

**TUTELAS DE URGÊNCIA: COGITAÇÕES SOBRE O JUÍZO DE
VEROSSIMILHANÇA, A PROVA DIABÓLICA E A VIOLAÇÃO DE GARANTIAS
PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS DO RÉU**

**EMERGENCY INJUNCTIONS: COGITATIONS ABOUT THE JUDGMENT OF
VERISIMILITUDE, THE DEVIL'S PROOF AND THE VIOLATION OF
DEFENDANT'S FUNDAMENTAL RIGHTS**

Camilla Mattos Paolinelli¹

RESUMO

A presente reflexão tem como ponto de partida a demarcação teórica das tutelas cautelares e antecipatórias a partir do gênero *Tutelas de Urgência*, tal qual proposto no projeto de Novo Código de Processo Civil aprovado no Senado em 15.12.2010. Pretende-se analisar os institutos sob o ponto de vista do requisito genérico da *verossimilhança* que fundamenta a concessão de tutelas cautelares e antecipatórias, demonstrando que não há, na prática, quaisquer diferenças quanto ao grau de intensidade cognitiva exigida para deferimento de uma ou outra medida, de maneira que o juízo (grau de convicção) formado quando da prolação de decisões que concedem liminares, dificilmente será modificado. Demonstra-se que a decisão final da demanda é incapaz de encontrar a verdade substancial dos fatos, mas tão somente um *juízo de verossimilhança em grau máximo* - verossimilhança que também fundamenta a convicção liminar - e, por isso, se o autor tem razão liminarmente, dificilmente não terá ao final da demanda. Procura-se apontar que, em razão dessa improvável alteração no juízo formado quando do deferimento das tutelas de urgência, ocorre a transferência de um ônus de prova para o Réu equivalente ao da produção de uma *prova diabólica*, praticamente impossível de ser atendido, o que leva à flagrante violação de garantias processuais fundamentais do Réu. A fim de resolver o problema, sugere-se que haja participação efetiva do Réu na formação do convencimento do magistrado quando a pretensão do autor envolver tutelas de urgência, evitando as consequências maléficas do contraditório postergado consistentes no aviltamento das garantias do *contraditório paritário como efetiva influência, ampla argumentação como ampla defesa e participação de um terceiro imparcial*, tudo em decorrência da prova diabólica transferida ao Réu. As propostas aqui delineadas não têm pretensão de corrigir todas as mazelas apontadas, tratando-se apenas de sugestões para corrigir os problemas causados pelo deferimento das tutelas de urgência *inaudita altera parte*. O marco teórico utilizado para a reflexão, compõe-se de uma associação entre as teorias estruturalista e constitucionalista do processo com balizamentos do *procedimentalismo habermasiano* (Escola Mineira de Processo).

PALAVRAS-CHAVE: Tutelas de Urgência. *Juízo de Verossimilhança*. Prova Diabólica. Contraditório paritário. Ampla Argumentação. Terceiro Imparcial.

¹ Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduada em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas com intercâmbio acadêmico na Universidade de Coimbra. Pesquisadora integrante do grupo de pesquisa em *Direito Fundamental à Organização e ao Procedimento* vinculado ao NAP 2012/PUC Minas. Estagiária de docência do Prof. Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Advogada militante. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2532984344080424>.

ABSTRACT

This reflection develops from the theoretical demarcation of precautionary and anticipatory injunctions from gender *Emergency Injunctions*, as proposed in the project of New Code of Civil Procedure approved by the Brazilian Senate on 15.12.2010. It's intended to analyze the institutes from the point of view of the general requirement that the verisimilitude basis for the grant of anticipatory and precautionary injunctions, demonstrating that there is, in practice, any differences in the degree of cognitive intensity required for approval of either measure, so that the judgment (degree of belief) formed when the delivery of decisions granting injunctions is hardly changed. It is shown that the final demand is unable to find the substantial truth of the facts, but only as a judgment on the maximum degree of verisimilitude - verisimilitude that also underlies the conviction injunction - and therefore, if the author is right at the outset, hardly not have to end demand. Seeks to show that, because of this unlikely change in judgment formed when the acceptance of emergency injunctions occurs transferring a burden of proof to the Defendant equivalent to the production of devil's proof, virtually impossible to be met, which leads to blatant violation of fundamental procedural guarantees of the Defendant. To solve the problem, it is suggested that there is effective participation in the formation of the Defendant's conviction of the magistrate when the author claims involve emergency guardianships, avoiding the detrimental consequences of adversarial postponed consistent vilification of the guarantees in the adversarial proceedings as effective influence, broad argumentation as full defense and involvement of a impartial judge, due to the devil's proof transferred to the Defendant. The proposals outlined here have no claim to fix all the problems mentioned, since it is only suggestions to fix the problems caused by the granting of emergency guardianships unprecedented change part. The theoretical framework used for reflection, consists of an association between the structuralist and constitutional theories of process with the guideposts proceduralism of Habermas (Minas Scholl Process).

KEYWORDS: Emergency Injunctions. Judgment of verisimilitude. Devil's proof. Adversarial proceedings. Full defense. Impartial judge.

INTRODUÇÃO

Na pretensão de *sepultar* ou, quando menos, *abrandar* as acirradas (e inúteis!) discussões acerca do grau ou nível de profundidade cognitiva (*gradação de certeza*) exigido para a concessão das tutelas antecipadas e cautelares, o projeto do Novo Código de Processo Civil², aprovado no Senado Federal (Projeto de Lei 8.046/10 – anterior PL 166/10 do

² O projeto de Novo Código de Processo Civil (anterior *Anteprojeto*) foi elaborado por uma Comissão de Juristas - composta por onze integrantes de renome - instituída pelo ato nº.379 de 30.09.2009, assinado pelo Senador José Sarney. Em exíguo período de tempo, a referida Comissão elaborou o mencionado Anteprojeto que tramitou inicialmente no Senado sob o PLS nº166/2010. Aprovado em 15.12.2010 naquela Casa, após a realização de inúmeras audiências públicas para discussão do texto inicial, o projeto passou à Câmara dos Deputados com nova numeração - PL 8.046/2010. Em setembro/2012, o Deputado Federal Sérgio Barradas apresentou relatório geral do texto do projeto aprovado, propondo inúmeras alterações. A proposta de novo texto, contudo, sequer chegou a ser votada devido à mudança de relatoria. Em dezembro/2012, foi nomeado como novo relator geral o Deputado Federal Paulo Teixeira. Recentemente – em 20.03.2013 – o novo relator apresentou texto preliminar

Senado), unificou o tratamento legal conferido aos mencionados institutos. O projeto reuniu, num único Título³, ambas as categorias sob o gênero *Tutelas de Urgência e de Evidência*⁴, mantendo, contudo, a natureza jurídica diversa dos provimentos (de cunho satisfativo, no primeiro caso; e preventivo / assecuratório / conservativo, no segundo).

A despeito de ainda conservar a tradicional divisão entre cautelares como medidas de natureza conservativa e tutelas antecipadas como provimentos antecipatórios do mérito (e, portanto de natureza genuinamente satisfativa), a nova regulamentação aprovada no Senado propõe a unificação dos requisitos para concessão dos pleitos, exigindo em ambos os casos tão somente a demonstração de elementos que evidenciem a “*plausibilidade do direito*”, bem como o “*risco de dano irreparável ou de difícil reparação*”^{5 6}.

“*Substitutivo aos projetos que tratam do Código de Processo Civil*”. No entanto, o novo texto proposto ainda não possui previsão de votação na Câmara dos Deputados, motivo pelo qual, ater-se-á na presente reflexão, apenas aos conteúdos normativos do texto do projeto aprovado no Senado (PL 8.046/2010), já que se trata do único texto devidamente aprovado - com observância ao devido processo legislativo -, e que, portanto, ainda prevalece. O novo relatório geral dos projetos, apresentado por Paulo Teixeira, todavia, já se encontra disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira>. Acesso em: 20.03.2013.

³ Importante destacar que, no tocante às tutelas de urgência, mormente os avanços do PL 8.046/2010 aprovado no Senado, os textos substitutivos tanto de relatoria do Deputado Sérgio Barradas quanto de Paulo Teixeira parecem ter retrocedido. É que tanto o primeiro quanto o segundo textos propõem a alteração do Título IX, do Livro I do PL 8.046/2010 – “*Tutela de Urgência e de Evidência*” para o Livro V (da parte geral) que ganha a denominação – “*Da Tutela Antecipada*”. Ora, salvo melhor juízo, considera-se a tutela antecipada, - assim como as tutelas preventivas (cautelares)-, como espécie do gênero tutelas de urgência, sendo caracterizada pela natureza satisfativa do seu provimento. Trata-se de uma espécie de antecipação dos efeitos do pronunciamento de mérito por via da inversão do ônus do tempo, justificada pela urgência (fundado receio de dano) e presença de verossimilhança das alegações, demonstrada por provas. Dessa forma, se a tutela antecipada é e espécie, qual a razão para que os novos projetos proponham colocá-la como gênero?! Se o intuito dos projetos foi de unificar os requisitos para concessão de tutelas cautelares e antecipatórias, já que ambos os institutos estão marcados pela eminência ou risco de dano irreparável que justifica a antecipação de tempo procedimental com cognição sumária num *iter* processual mais delgado, deveria o Livro V (parte geral) ser designado pelo gênero “*Tutelas de Urgência*”, a exemplo do que fez o PL 8.046/2010 - não por uma de suas espécies. Tanto as tutelas satisfativas como as preventivas podem ser concedidas liminarmente. O que as justifica não é exclusivamente a antecipação do tempo procedimental, mas, sobretudo, a urgência na necessidade de serem concedidas de imediato, devido ao fundado receio de dano causado à parte que as requer. A colocação, por Barradas e Teixeira, das tutelas de urgência como espécies da tutela antecipada, com a devida vênua, é um equívoco grosseiro e injustificado.

⁴ Andréa Carla Barbosa fala em “*radicalização da fungibilidade*” entre as tutelas cautelares e antecipatórias, já prevista no §7º do art. 273 do CPC/1973 e que com o Projeto do Novo CPC passa a operar em duplo sentido. (*Direito em Expectativa: As tutelas de urgência e evidência no Projeto de Novo Código de Processo Civil*, p.246)

⁵ “Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.” (Grifa-se) (BRASIL. *Projeto de Lei nº 8.046/2010*)

⁶ Saliente-se que tanto no texto substitutivo proposto por Barradas quanto no de Paulo Teixeira ocorre uma alteração nos requisitos exigidos para a concessão das tutelas “*antecipadas de urgência*”. Nos novos textos, estas passam a exigir “*elementos que evidenciem probabilidade do direito e o perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional*” (artigo 282 – projeto Barradas. BRASIL. *Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/10*. Relator-geral Deputado Federal Sérgio Barradas. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>. Acesso em 04.12.2012) e (artigo 301 – projeto Paulo Teixeira. BRASIL. *Substitutivo aos projetos que tratam do Código de Processo Civil*. Relator-geral Deputado Paulo Teixeira. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a->

Devido à brevidade da reflexão, não se tem a pretensão de adentrar à polêmica de questões trazidas pelo projeto como as que ampliam em demasia o poder geral de cautela do magistrado, permitindo abertura suficiente para o deferimento de cautelas e tutelas de ofício, mesmo sem requerimento da parte⁷. O objetivo do trabalho, dessa forma, é destacar que, a despeito de desacertos, o projeto do Novo Código caminha bem ao abolir questionamentos inúteis acerca da valoração da prova e da profundidade de cognição exigível para a concessão das tutelas de urgência.

Parece, contudo, que, ao continuar a corroborar / abonar com a possibilidade de deferimento de tutelas antecipadas ou cautelares *inaudita altera parte* - com previsão de contraditório diferido que não consegue ser amplo a ponto de corrigir eventuais danos que a tutela concedida liminarmente pode causar - permanece na nova legislação o problema da transferência de um ônus de prova ao réu que é praticamente impossível de ser suportado.

Ao conceder tutelas antecipadas ou cautelares, o juiz se convence suficientemente de que são muito prováveis as chances de vitória do autor. A não ser que o réu traga fatos novos que importem no impedimento ou extinção total do direito do autor, o magistrado dificilmente voltará atrás e formará seu convencimento de forma distinta quando da prolação da sentença de mérito.

Por essa razão, há inegável violação de garantias fundamentais das partes, em especial a possibilidade de exercício paritário do *contraditório como garantia de influência* (NUNES, 2012) e da *ampla argumentação como ampla defesa* que estão intimamente ligados à fundamentação racional da decisão com a garantia de um terceiro imparcial (BARROS; MACHADO, 2011, p.20-28).

Afinal, não é razoável imaginar que ambas as partes terão iguais condições de influenciar na construção da decisão final se, ao conceder liminares sem a oitiva do réu, o magistrado já parte da premissa de que o autor tem mais razão.

legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira.
Acesso em: 20.03.2013).

⁷“Art. 270 - O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

“Art. 277. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.” (BRASIL. *Projeto de Lei nº 8.046/2010*)

A temática da concessão de tutelas de urgência de ofício, salvo melhor juízo, viola o princípio de inércia, da imparcialidade e transforma um juiz num verdadeiro *tutor* da parte hipossuficiente e desprotegida que carece de ajuda / suporte de um *ser* que tem a capacidade *mágica* de *fazer justiça* para realizar *escopos metajurídicos* (DINAMARCO, 1998) através do processo (figura típica de um *socialismo processual* (NUNES, 2012, p.130-140) radical, desmedido e antidemocrático).

Mas como corrigir o problema ante as deficiências de um contraditório postergado que frequentemente torna a prova do Réu diabólica e praticamente obsta a modificação da decisão final que quase sempre coincidirá com a proferida antecipadamente? É esse um dos problemas ao qual esta reflexão pretende enfrentar, sugerindo algumas soluções.

As vertentes metodológicas utilizadas no estudo serão a analítico-interpretativa e a jurídico-teórica, uma vez que se pretende demonstrar, bem como criticar avanços e problemas que ainda permanecem no nosso sistema. O marco teórico utilizado para reflexão e teorização é a teoria constitucionalista do processo conjugada às concepções fazzalarianas do estruturalismo, com balizamentos no procedimentalismo habermasiano⁸.

A VALORAÇÃO DA PROVA NO JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA⁹ QUE FUNDAMENTA AS TUTELAS CAUTELARES E ANTECIPADAS

A partir da entrada em vigor do §7º do art. 273 do CPC/1973 que permite a fungibilidade entre tutelas antecipadas e cautelares, passou-se a discutir se haveria, de fato, diferença entre os requisitos da “*prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança das alegações do autor*” (art. 273, *caput* do CPC) - exigido para a concessão de tutelas antecipadas - e o dito *fumus boni iuris* que caracteriza as tutelas de natureza cautelar, já que ambos os requisitos servem de fundamento para o juízo proferido em sede de cognição sumária (WATANABE, 2012). Haveria diferença quanto ao nível de profundidade cognitiva exigida num ou noutro requisito? Haveria maior grau de certeza em provimentos antecipatórios que nos cautelares (ou vice-versa), do ponto de vista da formação de convicção do magistrado?

Alguns defendem que, no instituto da antecipação de tutela, dada sua natureza de satisfatividade, bem como em razão da exigência de *prova inequívoca*, “*o grau de convencimento alcançado pelo juiz deve ser maior do que aquele necessário ao deferimento de uma cautelar meramente assecuratória*” (BUENO, 2009). Enquanto que, na tutela

⁸ Esse amálgama constitui uma das vigas-mestras das concepções sustentadas pela Escola Mineira de Processo. Fala-se aqui, em *procedimentalismo habermasiano*, a fim de justificar a noção de democracia centrada no diálogo dos destinatários (também autores) da norma (ação comunicativa), como justificativa de legitimidade do sistema através do consenso. Com a proposta de Habermas, o eixo de racionalidade sai da ontologia do sujeito cognoscente, centrando-se na argumentação compartilhada dos sujeitos do processo. (Nesse sentido: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol.I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.)

⁹ A expressão *Juízo de Verossimilhança* aqui se refere ao gênero do qual fazem parte o *fumus boni iuris* - pressuposto das cautelares e a *prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações do autor* (art. 273, *caput* do CPC/1973) que fundamenta, por conseguinte, os requerimentos de tutela antecipada.

cautelar, o juízo seria de *simples verossimilhança*, de *mera plausibilidade* que, por sua vez, deve representar não apenas um pressuposto, mas, igualmente, um limite desta modalidade especial de atividade jurisdicional. Desse modo, se o direito apresenta-se, na cautelar, *como uma indiscutível evidência*, a resposta jurisdicional não caracterizará mais a tutela de simples segurança, e sim alguma forma de tutela definitiva e satisfativa (BAPTISTA, 2001, p.77).

Leciona Ovídio Baptista que a tutela cautelar deve submeter-se à contingência de tutelar a aparência do direito, porque a investigação probatória exauriente provocaria sua irremediável destruição ou redução significativa de sua utilidade prática. Citando Calamandrei, destaca que “*na continência entre o fazer bem, mas tardiamente, e o fazer mal, porém em tempo adequado, a tutela cautelar decide-se pelo fazer logo, ainda que sob o risco de fazer mal, relegando para as formas repousadas e tranqüilas do procedimento ordinário o problema do bem e do mal, ou seja, a questão da justiça*” (BATISTA, 2001, p.78).

Para Baptista (2001), a sumariedade da cognição assecuratória (*fumus boni iuris*) é determinada pela situação de dano eminente, a qual se encontra exposto o direito provável a ser protegido pela cautela. Assim, exigir-se-ia nas cautelares um *simples juízo de verossimilhança*, baseado na plausibilidade do direito que se justifica em razão da necessidade de proteção urgente, em face de um dano eminente.

O que se verifica, no entanto, é que essa iminência de dano irreparável ou de difícil reparação, esse anseio por efetividade decorrente da luta constante do processo contra o tempo não é pressuposto exclusivo das tutelas cautelares. Aliás, conforme também alertou Baptista (2001), a busca pela superação da morosidade natural do processo impulsionou não só o crescimento das tutelas cautelares, mas de outras formas de tutelas sumárias não cautelares - as tutelas urgentes.

Nesse sentido, no contexto italiano (à semelhança do brasileiro), também alertou Lea Querzola (2006, p.142) que, em demonstração de reação à delongada atividade jurisdicional, há várias décadas, a despeito da ausência da previsão legal, a tutela cautelar, por meios instrumentais e provisórios, na prática já se anunciava sob as vestes de uma alternativa à tutela ordinária, com pretensões “satisfativas”, e, sobretudo, de sumarização do tempo procedimental, em desvirtuamento à originária natureza preventiva.

Significa dizer: no contexto italiano, a exemplo do brasileiro, a trágica inutilidade dos processos de cognição ordinária, provocada pela demora excessiva dos provimentos, conferia às tutelas de urgência (cautelares) o papel de socorrer o jurisdicionado, antecipando-lhe certos efeitos que só poderiam ser alcançados após lento processo de cognição.

Também nesse sentido, alertava Ferruccio Tommaseo, em 1983, que as cautelares já vinham representando, há muito, uma alternativa para a morosa jurisdição ordinária italiana de modo que:

Il crescente favore che incontra nella pratica Il ricorso alla tutela urgente disciplinata negli art. 700 ss. CPC è una manifestazione fra le più significative dell'esigenza, acutamente avvertita in quest'epoca di crisi della giustizia civile, d'utilizzare strumenti giurisdizionali che siano in grado d'assicurare alla parte una rápida soddisfazione della pretesa¹⁰. (1983, p.2)

E prossegue o citado autor na justificativa desse recurso:

La vasta fortuna applicativa dei provvedimenti d'urgenza nella concreta esperienza giurisprudenziale è senza dubbio dovuta proprio alla possibilità, ormai costantemente affermata, d'imprimere agli stessi un contenuto anticipatorio, allo scopo di attribuire alla parte che non l'anticipazione degli effetti della sentença di mérito quelle utilità che essa potrebbe conseguire solo al termine di un lungo processo di cognizione¹¹. (TOMMASEO, 1983, p. 2-3).

Essa noção de substitutividade atribuída ao instituto da cautelar como saída da crise do fenômeno processual, levou à tímida, mas progressiva atenuação da instrumentalidade¹² do instituto e causou uma verdadeira confusão entre a função de precaução originariamente atribuída à tutela cautelar e a função genérica de *satisfação antecipada*, o que desembocou numa gradual *desnaturação* da tutela cautelar, particularmente na modalidade de tutela de urgência (QUERZOLA, 2006, p.151). A tutela cautelar tornou-se uma verdadeira alternativa à jurisdição ordinária.

Foi justamente em razão disso que, acredita-se, o legislador brasileiro optou por unificar no projeto do Novo Código de Processo Civil os requisitos para deferimento das tutelas cautelares e antecipatórias - agora concebidas como espécies do gênero *Tutelas de*

¹⁰ Tradução livre: “A crescente aceitação, na prática, do recurso à proteção cautelar / urgente regulamentada pelo art. 700 ss. do CPC, é uma manifestação das mais significativas da necessidade, sentida intensamente neste momento de crise da justiça civil, de uso de remédios legais capazes de proporcionar ao ser humano, rápida satisfação da reclamação”.

¹¹ Tradução livre: “A vasta aplicação de medidas cautelares na experiência concreta da jurisprudência é, sem dúvida, devido à possibilidade, agora constantemente afirmada, de imprimir nos provimentos dessa espécie conteúdo antecipatório dos efeitos da sentença, a fim de conservar sua utilidade que, atualmente, só pode ser alcançada apenas após um longo processo de cognição”.

¹² V. Consolo acrescenta que a atenuação do perfil instrumental não distorce o caráter de cautela deste provimento, que seria eminentemente a função que tem de neutralizar o perigo do atraso (demora). É importante lembrar não havia unanimidade na doutrina italiana quanto à conveniência de se alterar o sistema vigente. Por exemplo, Montesano acreditava que não se convinha modificar o sistema tornando inflexíveis as medidas cautelares, transformando-as em soluções mais ou menos estáveis ou definitivas da controvérsia se quem a sofreu não instaura ou prossegue com a lide para o processo ordinário (comum) e isso porque o não-leve custo processual da necessária e sucessiva fase de mérito e o possível resultado negativo daquele julgamento seria um impedimento eficaz para a parte a qual se destina, com uma cautela rapidamente obtida, para surpreender o adversário (oponente), “levando-o a uma injusta rendição”. (CONSOLO, *apud* QUERZOLA. *La tutela anticipatória fra procedimento cautelare e giudizio di mérito*, p. 141).

Urgência. Logo, se assim o é, que razão haveria em se fazer diferença entre juízo de verossimilhança proferido nas cautelares e aquele que fundamenta a concessão das tutelas antecipatórias?

Colhe-se que toda essa polêmica é causada pela expressão *prova inequívoca*, enclausurada no *caput* do art. 273 do CPC/1973. Expressão esta que encoraja os processualistas a corriqueiramente afirmarem que a *inequívocidade* exigiria afirmação sobre uma certeza, mesmo porque o que é inequívoco, indubitavelmente é verossímil, o que, por sua vez, seria diferente da *mera plausibilidade*.

A prova inequívoca seria prova segura, robusta, inarredável (FERES, 1999, p.55), algo que, salvo melhor juízo, só é possível de ser obtido após instrução processual em contraditório, ainda que em sede de cognição sumária. Logo, há de se convir que, no caso de tutelas de urgência deferidas *inaudita altera parte*, a exigência da *inequívocidade* da prova será relegada ao plano meramente teórico, eis que na prática, sem contraditório instaurado, impossível que se forme um juízo de absoluta certeza sobre os elementos de prova até então coletados.

Nessa perspectiva, a expressão *prova inequívoca da verossimilhança* seria, no mínimo contraditória, conforme adverte Barroso (2000), já que a contundência evocada pela *inequívocidade* equivaleria a um juízo de certeza idêntico ao da sentença de mérito. Tem-se, contudo, que o juízo que leva à concessão tanto de tutelares cautelares quanto de liminares de natureza satisfativa, não é totalmente idêntico ao de mérito, ante a possibilidade, ainda que remota, de ser alterado quando da decisão final.

Em razão da corriqueira ausência de participação do réu na formação dos provimentos de urgência (deferidos quase sempre *inaudita altera parte*), deve-se compreender a convicção ali formada como um “juízo de probabilidade de acolhimento das alegações do autor, que é mais forte que uma simples possibilidade” (FERES, 1999, p.56).

Como diz Carreira Alvim (1996), a *opinião*, uma vez externada no processo, converte-se em *decisão* que, muito possivelmente, repetir-se-á no futuro (decisão final). É por isso que tanto nas cautelares ou como provimentos antecipatórios de mérito, o grau de convencimento do magistrado é o mesmo, a saber, o de que o autor tem razão. E, para tanto, é necessário que a prova produzida no processo forneça razões suficientes, pouco importando na prática se é inequívoca ou não.

Dessa forma, é indefensável a afirmação de que ao deferir liminares de natureza cautelar, o magistrado estaria externando um grau de certeza menor porque o *fumus boni iuris*

não exige prova para configurar-se. Isso porque é incontestável que todo o direito processual moderno exprime-se pelo brocardo *onus probandi incumbit a qui dicit*.

Significa dizer: a toda alegação (seja da pretensão de cautela ou tutela) corresponde o ônus de demonstrar por provas aquilo que se alega. Quem afirma algo, deve estar pronto e disposto, se solicitado, a demonstrar a veracidade daquilo que afirmou (TARUFFO, 2012, p. 259). Desse modo, é inaceitável que o demandando seja declarado sucumbente na demanda, sem que o autor tenha provado razão nos fatos alegados, de modo que “*atribuir-se, no processo, a vitória a quem alegou um fato, sem demonstrá-lo, parece um privilégio carente de justificativa*” (TARUFFO, 2012, p. 259).

Talvez tenha sido por isso, aliás, que Calamandrei (2000, p.19-50) não previu o *fumus boni iuris* como requisito fundamental para deferimento da tutela cautelar, baseada única e exclusivamente, para o autor, no *periculum in mora* que pugnava pela proteção emergencial do direito.

Isso porque, a simples alegação de dano iminente que justifica a proteção urgente de um direito, já imporia à parte o dever de se desincumbir, desde já, da prova daquilo que alega, do direito ao qual pleiteia proteção¹³, de forma que “*comporta-se de maneira incorreta [...] quem faz uma afirmação com pretensão de que seja tomada por verdadeira sem dar qualquer demonstração disso, descarregando sobre quem dissente o ônus da prova de sua falsidade*” (TARUFFO, 2012, p.259).

Dentro dessa perspectiva, razão qualquer assistiria àqueles que vêm diferenças no grau de certeza no convencimento formado pelo magistrado quando do deferimento das cautelares ou tutelas antecipadas, com sustento na exigência da prova.

Num ou noutro caso, as regras do ônus da prova imporão ao autor o encargo de demonstrar por provas que o fato alegado efetivamente ocorreu, e, somente se este foi efetivamente desincumbido, poderá se admitir o deferimento das liminares, sejam elas de qualquer natureza.

Fazer uma mensuração exata da intensidade da verossimilhança necessária para a concessão de tutela cautelar ou antecipatória, parece inviável. “*O juiz não dispõe de um termômetro ou medidor preciso*” (DIDIER JÚNIOR, 2008, p.55).

É por isso que seu convencimento não se pode basear senão em alguma prova e em sua força persuasiva (MOREIRA, 2001, p.103). Somente as provas podem demonstrar se

¹³ Estaria o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito), dessa forma, implícito na prova do *periculum in mora*.

aquilo que parece verossímil é também verdadeiro, ou se é falso, bem como se aquilo que parece inverossímil é também falso, ou é verdadeiro. (TARUFFO, 2012, p.111/112)

É por tudo isso que se acredita que, ante a formação de um convencimento que evidencia um grau de certeza que é praticamente inarredável, há inevitável transferência ao Réu do ônus de produzir uma prova que é praticamente diabólica, conforme se verá a seguir, o que dificulta o exercício do contraditório *como garantia de influência* (LEAL, André, 2002), da ampla defesa *como ampla argumentação*, além de comprometer a garantia de imparcialidade do magistrado (*participação de um terceiro imparcial* – BARROS; MACHADO, 2011).

AS TUTELAS DE URGÊNCIA INAUDITA ALTERA PARTE E A TRANSFERÊNCIA DE ÔNUS DIABÓLICO DE PROVA PARA O RÉU

Consoante exposto, não há de se cogitar diferenças práticas no âmbito da apreciação e valoração dos elementos de prova exigidos para a concessão de cautelares ou tutelas antecipadas. “*As duas análises são feitas com base num juízo de probabilidade baseado na verossimilhança das alegações (tecnicamente verossimilhança nas antecipatórias e fumus boni iuris nas cautelares)*” (NICOLEIT, 2000, p.6).

Nesse sentido é que foi possível conceber (tal qual fez o projeto do Novo Código de Processo Civil) a sistematização dos provimentos de natureza cautelar e antecipatória por via de um único gênero, a saber, as *Tutelas de Urgência* que têm como característica fundamental: a eminência ou risco de dano irreparável que justificam a antecipação de tempo procedimental com cognição sumária (*juízo de verossimilhança em sentido amplo*), num *iter* processual mais delgado. Uma premissa para a via ordinária que, no entanto, não está livre das garantias fundamentais (QUERZOLA, 2006, p.149), dentre as quais, o exercício efetivo do contraditório em simétrica paridade, *ampla defesa como ampla argumentação*, fundamentação das decisões e *participação de um terceiro imparcial* (BARROS; MACHADO, 2011, p.36).

Conforme se viu, os elementos de prova analisados e valorados tanto nas tutelas cautelares quanto nas satisfativas (antecipatórias) induzem a um *juízo de verossimilhança* capaz de conduzir um grau de certeza tal (inobstante à quase sempre ausente participação do réu), que dificilmente será modificado quando do proferimento da decisão final de mérito.

Até porque, se parte-se da premissa de que a decisão final não é capaz de refletir a verdade dos fatos¹⁴, mas tão somente um *juízo de verossimilhança em grau máximo* (ARENHART, 2000, p.7-14), decorrente da reconstrução fática do processo, através das provas produzidas e da argumentação compartilhada das partes, tem-se que, se o magistrado se convenceu de que existe verossimilhança¹⁵ suficiente para o deferimento das tutelas de urgência, pouco provável que chegará à conclusão diversa quando proferir sentença.

A verossimilhança que fundamentou o convencimento formado na decisão que concedeu a tutela de urgência aponta para uma *verdade aproximada, possível, factível*, um conceito aproximativo que se baseia mais numa convicção (subjativa) que em algum critério objetivo (ARENHART, 2000, p.13) e que, por isso mesmo, quase sempre será repetida pelo juízo de mérito. É essa quase improvável possibilidade de alteração da decisão liminarmente proferida que impõe ao réu um *ônus*¹⁶ praticamente insuportável - no sentido de que terá um

¹⁴ Alerta Sérgio Cruz Arenhart que “*a decisão judicial não revela a verdade dos fatos, mas apenas impõe, como verdade, certos dados que a decisão toma como pressuposto (chamando-os de verdade, mesmo ciente de que tais dados não necessariamente confundem-se com a verdade em essência)*”. Citando Sérgio Cotta, o mesmo autor diz que há três razões “*para que a verdade obtida no processo não possa refletir a verdade substancial. A primeira delas diz com a alienação da consciência do juiz à verdade temporalmente sintética do evento. A segunda é a solidão do juiz no estabelecimento definitivo da verdade. E, finalmente a impotência final do juiz em estabelecer a ‘a continuidade das pessoas’. Realmente, o juiz não esteve presente à realização dos fatos, a análise do que ocorreu, portanto, há de passar tanto pela subjetividade das testemunhas que presenciaram o evento, quanto pela do juiz, distorcendo-se com isto duplamente os fatos. A par disso, apenas o juiz tem o poder de dizer qual seja a ‘verdade’, pressuposto para a aplicação do direito ao caso [...]. E, para finalizar, a verdade, por si só, é algo impossível de se atingir*”. (ARENHART. *A Verdade e a Prova no Processo Civil*, p.11-12.)

¹⁵ Para Taruffo, “[...] *se considera verossímil aquilo que corresponde à normalidade de certo tipo de comportamentos ou acontecimentos. Substancialmente, é verossímil que corresponde ao id quod plerumque accidit: se um determinado evento verifica-se geralmente de certo modo em um determinado dia da semana, é verossímil que o mesmo evento verifique-se no futuro, ou que tenha se verificado no passado naquele dia da semana. [...] Substancialmente a verossimilhança ou inverossimilhança de um enunciado são irrelevantes do ponto de vista da veracidade ou da falsidade desse. Isso implica que, toda e qualquer circunstância em que é necessário estabelecer se um enunciado é de fato verdadeiro ou falso, deve-se, de qualquer modo, fundar nas provas, e não num juízo de verossimilhança.*” (TARUFFO. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, p.111).

Na mesma perspectiva também trabalha Calamandrei para quem “*verossimilhança é uma idéia que se atinge a partir daquilo que normalmente acontece, [...] é ilação lógica que permite ao sujeito reconhecer como verossímil algo que, segundo critérios adotados pelo homem médio, prestar-se-ia para adquirir a certeza quanto a certo fato. [...] a verossimilhança implica uma relação de ordem aproximativa, junto com a idéia de possibilidade e probabilidade, com o conceito ideal de verdade*”. (CALAMANDREI *apud* ARENHART. *A Verdade e a Prova no Processo Civil*, p.09.)

¹⁶ Alerta Moura de Azevedo que “*na linguagem técnico jurídica, ônus não é sinônimo de obrigação. Processualmente, fala-se em ônus quando se tutela interesse próprio, e em obrigação quando se tutela direito de outrem. [...] Ônus é a faculdade que a parte dispõe para praticar ou deixar de praticar determinado ato. Ato este que lhe proporcionará alguma vantagem própria se adimplir com seu ônus. Se a parte não exercita o ônus que lhe compete, apenas deixa de usufruir da vantagem processual que obteria se tivesse exercitado no momento e na forma previstos nas leis processuais. Por sua vez, o ônus da prova trata-se de uma regra processual que, ressalta-se, não atribui o dever de provar o fato, mas sim, atribui o encargo a uma das partes pela falta de prova daquele fato que lhe competia.*” Nesse sentido, tem o ônus da prova duas funções primordiais “*estimular as partes a provarem as alegações que fizerem. [...] e ajudar o magistrado que ainda permanece em estado de dúvida, oferecendo-lhe um critério de julgamento capaz de evitar o ‘non liquet’.*” (*A Aplicabilidade da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil*, p.17).

*dever*¹⁷ de *exibir e produzir prova* suficientemente forte - que seja capaz de abalar a convicção do magistrado, já embasadamente formada quando do deferimento da liminar.

Afinal, caracterizam-se como ônus “*os poderes e faculdades [...], quando à falta de seu exercício a lei processual liga a uma consequência desfavorável ao titular do ato*” (GONÇALVES, 2012, p.91). No paradigma de Estado Democrático, o ônus da prova deve ser visto como um elemento utilizado pela parte para o convencimento do julgador. Assim, se ao réu não é dado o poder de produzir prova capaz de convencer o juiz, terá de arcar com os ônus da sucumbência, inexoravelmente.

Certamente, ao deferir liminares sem a oitiva do réu, o juiz parte da premissa de que o autor tem mais razão que o réu. O alto grau de certeza formado nos provimentos de urgência torna a *prova diabólica*¹⁸ para o réu, já que será praticamente impossível que este atenda ao ônus que lhe foi imposto.

Não é qualquer prova que será capaz de afastar um *juízo de verossimilhança* com alto grau de convicção, formado com amparo fático na prova produzida unilateralmente pelo autor. Inconteste que a liminar que deferiu a tutela de urgência possui um grau de convicção (*certeza*) elevado e, devido à alta dose de subjetividade (*ineutralizável* – já que o juiz que profere a liminar geralmente é o mesmo que sentencia o mérito) conduzirá, inexoravelmente, a um julgamento favorável ao autor.

Para Aroldo Plínio Gonçalves, com esteio em Fazzalari, “*quando há consequências legais ligadas à falta do exercício dos poderes e faculdades, desfavoráveis ao titular do ato, surge a figura do ônus*”, portanto, “*os poderes e faculdades caracterizam-se como ônus, quando à falta de seu exercício a lei processual liga a uma consequência desfavorável ao titular do ato*”. (*Técnica Processual e Teoria do Processo*, p.91)

¹⁷ No sentido de encargo, isto é, caso não produza a prova, o réu arcará com as consequências de uma improcedência.

¹⁸ Prova diabólica (*Probatio Diabolica* ou *Devil’s Proof*), “*(...) é a expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração*”. (CÂMARA. *Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: O Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução*, p.12).

Trata-se da prova de impossível produção diante da dificuldade de reconstituição dos fatos e de estruturar as afirmações sobre os fatos, até mesmo por impossibilidade técnica, assim como diversas ocasiões em que o fato negativo funciona como fato constitutivo da alegação. (ASSUNÇÃO. *A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: evolução do instituto à luz dos princípios constitucionais*, p.04)

A expressão *prova diabólica* surgiu, em princípio, no Direito Canônico, ligada à prova de fatos negativos, aos quais somente era dado ao “Diabo” provar. (CABRAL; CANGUSSU. *Breves considerações sobre a prova diabólica (probatio diabolica ou devil’s proof)*, p.01)

A hipótese de *prova diabólica* geralmente justifica a aplicação da teoria da *distribuição dinâmica do ônus da prova* que dispõe que o ônus de provar determinado fato seja atribuído à parte que detenha melhores condições técnicas para dele se desincumbir. Todavia, é impossível se cogitar da aplicação da carga dinâmica ao caso das medidas de urgência aqui analisadas, conforme se verá. Isso porque, o autor, quando formulou a pretensão de urgência, já se desincumbiu do ônus da provar que tem direito à proteção, de modo que não se justifica que assuma o encargo de produzir prova contra aquilo que já provou. As regras do ônus da prova se aplicam diante da ausência de prova para evitar o *non liquet*, de modo que se há prova produzida por aquele que detinha determinado ônus e dele se desincumbiu, não há como se lhe aplicarem consequências desfavoráveis.

Não havendo provas suficientes que possam abalar o grau de convencimento formado, elidindo a pretensão autoral, o magistrado acabará por proferir decisão desfavorável ao réu, confirmando o juízo proferido antecipadamente, sem sombra de dúvidas. Inegável que, se por meio do ônus da prova “*ao sujeito é dado cumprir, ou não, o ato, mas a falta de cumprimento se resolve na possibilidade de dano para ele*” (GONÇALVES, 2012, p. 91), ao não se desincumbir do encargo que lhe é imposto quando do deferimento de tutela de urgência, prestando-se a provar fatos contundentes a ponto de afastar (modificar / alterar) um juízo liminar com alto grau de certeza, é evidente que o réu sucumbirá na semana.

Mas, como evitar essa consequência inexorável que resulta, em quase cem por cento dos casos, na necessidade da produção de uma *prova diabólica* para o réu?

Diferentemente do que ocorre nos casos de procedimentos ordinários de cognição plena e exauriente (WATANABE, 2012), nos quais a desigualdade fática / técnica entre as partes ou imposição de *prova diabólica* a uma delas, justifica a *distribuição dinâmica do ônus da prova* àquele que tem maiores chances de se desincumbir dele; no juízo formado através das tutelas de urgência, essa cogitação é indefensável.

Isso porque a aplicação das regras de distribuição do ônus da prova justifica-se quando ainda não há prova produzida ou quando formulada uma alegação carente de provas ou caso se saiba que a parte a ela contrária é que reúne os meios e elementos necessários para a instrumentalização e produção da prova. Não é a simples presença de *prova diabólica* que justificará a redistribuição do ônus consoante as peculiaridades do caso concreto, a despeito deste ser um dos fundamentos da carga dinâmica.

Obviamente, se nas tutelas de urgência é a prova robusta e segura que enseja a formação de um *juízo de verossimilhança* suficiente ao deferimento das medidas, quando isso ocorre, não se olvida que o *non liquet*¹⁹ já está terminantemente afastado, pelo que não há que se cogitar da aplicação das regras de ônus da prova, tampouco de sua eventual redistribuição.

Se a solução não passa pelas regras de distribuição dinâmica do ônus probatório, seria então adequado dizer que essa *prova diabólica* transferida ao Réu, que não pôde participar tampouco evitar que esse encargo lhe fosse repassado, é compatível com a noção contemporânea de processo como *metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais* (BRÊTAS, 2012), desenvolvida com base no contraditório partitório, ampla defesa e fundamentação racional das decisões?

O tema é polêmico, encaminhando-se a presente reflexão para a resposta negativa.

¹⁹ Fala-se em *non liquet* como um dos fundamentos do ônus da prova como regra de julgamento (AZEVEDO, 2008, p.17).

É que essa formação de um convencimento liminar geralmente ocorre *inaudita altera parte*, sem a possibilidade de que o réu seja ouvido e assim influencie e participe em simétrica paridade com o autor da construção do provimento.

Muito embora não se exija, na prática, prova inequívoca daquilo que se alega para que sejam deferidas as tutelas de urgência, já que a *inequívocidade*, conforme já dito, só é cogitável depois de um exercício amplo de contraditório que resulte na “*univocidade (similitude, coexistência) dos aspectos (elemento, meio e instrumento) que compõe a base empírica do instituto legal da PROVA*” (LEAL, Rosemiro, 2011, p. 139), tem-se que a formação do *juízo de verossimilhança* nas liminares induz a um juízo de certeza tal que, em raras as hipóteses, não coincidirá com a sentença de mérito.

Dessa forma, se o *juízo de verossimilhança* proferido nas cautelares e tutelas antecipadas não é mera cogitação de possibilidade, mas uma convicção formada com base em elementos empíricos que criam um grau de certeza subjetiva tal no magistrado que dificilmente será modificado ou superado, justo é que a parte que pode vir a sofrer as conseqüências negativas dessa formação antecipada de juízo, possa efetivamente participar e influir na decisão, que deve ser formada em compartilhamento de argumentações.

Se a decisão final chega também um *juízo de verossimilhança*, conforme já dito, ou seja, de verdade aproximada que deve ser construída com base na argumentação dos sujeitos cognoscentes, num diálogo incessante que confere legitimidade ao provimento (HABERMAS, 1997), não é justo que um dos sujeitos não participe desse diálogo permanente, em condições de igualdade com os demais.

Ou melhor, não é defensável que já entre nele em condições de desigualdade evidente, porque não pôde participar e influir na construção da decisão proferida em *limine litis* e que, muito provavelmente se repetirá ao final da demanda. Afinal, a pretensão de validade e legitimidade da decisão deve vir acompanhada da igualdade na comunicação (participação em simétrica paridade).

Trocando em miúdos: se a decisão que concede liminarmente as tutelas de urgência (cautelares ou antecipadas) tem grandes chances de se repetir (ou remotas chances de se modificar) quando do julgamento do mérito da demanda, nada mais razoável que garantir que o réu participe efetivamente e possa influir na formação desse juízo, evitando que a prova se torne diabólica para ele, quando tardiamente vier a ter a oportunidade de participar do processo em condições infinitamente mais desfavoráveis que o autor.

Afinal, consoante adverte Rosemiro Pereira Leal (2011, p.143-144), ao discorrer acerca da inconstitucionalidade da concessão de tutelas antecipadas *inaudita altera parte*,

para que se exija a legalidade do ato sentencial é necessário que a oportunidade de defesa já tenha sido dada ao réu no instante da antecipação total ou parcial da tutela pretendida no pedido inicial, porque “*excluir-se qualquer as hipóteses de convencimento estabelecidas no CPC no momento da concessão ou denegação da tutela legal [...]*” (art. 273, inciso II do CPC), “*seria estreitar o campo decisório do juízo de antecipação tutelar do mérito, com violação do instituto da ampla defesa (art. 5º, LV CF/1988)*” (LEAL, 2011, p.144).

AS LIMINARES CONCEDIDAS SEM A OITIVA DO RÉU E A VIOLAÇÃO DE GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS

Se é verdade que o que se alcança com a decisão final é *um juízo de verossimilhança em grau máximo*²⁰ baseado no acertamento do direito obtido via cognição, porquanto a prova não é capaz de retratar a verdade substancial dos fatos, prestando-se “*como peça de argumentação racional, no diálogo judicial*” (ARENHART, 2000, p. 23) legitimado pelo procedimento que o precede que, por sua vez, deve ser permeado pelo exercício de garantias fundamentais; é fato que o juízo formado liminarmente, quando do acolhimento das tutelas de urgência que também tem por base a verossimilhança dos fatos alegados pelo autor, constituiu-se quase que como uma antecipação do juízo de mérito, posto que em raríssimas hipóteses a convicção primeira do magistrado será alterada.

A convicção formada liminarmente (seja no deferimento de tutelas cautelares ou antecipadas) está imbricada de pré-conceitos e pré-concepções extraídos da prova unilateralmente produzida pelo autor, de tal modo que essa convicção íntima do magistrado que tem embasamento concreto nos elementos de prova até então produzidos que dão um grau de certeza às proposições formuladas pelo autor, dificilmente será alterada, se, no momento de sua formação, o réu não puder efetivamente participar.

Somente dessa forma, o processo, seja cautelar ou de cognição sumária (WATANABE, 2012), constituir-se-á como mecanismo de efetivação de direitos fundamentais.

Também nas tutelas de urgência deve-se garantir a formação de um espaço procedimentalizado em contraditório para a garantia de participação, em simétrica paridade, dos destinatários do provimento, já que uma interpretação de processo adequada ao paradigma

²⁰ Alerta Sérgio Cruz Arenhart, citando Calamandrei, que “*quanto ao convencimento do órgão jurisdicional, é certo que este se dará, ao menos em linha de princípio, por critérios de racionalidade, utilizando-se [...] de raciocínio idêntico ao que sustenta as máximas da experiência, Haverá o juiz de considerar o que acontece na normalidade dos casos, como parâmetro para concluir pela validade ou não de uma pretensão, diante do resultado da argumentação formulada*”. (ARENHART. *A Verdade e a Prova no Processo Civil*, p.25).

de direito democrático (instaurado no Brasil pós Constituição de 1988) passa pela noção deste como garantia co-dependente de direitos fundamentais (BARROS; MACHADO, 2011, p.17).

Nessa perspectiva, sustenta-se que o contraditório (entendido como diálogo permanente entre os litigantes) deve estar presente em todo e qualquer processo, já que é uma das vigas-mestras do devido processo legal, juntamente com a ampla defesa, a fundamentação das decisões jurisdicionais e a reserva legal (BRÊTAS, 2012, p.93).

É o contraditório que propicia a atuação em igualdade pelos partícipes do procedimento, possuindo ampla conexão com outros princípios processuais-constitucionais, tais como a isonomia (igualdade temporal de fala), a fundamentação racional das decisões jurisdicionais e a participação de um terceiro imparcial, fazendo com que o pronunciamento judicial obedeça à reserva legal e se pautem no direito debatido pelas partes, bem como nos fatos por elas reconstruídos nos autos (LEAL, André, 2002, p.77).

O contraditório estruturado sobre uma base trinômica – *informação-reação-diálogo* (BRÊTAS, 2012, p.94-95) possui íntima conexão com o princípio da fundamentação das decisões, de modo se que impõe:

[...] a leitura do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo. O contraditório é guindado a elemento normativo estrutural da participação (COMOGLIO, 1998, p.2), assegurando constitucionalmente, o policentrismo processual. Permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (“potencialidade ofensiva”) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para a sua formação (TROCKER, 1988, p.74-85, *passim*). (Grifamos) (NUNES, 2011, p.227).

É essa forma de estruturação procedimental do processo em contraditório que permite que a decisão “*seja construída processualmente dentro de um espaço jurídico-discursivo*” (LEAL, Rosemiro, 2002, p.140) que legitima o conteúdo das decisões jurisdicionais (sejam elas proferidas liminarmente ou ao final da demanda), como fruto da participação dos sujeitos do processo, permitindo a implementação de direitos e garantias fundamentais das partes (BRÊTAS, 2012, p.11).

Se assim o é, nas decisões proferidas liminarmente sem a oitiva do réu, o exercício do contraditório de forma diferida / postergada, mormente não suprima a referida garantia, não a concretiza de maneira ampla, já que o réu ao receber um ônus de prova diabólico, não conseguirá influir argumentativamente no resultado do processo (senão por mágica!).

Assim, a dimensão de influência do contraditório, pelo menos por parte do réu, na medida em que este só é chamado a se manifestar no processo após a formação de uma convicção suficientemente forte, resta prejudicada.

Por conseguinte, a formação de um juízo liminar sem a participação do réu ainda viola a garantia da isonomia intimamente ligada ao contraditório, no sentido de simétrica paridade. Isso porque ao ser acionado a participar do processo, o requerido já entra em condições de desigualdade com o autor, por ter de superar, desde o início da lide, uma decisão que lhe é desfavorável e que, desde já, reflete a posição do magistrado - a qual, muito provavelmente, repetir-se-á na decisão final.

Além disso, os provimentos liminares *inaudita altera parte* violam a garantia de *ampla argumentação como ampla defesa* (BARROS; MACHADO, 2011, p.24) por parte do réu. Ora, a ampla argumentação decorre, dentre outros, do *direito à prova* e este, quando não suprimido de vez, é, quando menos, limitado pela presença de uma prova diabólica.

Não há como se garantir ao requerido o exercício de uma argumentação efetivamente ampla, se retira-se dele a possibilidade de produzir prova. Argumentar envolve sempre um dever de prova, conforme já dito (TARUFFO, 2012, p. 259).

O fato de o juiz já ter externado sua opinião sobre o mérito da discussão, também viola a garantia do terceiro imparcial. Como se pode falar em imparcialidade, se, desde o início do processo, o autor tem mais razão que o réu, já que o magistrado se convenceu liminarmente da inequivocidade de sua prova e da verossimilhança de sua alegação? Naturalmente, conforme já dito, na existência inexorável desse pré-juízo formado liminarmente, as partes não terão condições de influenciar, com igualdade, na construção do provimento.

Conforme advertem Barros e Coutinho (2011), a garantia de um terceiro imparcial não pretende a retirada da subjetividade do juiz, “*mas sim que o juiz, no exercício da tarefa de julgar, seja equidistante das partes, que não julgue mais de uma vez o mesmo caso, que não analise e fundamente sua decisão com base em argumentos axiológicos, como os escopos metajurídicos*”. Assim, a garantia da imparcialidade é indissociável do contraditório, da ampla argumentação e da fundamentação racional da decisão.

O terceiro imparcial não pode extrapolar argumentos jurídicos, sendo obrigado a construir sua decisão co-participativamente com as partes. É por isso que é tão importante que se garanta a elas a igual oportunidade de influência, de produção de provas, de apresentar seus argumentos, paritariamente.

Inegável não se concluir, por tudo isso, que as liminares de urgência, concedidas sem a oitiva do réu, ao induzirem no magistrado um grau de convicção praticamente inabalável, sem que o requerido participe de sua formação, não prestigiam a base uníssona do modelo constitucional de processo em sua inteireza.

Com o surgimento de uma prova de difícil ou impossível produção por parte do réu, violadas estarão as suas garantias do contraditório paritário (no sentido de efetiva influência nas decisões), uma vez que o réu já ingressa na demanda em condições de desigualdade com o autor, *ampla argumentação como ampla defesa* (que passa a ser reduzida ante a limitação nas condições de produzir uma prova que seja capaz de convencer o magistrado de que o autor não tem razão, elidindo o *juízo de verossimilhança* liminarmente formado). Além da garantia de participação e julgamento por um *terceiro imparcial*, que deve ser equidistante das partes e também no seu discurso, “*superando a referência paternalista e socialista*” num encaminhamento democrático, a fim de assegurar às partes a oportunidade de efetivamente influírem na construção do provimento jurisdicional (BARROS; COUTINHO, 2011).

UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO

Verificado que o contraditório postergado não caminha bem no atendimento das perspectivas constitucionais do processo, já que afasta ou não permite a concretização de uma série de garantias fundamentais do réu ante a formação de um grau de certeza que gera uma espécie de prova diabólica àquele, surge a indagação: Como conciliar a realização do contraditório paritário em todas as suas dimensões, permitindo que o réu desenvolva (a exemplo do que faz o autor) ampla argumentação e possa influir na decisão final, além da garantia de um terceiro imparcial, com as dimensões de excepcionalidade e urgência (dano irreparável) ou o risco de ineficácia (BARROS; MACHADO, 2011, p.27), inerentes às tutelas de urgência (cautelares ou satisfativas)?

As respostas, obviamente, são vislumbradas, por ora, apenas no campo teórico. Na prática forense e mesmo na nova legislação processual civil proposta no Congresso, as condutas cada vez mais se distanciam do aqui proposto²¹.

Cogita-se que as saídas passariam por dois caminhos.

²¹ Basta verificar algumas das disposições propostas no projeto de Novo Código de Processo Civil que permitem ao magistrado decidir, de ofício, a respeito do deferimento de tutelas de urgência, mesmo sem requerimento da parte. O juiz, dotado de inteligência superior, passa a ser verdadeiro tutor da parte desprotegida, hipossuficiente que não é capaz sequer de formular pedido de amparo urgente para o seu direito. Continua-se a centrar o modelo processual na decisão solipsista e clarividente do magistrado que tem o dever de realizar a justiça na demanda, na concretização teleológica de objetivos que vão muito além do jurídico (os escopos metajurídicos de Dinamarco). Não há qualquer preocupação com o diálogo e a argumentação interativa das partes em condições de igualdade que deveriam resultar na formação compartilhada do juízo de mérito. Ao conceder tutelas de urgência de ofício, sem requerimento da parte, o magistrado antecipa sua convicção, toma decisão de forma solitária, em completo desprestígio à interação e efetiva influência das partes.

Num primeiro momento, vislumbra-se que a alteração da decisão proferida liminarmente sem a participação do réu, somente seria efetivamente possível caso se trabalhasse na criação de juízos (varas) especializados em tutelas de urgência.

Tais órgãos seriam responsáveis tão somente pela realização da cognição sumária (WATANABE, 2012) até a prolação da decisão liminar que, por sua vez, postergaria a competência destas para Varas de juízos comuns, responsáveis pela colheita das demais provas e exaurimento da cognição, com prolação da decisão de mérito livre de um *pré-convencimento*.

Imagina-se que, assim, permitir-se-á a eliminação (ou atenuação) de certa parcela da subjetividade inerente à formação de convicção quando da análise dos elementos de prova que levaram ao deferimento da liminar. Bem provável que haja entendimentos diversos entre os diferentes magistrados, e, muito possivelmente, a decisão de mérito possa vir a ser diversa daquela proferida em juízo liminar *inaudita altera parte*.

Num segundo plano, sugere-se a viabilização de um contraditório sumarizado, a desenvolver-se, por exemplo, por meios eletrônicos, com a diminuição dos tempos de comunicação (intimações e citações via internet, e-mail, redes sociais, fax ou contato telefônico), audiência de justificação videografadas com a participação do réu mesmo à distância, ou mesmo por meio de encaminhamentos procedimentais via diálogos institucionais²² em áreas onde são correntes e repetitivas as demandas (por exemplo, medicamentos a serem fornecidos Sistema Único de Saúde), de modo a eliminar as decisões surpresas e facilitar a produção da prova pelo réu (ante o conhecimento prévio do entendimento corriqueiramente aplicado em casos idênticos).

É claro que as propostas são incipientes e levam em conta a necessidade de concretização do direito fundamental das partes à *organização e ao procedimento*²³, garantia

²² Fala-se que “Diálogos institucionais são mecanismos que implicam na interação e cooperação de duas ou mais instituições pertencentes a poderes estatais distintos para fins de resolução de controvérsias legais e provedoria de direitos e garantias fundamentais sem que haja a predefinição da supremacia da atividade decisória de uma dessas instituições em face da outra”. Trata-se de um modelo de atuação dialógica para a fixação do sentido do texto legal de acordo a ordem constitucional, na construção coordenada de decisões, fortalecendo as instituições democráticas e sua legitimidade. “Os diálogos institucionais protegem tanto os direitos procedimentais quanto os substantivos” com o fim de “suprir déficits democráticos trazidos pelo ativismo judicial”, na implementação da divisão de tarefas para concretizar direitos fundamentais, bloqueando espaços para exclusividade e desrespeito institucional. (DIAS JÚNIOR. *Soberania Parlamentar, Judicial Review e Diálogos Institucionais: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional*, p. 77/96.)

²³ Revela-se necessária, ao pleno exercício da liberdade, a criação pressupostos fáticos e institucionais necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados. Não basta que o Estado reconheça direitos ao povo, é preciso implementá-los via organização administrativa e procedimentos adequados. O *Recht auf Organization und auf Verfahren* (direito à organização e ao procedimento) vem da imprescindibilidade de se encontrar pressupostos fáticos e organizacionais que possibilitem o exercício de liberdades fundamentais que,

que infelizmente ainda não é viabilizada aos jurisdicionados brasileiros que convivem diariamente com a má gestão do Estado que implica a morosidade demasiada dos processos, o despreparo de servidores e magistrados, a inobservância da técnica procedimental tanto por juízes quanto por advogados, a ausência de estrutura física nas repartições e cartórios dos juízos, além do desarrazoado imaginário no sentido de que a função jurisdicional sozinha dará conta dos problemas do mundo (que não são poucos) e fazer Justiça!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual panorama do Direito Democrático, decisões *legítimas* (ou seja, legitimadas jurídica e democraticamente) são aquelas construídas em diálogo paritário entre seus destinatários. O diálogo passa a ter preponderância no sistema que tem no *medium* lingüístico (processo) seu ponto de racionalidade e interatividade democrática.

Nessa perspectiva, é impossível se coadunar com reflexões isoladas ligadas à velha idéia (aristotélica) da tópica e retórica que não levam em conta pretensões de igualdade entre os sujeitos da comunicação. O novo diálogo pugna por um processo que atenda às exigências democráticas, construído sobre uma base constitucional uníssona que implica numa tutela jurídica que se fundamenta no direito à informação, à manifestação e no direito das partes de terem seus argumentos efetivamente considerados.

Deve-se, a partir daí, trabalhar na garantia e concretização de um contraditório intimamente ligado à fundamentação das decisões, bem como à garantia de imparcialidade do julgador. Isto é, uma garantia que consista não mais num simples dizer e contradizer, mas que permita às partes, em simétrica paridade, influírem argumentativamente na construção do provimento do qual são destinatárias, em vedação às decisões surpresa e a desigualdade de mecanismos para o desenvolvimento da argumentação.

O direito de ação é de todos os afetados pelo provimento. Por isso é necessário se garantir a ambas as partes a possibilidade efetiva de produzir provas capazes de fundamentar as argumentações apropriadas pela decisão.

Foi procurando atender a essa necessidade que a presente reflexão propôs-se a cogitar teoricamente soluções que busquem conciliar a dimensão da urgência na proteção do

em razão disso, exigem uma postura ativa por parte do Estado para estabelecimento de uma estrutura de atos e mecanismos técnicos adequados à concretização dos direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional. Envolve necessariamente a divisão do Estado em órgãos especializados.

direito (ou a sua ineficácia) que justifica as *tutelas de urgência* com a preservação e efetivação de garantias fundamentais do réu, como as que acima se descreveu.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Verdade e a Prova no Processo Civil**. Revista da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, ano 2000. Disponível em: www.abdpc.org.br. Acesso em: 07.11.2012.

ASSUNÇÃO, Maria Clara Chaves. **A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro**: evolução do instituto à luz dos princípios constitucionais. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/a-distribuicao-do-onus-da-prova-no-processo-civil-brasileiro-evolucao-do-instituto-a-luz-dos-principios-constitucionais/>. Acesso em 12.11.2012.

AZEVEDO, Antônio Danilo Moura de. A Aplicabilidade da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil. **Revista Jurídica UNIJUS**. Uberaba-MG, V.11, N.14, maio/2008, p. 15-30.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984.

BARBOSA, Andréa Carla. Direito em Expectativa: As tutelas de urgência e evidência no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, nº194, nov.2011, p.243-263.

BARROS, Flaviane de Magalhães; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Princípio de Imparcialidade e Reformas dos Estatutos Processuais**: Análise Crítica à Luz do Modelo Constitucional de Processo. Artigo publicado nos Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Belo Horizonte/MG, 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br> . Acesso em: 20.11.2012.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e Medidas Cautelares**: nova reforma do processo penal – lei nº.12043/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 3. ed. V.II. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.046/2010**: aprovado pelo Senado Federal em 15.12.2010. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em 30.09.2011.

BRASIL. **Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/10**. Relator-geral Deputado Federal Sérgio Barradas. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>. Acesso em 04.12.2012.

BRASIL. **Substitutivo aos projetos que tratam do Código de Processo Civil**. Relator-geral Deputado Paulo Teixeira. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira>. Acesso em: 20.03.2013.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Tutela antecipada, cautelar. Procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. **Breves considerações sobre a prova diabólica (probatio diabolica ou devil's proof)**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21525/breves-consideracoes-sobre-a-prova-diabolica-probatio-diabolica-ou-devils-proof#ixzz2C0xst55M>. Acesso em 06.11.2012.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: O Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, nº31, out.2005, p.9-18.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de Processo Civil Reformado**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça. **Soberania Parlamentar, Judicial Review e Diálogos Institucionais: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em abril/2012. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1012875_2012_cap_4.pdf. Acesso 13.11.2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. II. 14. ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERES, Carlos Roberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. V.I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NICOLEIT, Rudolfo Radaelli. **A valoração da prova e a verossimilhança nas medidas de urgência**. Revista da Academia Brasileira de Direito Processual. Disponível em: www.abdc.org.br. Acesso em 07.11.2012.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- QUERZOLA, Lea. **La tutela anticipatória fra procedimento cautelare e giudizio di mérito**. Bononia: University Press, 2006.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do Processo Cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons: São Paulo, 2012.
- TOMMASEO, Ferruccio. **I Provvedimenti d’urgenza: Struttura i limiti della tutela anticipatoria**. Padova: Cedam, 1983.
- WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.