apenas exame probatório ou permite também o confronto às "máximas de experiência"?

A segunda opção, na visão deste artigo, é a mais correta, ou seja, o conceito de Piero Calamandrei é o adotado no CPC/2015.

Surge, então, mais uma indagação: como justificar que o legislador de 2015 não tenha escolhido o termo "probabilidade" com o intuito de extirpar dessa espécie de juízo as máximas de experiência?

⁶⁹ TARUFFO, Michele. Op cit. apud FLACH, Daisson. Op. cit.

⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. Op. cit.

Inicialmente, há que se observar que o artigo 300 do CPC/2015 não fala em "provas que evidenciem a probabilidade", mas, genericamente, em "elementos que evidenciem a probabilidade", o que permite concluir que a probabilidade poderá advir não só de provas, mas de quaisquer elementos trazidos aos autos.

Em segundo plano, mediante interpretação sistemática da lei, não se pode deixar de observar que o CPC/2015, no capítulo em que traz as "disposições gerais sobre provas" obriga o juiz a aplicar as máximas de experiência no julgamento dos casos concretos: "Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial"⁷¹.

Assim, à luz do código em vigência, é possível extrair a assertiva de que os "elementos" dos quais se deve extrair a probabilidade do direito podem ser: as provas disponíveis, qualquer que seja a natureza, ou, na ausência de provas, o grau de dificuldade de sua produção; a credibilidade das razões do autor, ou seja, a força das alegações quando confrontadas às "máximas de experiência" (àquilo que normalmente acontece) – tudo isso, como visto, em cotejo ao valor e à natureza dos direitos em litígio.

Dessa forma, é extremamente precário o argumento (não raro na prática forense) de que, agora, com o CPC/2015, o exame das tutelas provisórias de urgência dispensaria a "verossimilhança das alegações" (no sentido de "aproximação à realidade") ou que independeria de prova (diante da retirada da expressão "prova inequívoca"). Não é esta a ideia por detrás do código; afinal, com o CPC/2015, deve-se compreender que qualquer elemento é útil ao "juízo de probabilidade" e cada caso deverá ser avaliado segundo suas especificidades.

Conclusão

Ao fim da investigação realizada, conclui-se que a reforma processual de 2015, nos pontos analisados no presente artigo, era verdadeiramente indispensável.

⁷¹ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 16 mar., 2015.

Em uma análise geral da matéria em voga, conclui-se que a acessibilidade e ampliação do emprego da técnica antecipatória após a vigência do CPC/2015 foi certamente impulsionada por sua simplificação e (de certo modo) por sua "desburocratização", embora ainda caibam críticas à sistemática criada.

O antigo sistema das tutelas emergenciais, afinal, estava certamente ultrapassado, visto que, em seu nascedouro, contava com formalidades incompatíveis com o binômio eficácia-celeridade e, não bastasse, as sucessivas reformas fizeram com que alguns institutos perdessem sua identidade (o que, não raro, gerava confusões na aplicabilidade da lei).

Conforme exposto ao longo do presente artigo, essa conquista da legislação processual de 2015 é constitucional, visto que fica garantida, com a mudança, a maior efetividade aos direitos dos cidadãos.

Outrossim, em uma análise específica da matéria investigada neste artigo, notou-se que a troca terminológica estudada ("probabilidade" por "verossimilhança") atende a um anseio que era geral.

Desse modo, a escolha do termo "probabilidade" é corolário de um apelo "técnico": a eliminação do termo "prova inequívoca" era essencial, visto que este revelava notória impropriedade e vinculava os magistrados a realizar uma exigência irrazoável às partes; por outro lado, era também necessário demonstrar a relevância da análise das provas disponíveis no momento do pedido de tutela provisória, mas, ao mesmo tempo, não se podia dispensar o exame dos demais elementos, como as alegações do postulante e seu confronto com a realidade (regras de experiência), além da natureza e do valor dos direitos em litígio.

Por tudo isso, como visto, o termo "probabilidade" foi o eleito pela nova lei, este denota mais do que mera "verossimilhança", mas certamente menos do que certeza inequívoca.

Conforme desenvolvido, ademais, deve ser dado sentido quase matemático (ou estatístico) ao cálculo atinente ao juízo de probabilidade, com a demonstração clara e precisa a respeito dos elementos de que é extraída a probabilidade e a apresentação da correlação ao substrato jurídico a respeito do tema, sempre de maneira fundamentada. Aliás, o pressuposto da análise

crítica de qualquer decisão é, justamente, a fundamentação suficiente desta, conclusão especialmente relevante quanto às decisões fundadas em conceitos abertos como a "probabilidade". É bom frisar, assim, que o fato de tratar-se de um juízo sumário, provisório e precário não implica (e não pode implicar) superficialidade da decisão.

Por fim, após fixados cientificamente os contornos dados ao "juízo de probabilidade" na sistemática do CPC/2015, conclui-se não ser possível fixar o termo em estudo de modo objetivo o suficiente para evitar qualquer "desvio" no momento da aplicação prática da matéria; a análise do magistrado deverá ser, pois, inevitavelmente casuística, mas também racional, controlada e pautada pelos parâmetros estudados no presente artigo, isto é, é possível e necessário pautar o exame da "probabilidade do direito" em critérios científicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 17 jan., 1973.

_____. Presidência da República. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 16 mar., 2015.

CALAMANDREI, Piero. Verdade e verossimilitude no Processo Civil. In: CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. trad.: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 269-299.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.3.

CAVANI, Renzo. Verosimilitud, probabilidad: da lo mismo? Um diálogo com Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, Wiliam Santos (Coord.). **Direito Probatório**. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 5.

DIDIER JR., Fredier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito**

Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Tutela Provisória. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Leonardo. A tutela de Urgência e a Tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: s/ed., n. 14, p. 204, 2014. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 2 jan. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção de acordo com o CPC/2015**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 27-66, jul. 2011. v. 36, n. 197.

ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**: 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo Civil. A estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 13-34, jul. 2012. v. 37, n. 209.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 44 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. II.