**COGNIÇÃO SUMÁRIA E REDUÇÃO DO “MÓDULO” DA
PROVA: UMA COMPARAÇÃO ENTRE A ESTRUTURA
COGNITIVA DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA
E A DA TUTELA DEFINITIVA EM SITUAÇÕES DE
INESCLARECIBILIDADE**

***SUMMARY COGNITION AND THE REDUCTION OF THE ‘MODULE’
OF PROOF: A COMPARISON BETWEEN THE COGNITIVE
STRUCTURE OF PROVISIONAL URGENT RELIEF AND DEFINITIVE
RELIEF IN SITUATIONS OF INESCLARABILITY***

Recebido: 05/04/2024

Aceito: 06/06/2024

Isabelle Marne Cavalcanti de Oliveira Lima
Doutoranda pela UFPE
Mestre em Direito Público pela UFAL
Membro da Associação Norte e Nordeste de
Professores de Processo – ANNEP
Juíza Federal

RESUMO: O presente artigo analisa o conceito de módulo da prova, no contexto da chamada teoria da redução do módulo da prova, bem como de módulo de cognição. Distingue cognição-resultado da atividade de conhecimento e cognição-atividade mesmo. Segue argumentando que as razões que legitimam a tutela de urgência provisória num contexto de escassa atividade cognitiva não servem para legitimar uma tutela definitiva fundada em escasso resultado de cognição, em casos difíceis de provar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil – Redução do módulo da prova – Módulo de cognição – Tutela provisória de urgência.

ABSTRACT: *This article analyzes the concept of the proof module, within the context of the so-called theory of reduction of the proof module, as well as the cognition module. It distinguishes between cognition-result from the activity of knowledge and cognition-activity itself. It then argues that the reasons legitimizing provisional urgent relief in a context of limited cognitive activity do not serve to legitimize definitive relief based on limited cognition results in difficult-to-prove cases.*

KEYWORDS: *Civil procedural law – Reduction of the proof module – Cognition module – Provisional urgent relief.*

INTRODUÇÃO

Embora o ideal fosse que toda decisão judicial resultasse de um conhecimento total, que conduzisse a uma certeza (ou ao que há de mais próximo: uma grande probabilidade), os jurisdicionados necessitam de decisões mesmo nos casos em que o conhecimento está aquém do desejado (que não foi, ou não foi ainda, alcançado). É assim o caso da tutela provisória de urgência, quando concedida em sede de cognição sumária, e o caso das decisões definitivas de mérito em situações de inesclarecibilidade. Esta última hipótese (inesclarecibilidade) tem suscitado diversas soluções, como a adoção de presunções legais¹, inversão do ônus da prova², distribuição dinâmica do ônus da prova³, presunções *hominis* (também ditas simples ou judiciais)⁴,

1 HUNTER AMPUERO, Ivan. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, ano 22, n.º 1, 2015, p. 250; SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. Facilidades probatorias y acceso a las fuentes de prueba en el proceso civil. Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum / coord. por José María Asencio Mellado, Alba Rosell Corbelle; José Vicente Gimeno Sendra (hom.), ISBN 978-84-945088-7-5, p. 1481-1496, 2020.

2 HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova - Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 94, 96-97; HUNTER AMPUERO, Ivan. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, ano 22, n.º 1, 2015, pp. 231-236; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 270ss; RAMOS, Rodrigo. Prova: as hipóteses de cabimento da inversão do ônus no CDC e sua correlação com as teorias da carga dinâmica e da redução do módulo da prova. Revista Brasileira de Direito Comercial, v.2, n.8, p. 85-108, dez-2015.

3 CARPES (2010), pp. 70ss; HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova - Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 112-117; KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 942-951, 2006; KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 176ss.; MACÊDO e PEIXOTO (2016); RAMOS, Rodrigo. Prova: as hipóteses de cabimento da inversão do ônus no CDC e sua correlação com as teorias da carga dinâmica e da redução do módulo da prova. Revista Brasileira de Direito Comercial, v.2, n.8, p. 85-108, dez-2015.

4 GASTAL, Alexandre Fernandes. A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fáticas. Tese de doutorado, UFRGS, 2006, pp. 101ss; HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova - Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 95-96; HUNTER AMPUERO, Ivan. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, ano 22, n.º 1, 2015, pp. 210ss.

prova *prima facie*⁵, o recurso à suspeita⁶ e, enfim, a redução do chamado módulo da prova⁷.

A legitimidade das decisões provisórias fundadas em cognição sumária está hoje bem aceita, até porque expressamente admitida legalmente. Já a redução

5 GASTAL, Alexandre Fernandes. A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fáticas. Tese de doutorado, UFRGS, 2006, pp. 108-113; HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova - Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010, p. 80; HUNTER AMPUERO, Ivan. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, ano 22, n.º 1, 2015, pp. 230-231.

6 PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes; MONTES, Maria Isabel Gori. O dilema da prova bilateralmente diabólica: análise e soluções, in João Bosco Lee e Fabiane Verçosa (eds), Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, Volume XVIII Issue 69, p. 37 – 54, 2021, pp. 37-54.

7 AUILO, Rafael Stefanini. A valoração judicial da prova no direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021; CARPES, Arthur Thompsen. Standards probatórios e a redução do módulo da prova: técnicas para a adequada reconstrução dos fatos da causa. In MITIDIERO, Daniel. Processo sob curadoria de Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1-standards-probatorios-e-a-reducao-do-modulo-de-prova-tecnicas-para-a-adequada-reconstrucao-dos-fatos-da-caoa-processo-civil-sob-curadoria-de-daniel-mitidiero/1341592232>, acesso em 28.11.2023; FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira (eds.). Filisofia del derecho privado. Madri: Marcial Pons, 2018, pp. 411-412; FERRER-BELTRÁN, Jordi. A valoração racional da prova. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 29, 262-264; GASTAL, Alexandre Fernandes. A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fáticas. Tese de doutorado, UFRGS, 2006; HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova - Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 108-112; HUNTER AMPUERO, Ivan. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, ano 22, n.º 1, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 463ss.; PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito processual brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 143ss.; PITT, Gioconda Fianco. Prova indiciária e convencimento judicial no processo civil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, pp. 110ss.; PONZONI, Christian. *Standards* de prova no processo civil brasileiro. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUC-RS, 2020, pp. 154-157; RAMALHO, Régis Souza. A teoria da redução do módulo nas relações de consumo: a convicção judicial a partir de um juízo de verossimilhança e os direitos básicos do consumidor. Trabalho de conclusão de especialização. UFRGS, 2016, pp. 31ss.; RAMOS, Rodrigo. Prova: as hipóteses de cabimento da inversão do ônus no CDC e sua correlação com as teorias da carga dinâmica e da redução do módulo da prova. Revista Brasileira de Direito Comercial, v.2, n.8, p. 85-108, dez-2015; SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. Facilitaciones probatorias y acceso a las fuentes de prueba en el proceso civil. Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum / coord. por José María Asencio Mellado, Alba Rosell Corbelle; José Vicente Gimeno Sendra (hom.), ISBN 978-84-945088-7-5, p. 1481-1496, 2020; SILVA, Paula Costa e, REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova. Revista de Processo, ano 38, vol. 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 149-171, agosto/2013; WALTER, Gerhard. Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1979.

do módulo da prova é um instituto importado da Alemanha⁸, sem previsão legal no Brasil, o que enseja questionamentos atuais e pertinentes sobre seu conteúdo, estrutura e legitimidade. Inclusive porque, não obstante, vem sendo referido pela doutrina⁹ e até mesmo já aplicado pelo Judiciário¹⁰, de modo incipiente e desuniforme, diga-se. O cenário exige um olhar atento e científico sobre as hipóteses de decisão final em situação de inescclarecibilidade, para que se construa uma doutrina brasileira da redução do módulo da prova¹¹, compatível com o ordenamento jurídico nacional. O fato de se ter uma decisão definitiva de mérito sem o atingimento do standard probatório típico é fonte de uma das críticas.

Ao tratar do tema, CARPES (2016) defende um afastamento do desenho original da técnica tal como idealizada por WALTER, sugerindo que se compreenda a redução do **módulo** da prova como algo diferente de redução do **standard** da prova.¹² Para o autor gaúcho, tendo em vista que o standard ordinário para decisão final das lides cíveis é o da probabilidade preponderante, não seria possível adotar no Brasil um standard ainda mais leve, mesmo que se invocando a técnica de redução – premissa com a qual estou de pleno acordo. Entretanto, ele prossegue refletindo que o mais adequado seria manter o **quantitativo** de probabilidade exi-

8 Mais especificamente na versão que Gerhard Walter apresentou no *Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grezen der freien richterlichen Überzeugung*, acessada no Brasil principalmente mediante a tradução para o castelhano, da lavra do argentino Tomás Banzhaf.

9 Ver nota de rodapé 8.

10 Apenas para citar alguns: AC 1.0183.14.011547-2/001, TJMG, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcos Henrique Caldeira Brant, 21/11/2018, publicação 30/11/2018; ACJ - 2009.01.1.124092-2, TJDFT, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Rel. Juíza: Edi maria Coutinho Bizzi, 23/11/2010, publicação 06/12/2010, p. 452; AC 70076880525, TJRS, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 16/05/2018; AC 70081992075 RS, TJRS, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Niwton Carpes da Silva, 24/10/2019, publicação 30/10/2019; AC 26647820014013500, TRF1, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, 09.08.2021, publicação 11.08.2021.

11 O que se entende por “redução do módulo da prova”, como adequar esta ideia ao ordenamento jurídico brasileiro atual, e até mesmo se é viável uma versão da “redução do módulo da prova” hoje no Brasil merece reflexões mais profundas e extensas, que não cabem no presente artigo, sendo atual objeto de minha tese de doutorado ainda em construção, junto à Universidade Federal de Pernambuco.

12 “Trata-se não propriamente de redução do *standard* probatório, mas de redução do módulo de cognição no sentido vertical. O juízo segue sendo realizado com base na preponderância de probabilidade. O que ocorre é a sua articulação com o módulo de cognição sumária. A adoção do módulo da sumariedade cognitiva pressupõe juízo prévio a respeito da excessiva dificuldade ou mesmo da impossibilidade probatória do nexo de causalidade, o que envolverá a utilização de máxima de experiência e não dispensará o prévio contraditório.” CARPES, Arthur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, versão eletrônica.

gível para uma alegação fática ser tida como provada, alterar o seu complemento – convicção *de quê*. Dito de outro modo, em vez de a inescclarecibilidade autorizar a redução do standard probatório para algo ainda menos exigente que a **convicção de verdade** ou **probabilidade preponderante**, seria o caso de se trabalhar com **convicção de verossimilhança**; e o que estaria sendo reduzido, ainda segundo aquele autor¹³, não era o módulo ou standard **de prova**, e sim o módulo **de cognição**, verticalmente falando.

Nesta linha de pensamento (à qual não me filio, pelas razões abaixo expostas), o módulo (de cognição vertical) ordinário corresponderia à cognição exauriente, porque trabalharia num registro de **probabilidade de certeza**, e o módulo (de cognição vertical) reduzido corresponderia a uma cognição sumária, porque trabalharia num registro de **verossimilhança**.

Penso que esta aproximação entre módulo da prova e modelo de cognição é problemática, porque não respeita a estrutura cognitiva de cada um dos casos. Quando se analisam as técnicas da redução do “módulo” da prova e a de cognição sumária, tendo como premissa os três momentos lógicos da decisão judicial sobre prova nos termos ensinados por FERRER-BELTRÁN¹⁴, vê-se que são institutos que não se confundem, e as peculiaridades que caracterizam um são distintas das que caracterizam o outro.

1. A REDUÇÃO DO STANDARD DE PROVA

A concepção racionalista da prova, nos termos pensados por TARUFFO, aprofundados por FERRER-BELTRÁN e em constante desenvolvimento e divul-

13 CARPES assim o faz desenvolvendo uma afirmação de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018), a qual, porém não esmiúça o que seria um “módulo” de convicção de verossimilhança em substituição a uma convicção de verdade e qual a implicação disto para o standard. Ao menos CARPES desenvolveu um pouco mais, imaginando que pudesse cuidar de uma mudança da profundidade da cognição. Ao escrever o presente artigo, porém, chego à conclusão divergente.

14 O doutrinador explica que há três momentos distintos do ponto de vista lógico, não necessariamente do ponto de vista cronológico: formação do conjunto de elementos de juízo, valoração desses elementos e a tomada de decisão. FERRER-BELTRÁN, Jordi. A valoração racional da prova. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 52 e 61.

gação por toda a chamada Escola de Girona, requer que a decisão judicial sobre os fatos submeta as alegações fáticas das partes a um processo de valoração racional, fundamentado, objetivo e claro. Para se ter uma afirmação fática como verdadeira e, por consequência, ter seu objeto (os fatos) tido como provado, o resultado da valoração do conjunto probatório deve passar por um crivo de suficiência; a legislação, idealmente, ou a jurisprudência com embasamento doutrinário sólido, provisória e subsidiariamente, deve estabelecer o grau mínimo de probabilidade suficiente para algo ser tido como provado. A este grau, chama-se principalmente de standard da prova. Mas há outros termos, aplicáveis com menor frequência: modelo de constatação, grau de prova, nível de prova e, no contexto da teoria da redução, “módulo” da prova. Só com um standard pré-definido as partes terão previsibilidade para as consequências de suas condutas e para o resultado de uma ação judicial; há parâmetros para um controle recursal sobre eventuais erros no capítulo decisório acerca dos fatos jurídicos considerados ou afastados pelo julgador; há isonomia entre atores processuais de processos semelhantes, enfim, expurga-se a arbitrariedade e o subjetivismo na maior medida possível¹⁵.

Como a especificação de um standard de prova é essencialmente escolha política, fundada sobretudo na distribuição do risco de erro segundo a importância dos bens e interesses envolvidos, é intuitivo concluir que um mesmo ordenamento jurídico pode, e até mesmo deve, ter mais de um standard, conforme o tipo de caso. Pensa-se de imediato na diferença entre os casos criminais envolvendo pena de prisão, em contraste com casos cíveis puramente patrimoniais, para tornar bem claros os exemplos extremos. Mas existem os crimes de menor potencial ofensivo, os que ensejam penas não privativa de liberdade, casos cíveis envolvendo bens extrapatrimoniais, perda de direitos, privação do poder familiar, decisões socialmente estigmatizantes entre outros. O cenário é diversificado e as escolhas políticas variarão segundo a cultura do lugar e do tempo.

O que importa é reconhecer que o ordenamento jurídico deve trabalhar com um standard ordinário (ou dois, um penal ordinário e um cível ordinário)

15 Há de se admitir que, entre o dever-ser e o ser, há sempre um espaço, e tudo que envolve atividade humana conterà algo de subjetivo, voluntarioso e falho; a aplicação do Direito não escapa tampouco. Mas a concepção racionalista da prova busca restringir o quanto possível isto.

- *Regelbeweismaß*, porém cabendo perfeitamente a coexistência de standards especiais - *Sondernbeweismaße* - para certos grupos de casos. Nesta perspectiva, diante de uma hipótese que enseje um standard menos exigente que o ordinário, pode-se dizer que houve **redução do standard da prova**.

Ao estudar a livre valoração da prova na Alemanha, no final da década de 70 do século passado, WALTER¹⁶ defendeu que naquele ordenamento jurídico havia fundamento implícito para, em alguns tipos de caso que ele apenas exemplifica sem intenção de os exaurir¹⁷, reduzir o standard de prova (em alemão, *Beweismaß*) ordinário cível de uma probabilidade beirando a certeza (*an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit*) para um menos exigente, que seria o da probabilidade preponderante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*), considerando premissas de acesso à justiça, distribuição do risco de erro, responsabilidade pela inesclarecibilidade, quais interesses jurídicos de direito material envolvidos na espécie e sua importância no ordenamento jurídico, tudo em hipóteses de **prova difícil** para ambos os lados (o que se consagrou como situação de inesclarecibilidade, ou prova bilateralmente diabólica).

A ideia de que o standard de prova padrão, na Alemanha, pudesse ser outro que não a alta probabilidade ou probabilidade beirando a certeza, ou que aquele ordenamento jurídico admitisse pontualmente uma variação do standard ordinário, sobretudo um rebaixamento dele (*Beweismaßreduzierung*, *Beweismaßsenkung* ou *Beweiserleichterung*, literalmente redução do standard, abaixamento do standard e facilitação da prova) não surgiu com WALTER, nem parou nele¹⁸. E, inclusive, foi fortemente influenciada pela doutrina escandinava e seu

16 WALTER, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedigungen und Grezen der freien richterlichen Überzeugung*. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1979, pp. 148-203, 206-214, 259-261.

17 WALTER, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedigungen und Grezen der freien richterlichen Überzeugung*. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1979, pp. 215-233.

18 DÜRING, Julia. *Beweismaß und Beweislast im Asylrecht*. Munique: Beck, 1990, pp. 10-11, 30ss; GREGER, Reinhard. *Beweis und Wahrscheinlichkeit: d. Beweiskriterium im Allgemeinen u. bei d. sogen. Beweiserleichterung*. Colônia, Berlim, Bona, Munique: Heymann, 1978, pp. 91ss; MOTSCH, Richard. *Vom rechtsgenügenden Beweis: zur Entscheidung von Zivilsachen nach Wahrscheinlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Abstammungsfeststellung (Schriften zum Prozessrecht)*. Berlim: Duncker und Humblot, 1983, p. 34ss. MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundfragen des Beweisrecht: Beweisaufnahme – Beweiswürdigung – Beweislast*. Max Stadler: Munique, 1984, pp. 74ss, 99; NELL, Ernst Ludwig. *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*. Munique: Duncker und Humblot, 1983, pp. 117-118, 210ss.; PRÜTTING, Hanns. *Gegenwartsprobleme der*

Überwiegensprinzip¹⁹. Ocorre que, no Brasil, o tema da redução do standard é sempre referido a partir do livro de WALTER sobre a livre valoração da prova, mais precisamente a partir da versão traduzida pelo castelhano, quando não é citado *apud* MARINONI e ARENHART²⁰, que tomaram por base a versão traduzida (ou seja, já são dois graus de separação com a obra original).

O argentino Tomas A. Banzhaf, ao traduzir WALTER, optou pelas expressões “*módulo de la prueba*” e “*verosimilitud*” como supostas correspondências para *Beweismaß* e *Wahrscheinlichkeit* respectivamente, o que terminou contaminando praticamente tudo o que se escreveu sobre o tema no Brasil²¹. Assim,

Beweislast: e. Unters. moderner Beweislasttheorien u. ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht. Munique: Beck, 1983, pp. 59ss e 87ss; WEBER, Helmut. Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß. Tübinga: Mohr Siebeck, 1997, pp. 61ss.

19 GREGER, Reinhard. Beweis und Wahrscheinlichkeit: d. Beweiskriterium im Allgemeinen u. bei d. sogen. Beweiserleichterung. Colônia, Berlim, Bona, Munique: Heymann, 1978, p. 94; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 461-463; MOTSCH, Richard. Vom rechtsgenügenden Beweis: zur Entscheidung von Zivilsachen nach Wahrscheinlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Abstammungsfeststellung (Schriften zum Prozessrecht). Berlim: Duncker und Humblot, 1983, pp. 37ss.; PRÜTTING, Hanns. Gegenwartsprobleme der Beweislast: e. Unters. moderner Beweislasttheorien u. ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht. Munique: Beck, 1983, p. 71; WALTER, Gerhard. Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedigungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1979, pp. 142-143.

20 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 463ss.

21 BANZHAF não escreveu nota à tradução do *Freie Beweiswürdigung*, mas encontra-se um registro de seu pensamento em nota à tradução que fez do *La investigación del estado de los hechos en el proceso: la prueba su practica y apreciacion*, de Erich Döhring: “*El alemán tiene una sola palabra (“Wahrscheinlichkeit”) para designar nuestros dos conceptos de “probabilidad” y “verosimilitud”. Y es a propósito de este último concepto y de su relación con el concepto de certeza, que resulta recomendable un cotejo de lo que el autor de la presente obra con las afirmaciones del autor de un libro que hace algunos años traduje para este mismo sello editorial (...) El problema estriba en saber: ¿es la certeza tan solo un grado más alto de verosimilitud o algo sustancialmente diverso? Nuestro idioma nos permite con más facilidad le cuestión. Y es porque, además del concepto de “certeza”, cuenta con el de “certidumbre”, el cual – si bien el diccionario los dá como sinónimos – difere de aquél en cuanto designa la faz subjetiva, y no la objetiva, de un mismo fenómeno. El profesor Döhring captó bien esta diferencia y la señaló en una nota en la que distingue entre la “Sicherheit” (seguridad, certeza) y la “Gewissheit” (certidumbre). De ahí que haya sabido también apreciar con justeza la cuestión del módulo y de la cantidad de la prueba y sentar la sabia regla, pragmática y elástica, de que... « los tribunales tienen que aplicar un módulo tan riguroso que alcance justo a ser compatible y la misión de administrar justicia”. La verosimilitud y la certeza tienen carácter objetivo; la certidumbre, carácter subjetivo. El español prove e las voces diferenciadoras adecuadas para designar eses conceptos.” (DÖHRING, Erich. *La investigación del estado de los hechos en el proceso: la prueba su practica y apreciacion*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1972). É importante o registro de que a certeza pode ser compreendida tanto sob um aspecto objetivo, quanto subjetivo; que em espanhol há palavras que retratam mais precisamente tal nuance – *certeza* e *certidumbre* – porém mais uma vez as correspondências*

CARPES²², MARINONI e ARENHART²³, PEIXOTO²⁴ supõem que “módulo” da prova para WALTER fosse outra coisa que não standard da prova, mas sem fundamento no texto original do alemão.

Na realidade, o livro originalmente traz uma reflexão sobre a redução do **standard** de prova (*Beweismaßreduzierung*) e sobre o grau de **probabilidade** (*Wahrscheinlichkeitsgrad*) suficiente para algumas afirmações fáticas serem tidas como verdadeiras.

A diferença significativa entre **probabilidade** e **verossimilhança** já foi extremamente destacada por TARUFFO²⁵, com o apoio de autores como AUILO²⁶ e MITIDIERO²⁷, embora existam posicionamentos como o FLACH²⁸ que aproxima os dois conceitos. Claro que o tratamento legislativo da decisão provisória de urgência só aumentou a confusão²⁹, porém a disciplina atual retrata o aprimo-

feitas por Banzhaf entre os vocábulos castelhanos e os alemães parece equivocada. A palavra alemã *Gewissheit* tem um cunho mais objetivo e corresponde melhor a *certeza*, enquanto *Sicherheit* é que tem um cariz subjetivo e corresponde melhor a *certidumbre*, mas o tradutor fez o pareamento invertido. Também fica o registro de que, para Banzhaf, verossimilitude é um conceito que comporta gradações, o que está na contramão de quem diferencia verossimilhança e probabilidade.

22 CARPES, Arthur Thompsen. Standards probatórios e a redução do módulo da prova: técnicas para a adequada reconstrução dos fatos da causa. In MITIDIERO, Daniel. Processo sob curadoria de Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1-standards-probatorios-e-a-reducao-do-modulo-de-prova-tecnicas-para-a-adequada-reconstrucao-dos-fatos-da-causa-processo-civil-sob-curadoria-de-daniel-mitidiero/1341592232>, acesso em 28.11.2023.

23 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 463ss.

24 PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito processual brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 148-149.

25 TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011, pp. 503-515.

26 AUILO, Rafael Stefanini. A valoração judicial da prova no direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 44-45.

27 MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 115 ss.

28 FLACH, Daïsson. A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 69-71.

29 No Código de Processo Civil de 1973, após a reforma de 1994, a antecipação de tutela pressupunha prova inequívoca, convencimento da verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos do art. 273, I daquele derogado diploma.

ramento legislativo³⁰, deixando às claras que o standard deve traduzir algum grau de **probabilidade** (que se obtém no confronto da tese fática, com os elementos de prova, as máximas da experiência, a argumentação lógica e tudo o mais que compõe o raciocínio probatório) e não apenas avaliar se uma tese fática é plausível³¹.

2. COGNIÇÕES

A palavra *cognição* pode ser compreendida sob dois aspectos: ingressivo e estativo³². A linguística ensina que o aspecto ingressivo reflete a mudança de um estado para outro³³, ao passo que o aspecto estativo reflete um estado permanente e estável geralmente alcançado ao fim da atividade. Assim, a cognição pode ser compreendida como a atividade de tomar conhecimento, em que se sai de um estado de ignorância para o de ciência; mas também como a situação resultante daquela atividade, isto é, em que o conhecimento resultante da atividade cognitiva foi estabilizado.

30 O art. 300 do Código de Processo Civil em vigência, prescreve que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desde que não gere perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

31 Como no Brasil, o código de processo civil alemão (*Zivilprozessordnung – ZPO*) não prevê expressamente um nível ou standard de prova. Fala, sim, no § 286, que a decisão deve ser fundada em convicção sobre a verdade ou não verdade de uma dada afirmação de fato. E prevê no § 294 um *Beweismaß* diminuído, que em vez de estabelecer o convencimento sobre a verdade de uma afirmação, satisfar-se-ia com a *Glaubhaftmachung* (algo literalmente traduzível como credibilidade, mas que poderia ser melhor entendido como plausibilidade).

32 BERTUCCI, Roberlei Alves. Uma análise semântica para verbos aspectuais em português brasileiro. São Paulo: FFLCH/USP, 2015, pp. 50, 65 e 96; COMRIE, Bernard. Aspect: an introduction to the study of verbal aspect and related problems. Cambridge: Cambridge University Press, 1976, pp. 19-20 e 33ss; HUYGHE, Richard; JUGNET, Anne. Nominalisations statives et transfert aspectuel: quel héritage sémantique?. Congrès Mondial de Linguistique Française 2010, Estados Unidos, p.1713-1726, 2010; MOURELATOS, Alexander P. D. Linguistics and Philosophy, Vol. 2, No. 3, p. 415-434, 1978, p. 424.

33 Quando digo que “a criança dorme fácil”, referi-me à ação, à mudança do estado acordado para o estado de sono, o que poderia ser igualmente expressado pelo verbo *adormecer*. Naquele exemplo, “dorme” tem aspecto ingressivo. Já quando digo que “a criança dorme muito”, trato de uma situação estável, de quem está e permanece no sono; é o resultado da ação de adormecer, e não a atividade em si. Logo, no segundo exemplo, “dorme” tem um aspecto estativo. Pode se observar esta sutileza nos mais diversos idiomas e palavras (no inglês, *to sit down* tem aspecto ingressivo, de sentar-se, enquanto *to be seated* tem aspecto estativo de estar ou permanecer sentado), o que pode levar a ambiguidades. A nominalização dos verbos pode conservar em sua forma substantivada um resíduo aspectual, que enriquece a semântica, como estudam HUYGHE e JUGNET em HUYGHE, Richard; JUGNET, Anne. Nominalisations statives et transfert aspectuel: quel héritage sémantique?. Congrès Mondial de Linguistique Française 2010, Estados Unidos, p.1713-1726, 2010. Especificamente no campo do direito probatório, por exemplo, é preciso distinguir o “convencimento” enquanto a atividade de fazer alguém passar do estado cético ao de crente, do “convencimento” enquanto estado de estar e permanecer convencido.

A classificação da cognição processual como horizontal ou vertical³⁴, e a subdivisão desta última em sumária e exauriente, trata indubitavelmente da **cognição-atividade**. É no campo da ingressividade que se fala em **módulo (vertical) de cognição**. Assim, o contexto de cognição sumária é um contexto de **atividade interceptada**; onde a normalidade recomendaria todo um *iter* processual com início, meio e fim, com oportunidade de apresentação de teses fáticas e jurídicas, apresentação de provas e argumentos sobre estas, bem como o correspondente contraditório a permitir contestação, com teses defensivas diretas e indiretas, apresentação de contraprovas e argumentos a fundamentar estas e a desqualificar as teses do demandante, haverá casos em que o processo admitirá se decida (precariedade, é verdade) antes de todas as oportunidades ordinárias se exaurirem. É o contexto excepcional, da cognição sumária.

Já o contexto em que se desenvolveu a teoria da redução do “módulo” (*rectius* standard) da prova é o de inescclarecibilidade, ou seja, em que a **cognição-resultado** é rarefeita.

A tutela provisória de urgência é concedida num contexto de cognição rarefeita; a decisão definitiva de mérito com base em standard reduzido (para quem aplica alguma técnica de redução do “módulo” da prova) motivada pela constatação de dificuldade probatória generalizada também pode se dizer concedida num contexto de cognição rarefeita. Atenção, porém, que se trata de registros diferentes para o mesmo vocábulo: no primeiro caso, da tutela provisória de urgência, a rarefação é um qualificador da **cognição-atividade**; no último a rarefação é um qualificador da **cognição-resultado**. Digo mais, a atividade e o resultado são independentes entre si, embora possam se influenciar em alguma medida. Explico.

A cognição sumária (assim entendida a atividade cognitiva que ainda não esgotou todas as **possibilidades** processualmente admissíveis de ordinariamente compor um processo) pode eventualmente ter como resultado um **acervo ou peso probatório** bem grande. Imagine que o autor instrui a petição inicial com atas notariais, com cópia dos autos de um processo de produção antecipada de

34 WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. Imprensa: São Paulo, CEBEPEJ, Campinas, SP, Bookseller, 2000, pp. 111-113.

provas de que trata o art. 381, CPC, registros fotográficos, declarações escritas da parte contrária, e um grande volume de outros elementos comprobatórios. Não se pode dizer que a massa probatória é escassa, em que pese o pedido de tutela provisória de urgência estar sendo colocado *in limine litis*. A cognição (atividade) é verticalmente sumária assim mesmo, pois não houve ainda a **oportunidade** de o adversário exercer o contraditório. O desenrolar do processo pode levar a dois cenários diferentes: *a)* os autos virem conclusos para a sentença retratando o mesmo cenário probatório inicial (imagine que o réu não trouxe qualquer contraprova, nem impugnou a autenticidade ou legalidade os meios de prova trazidos com a inicial, nem alegou e muito menos provou fatos impeditivos, modificativos ou desconstitutivos); como pode resultar em *b)* os autos virem conclusos com muito mais elementos de prova (tanto o autor pode ter produzido mais provas ao longo da instrução – perícia, inspeção, oitiva de testemunhas, juntada de documentos novos de que antes não dispunha – quanto o réu pode ter juntado contraprovas, talvez até com maior peso que as provas antigas que eram favoráveis à tese do autor). Em termos de **atividade**, a cognição havida até a sentença foi exauriente, pouco importando que no cenário a cognição-resultado (acervo probatório ou peso probatório) seja rigorosamente a mesma que já estava formada no momento da decisão provisória de urgência, em que a cognição-atividade fora sumária. E o contrário também se observa: os dois cenários de processo conclusos para sentença são de cognição exauriente, porque em ambos foram esgotadas as **oportunidades** de contraditório e ampla defesa, sendo que o **peso probatório resultante** variou só porque nem sempre uma oportunidade dada é bem aproveitada (no cenário *a* o réu nada produziu, já no cenário *b* as partes aproveitaram o contraditório e a ampla defesa de modo mais efetivo).

É claro que o senso comum supõe que o peso probatório segue uma progressividade ao longo do processo, aumentando a quantidade de elementos de prova à medida em que as oportunidades de contraditório e ampla defesa vão se apresentando; mas pode ser ou não, nada determina que assim ocorra. O valor dos elementos de prova pode se alterar, conforme o contexto, quando se pensa por exemplo que, num primeiro momento, o autor traz uma carta em que o réu confessa ter lhe causado um dano; se, depois de oportunizado o contraditório, o

réu não impugna a autenticidade ou a seriedade da declaração, o mesmo elemento de prova cresce em seu valor³⁵, mesmo que nenhum outro meio de prova tenha sido utilizado (a menos que se considere o silêncio do adversário com um novo elemento de prova, o que, em sentido estrito, penso não ser).

A profundidade da cognição foi bem estudada por WATANABE³⁶, MARINONI³⁷, ZAVASKI³⁸, para nomear alguns. O que caracteriza a sumariedade, como apontaram PEIXOTO³⁹ e SCHENK⁴⁰, é a ausência ou mitigação de oportunidade do **contraditório**; eu acrescentaria não só do contraditório, mas de todas as oportunidades processuais de ampla defesa e contraditório. A impossibilidade de que essa espécie de cognição conduza a um juízo de **certeza** não é a sua essência nem sua identidade, mas apenas uma consequência natural de ela se fundar num estado processual (e cognitivo) provisório. Logo, ter um referencial de plausibilidade (ou de verossimilhança, ou outro que seja considerado “reduzido” em comparação com o standard ordinário do processo civil), no caso das decisões definitivas em situações de inesclarecibilidade, não se confunde com a cognição sumária. As deficiências probatórias de um e de outro caso são diferentes.

A observação de CARPES, no sentido de que o juiz poderia julgar *com base na cognição sumária*⁴¹ se verificada a inesclarecibilidade, desconsidera que a essência da cognição sumária é não se ter exaurido a **atividade** cognitiva, e não a insuficiência do **resultado** da cognição. Quando os autos vêm conclu-

35 Quanto apreciado liminarmente, não se tinha a circunstância da aquiescência tácita do réu; havia a possibilidade de ele admitir ou refutar. Já depois do prazo de contestação, o réu pôde contestar e não o fez; agrega-se um dado epistêmico a mais, a despeito dos elementos de prova não terem sido incrementados. Não que o único motivo para o réu não impugnar seja que a carta fosse mesmo séria e autêntica, mas a probabilidade de tal tese aumenta.

36 WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. Imprensa: São Paulo, CEBEPEJ, Campinas, SP, Bookseller, 2000.

37 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

38 ZAVASCKI, Teori A. Antecipação da Tutela. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

39 PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito processual brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 313.

40 SCHENK, Leonardo Faria. Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

41 CARPES, Arthur Thompsen. A prova do nexa de causalidade na responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, versão eletrônica.

tos para sentença, pouco importa se o acervo probatório é ideal (tão rico que permita o julgador aceitar racionalmente como altamente provável que x, ou altamente provável que não-x) ou se é de decepcionante escassez de elementos probatórios (o que, pela doutrina tradicional, legitimaria uma sentença fundada nas regras do ônus, por falta de provas e para não se infringir a proibição do *non liquet*), a **cognição-atividade** já se deu, por completo, com exaurimento, porquanto houve todas as **oportunidades** de contraditório e ampla defesa. Dizer que o resultado rarefeito justificaria modificar o rótulo da atividade cognitiva que lhe precedeu é desconsiderar a realidade das coisas, porque a cognição-atividade **já foi concluída**. Não sofreu qualquer interceptação. E o motivo para defender tal manobra tampouco se sustenta: a insuficiência do resultado não poderia servir de justificativa para rever, rebaixando, o crivo de suficiência. Ora, seria como mudar as regras de um jogo depois de acabada a partida, sob o argumento de o time mais débil não pontuou o suficiente para acessar à fase seguinte do campeonato; se o parâmetro vem a ser estabelecido depois do paragonado, aquele perde sua função de controle.

3. LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS SOB UM CRITÉRIO DE VEROSSIMILHANÇA

Os motivos que legitimam a decisão em contexto de cognição sumária não se confundem com os que poderiam legitimar a decisão definitiva de mérito favoravelmente à parte que, não obstante suportar o ônus da prova, não se desincumbiu de superar o standard ordinário (dito de outro modo, decisão definitiva de mérito fundada não na regra do ônus objetivo, mas na aplicação de um standard rebaixado, de “mera verossimilhança”). Vejamos.

Uma vez que se entende que a profundidade da cognição trata da atividade cognitiva, e não do seu resultado, uma “redução do módulo cognitivo” só poderia significar a amputação de oportunidades de contraditório e ampla defesa, isto é, a restrição (ainda que precária) da atividade. Isto não traria nenhuma vantagem epistêmica para as lides que se inserem num contexto de inesclarecibilidade e que demandam solução meritória definitiva. Nelas se busca justamente o contrário: incentivar uma atividade instrutória eficiente e frutífera, aprimorar o entendimento

e valoração das provas, tudo para se chegar ao ponto de ter um cenário probatório rico o suficiente para permitir uma sentença fundada em provas e não na falta delas (regra do ônus).

No caso, porém, de se chegar ao final do processo com um peso probatório leve, insuficiente para se aceitar como provado que *x* é verdadeiro ou que não-*x* é verdadeiro, abre-se a discussão sobre se cabe reduzir o **standard** de prova. (A discussão sobre tal redução no atual ordenamento jurídico brasileiro é muito maior do que caberia neste artigo. Por ora, apenas consigno que a cognição-atividade e sua fundura não são elementos a se equacionar na resolução deste problema da inesclarecibilidade).

O conhecimento possível através do processo não passa de algum grau de probabilidade, porque a verdade é apenas um norte inatingível. Logo, o *Beweismaß*, enquanto grau de suficiência para uma afirmação fática ser tida como provada, é o mesmo que standard de prova. A escala dentro da qual o standard ordinário ou os eventuais standards especiais (aumentados ou reduzidos, conforme a necessidade específica de distribuição dos riscos) são fixados é uma só. Portanto, retomando o que foi dito acima, o *Beweismaß* sempre cuida do **grau** de probabilidade suficiente; e não do **complemento** da ideia de convicção (como alguns poderiam erroneamente supor que o “módulo” da prova poderia variar entre “módulo de convicção de verdade”, “módulo de cognição de probabilidade” e “módulo de convicção de verossimilhança”, por exemplo). Passa-se que a verdade é intangível; a probabilidade é a substância com a qual o aplicador do Direito consegue dialogar. Essa substância não é binária, mas sim graduável (ao menos comparativamente – mais, menos, muito, pouco, equivalente –, já que quantificá-la com precisão matemática também não é factível), e a verossimilhança está fora da escala, porque de outra natureza, conceito este sim binário (“é verossímil ou não é verossímil”). Quando muito, pode-se admitir que o verossímil tem um mínimo grau de probabilidade, visto que o que aparenta ser verdadeiro (o que tem coerência interna e está de acordo com o que normalmente ocorre, mesmo se tratando de um fato ou evento particular e irrepetível) pelo menos não pode (até prova em contrário) ser tachado de impossível e nem mesmo de improvável. É por isso que o verossímil tem sempre algum grau mínimo de probabilidade; do mesmo

modo que o inverossímil é (até prova em contrário) possível, mas pouco provável. O conceito de verossimilitude não é útil, portanto, para a aferição de suficiência probatória.

A tutela provisória de urgência tem como pressuposto um suporte fático, ligeiramente distinto, do pressuposto da sentença de mérito; para a última, deve se ter como provado o suporte fático da norma de direito material invocada pelo demandante, e sopesar a gravidade de uma errônea sentença definitiva de procedência em contraste com a gravidade de uma errônea sentença definitiva de improcedência. Já para a primeira, por disposição legal, deve se ter como provado que o suposto direito material pretendido é provável e que uma errada denegação da tutela provisória é mais danosa que a efetivação provisória de uma tutela que não procedia.

O CPC não especifica o grau de probabilidade nem para a sentença, nem para a tutela provisória de urgência. Não comporta aqui discorrer sobre as possíveis respostas doutrinárias para tal omissão. Apenas que me filio ao entendimento hoje prevalecente, de que o standard geral cível para a sentença definitiva de mérito é o da probabilidade preponderante. E isto tendo em conta que na generalidade dos casos a equivocada procedência é tão daninha quanto a equivocada improcedência, ficando standard(s) mais rigoroso(s) para casos em que uma das partes corre risco de dano mais intenso que o da outra.

Porém, seguindo a mesma lógica, a probabilidade a que alude o art. 300, CPC, deve ser entendida no mesmo patamar básico, que é o da preponderância. Porque na generalidade dos casos cíveis o risco de uma errônea concessão de tutela provisória é equivalente ao de uma errônea denegação de tutela provisória, ficando ressalvada a previsão de standard(s) especial(ais) para casos em que a gravidade dos possíveis erros não for equivalente. É falsa a ideia de que a tutela provisória de urgência deve necessariamente operar com um standard probatório mais sucinto que o fixado para a respectiva tutela definitiva; via de regra, o standard deve ser o mesmo nos dois momentos processuais. O que se altera é a massa de prova (no sentido de resultado do raciocínio probatório sobre os elementos de prova até então trazidos, iluminados pelos argumentos das partes e pelas regras da experiência, da lógica, da epistemologia).

Por outro lado, a cognição verticalmente profunda ou exauriente não implica necessariamente o atingimento da certeza objetiva (nem da *certidumbre* ou certeza subjetiva). O maior grau de probabilidade dependerá do peso probatório, do acervo amealhado ao final do processo, com a consciência de que é um acervo estável (porque após o esgotamento da cognição não é mais possível inovar probatoriamente dentro daquela relação processual) diferentemente do acervo em sede de cognição sumária.

Só a cognição exauriente permite se trabalhar com a **possibilidade** de uma certeza (*rectius* alta probabilidade), porque um eventual acervo probatório rico (caso assim seja atingido) será também definitivo. Em sede de cognição sumária, em contraste, o acervo probatório (mesmo que excepcionalmente rico) é **potencialmente provisório**, visto que ao longo da posterior complementação do contraditório e da ampla defesa o valor dos elementos de prova pode mudar, bem como serem trazidas contraprovas, alterando a conclusão do raciocínio probatório até então desenvolvido. A consciência de instabilidade do acervo probatório no contexto de cognição sumária é um elemento que, em geral, impede o ato de atingir o reconhecimento de uma alta probabilidade; o teto de probabilidade possível de se atingir na cognição sumária é mais baixo do que o teto na cognição exauriente. E isto, repita-se, nada tem a ver com a riqueza de elementos de prova possíveis de serem reunidos num e noutro contexto, que nada impede circunstancialmente vir a ser total. Apenas o resultado de uma valoração posterior à completa oportunidade de contraditório e ampla defesa é um resultado definitivo; porque não há risco de surgirem provas novas no mesmo processo. Daí tais decisões serem estáveis e as proferidas em sede de cognição sumária não.

CONCLUSÃO

O tanto que se caminhou no entendimento da estrutura da cognição sumária e da legitimidade da decisão, em sede de tutela provisória, não resolve a estrutura da cognição e os limites e legitimidades da tutela em redução do módulo da tutela definitiva e a situação de inescclarecibilidade. Porque aqui (na inescclarecibilidade) o universo é total; com conteúdo rarefeito, infelizmente, porém sem

potencialidade para enriquecimento instrutório. Mergulhou-se até o fundo; viu-se tudo o que havia para ver; viu-se pouco, pois não havia mais. Na cognição sumária, pode-se enxergar muito, mas sabendo que pode ainda haver mais, numa ou noutra direção. Por isto a valoração ao se decidir uma tutela provisória não tem estabilidade.

Cognição é uma palavra ambivalente, pois tanto pode nomear a atividade de passar a conhecer (aspecto ingressivo) quanto o resultado de tal atividade (aspecto estativo). A verticalidade da cognição trata dos limites da atividade, que são limites extrínsecos, de ordem processual (por exemplo, o risco da tardança justifica que se tenha de decidir sobre um tema antes mesmo de se estabelecer o contraditório, ou antes de se esgotar a instrução probatória). A limitação ou escassez enfrentada nas situações de inesclarecibilidade é de outra ordem. Está no conteúdo ou resultado da atividade cognitiva. Não houve regras processuais limitando a atividade. Mas, pela natureza mesma do fato ou da relação objeto da afirmação, o conteúdo da cognição, enquanto resultado da atividade, restou escasso, insuficiente. Não se trata do mesmo fenômeno.

De comum, há um ambiente de deficiência e a necessidade de se decidir mesmo assim. Contudo, num caso, a deficiência é da **atividade** e a necessidade de que se decida é pelo **risco da tardança**. No outro, a deficiência é do **resultado** da atividade (pela natureza dos fatos e das relações controvertidos) e a necessidade de decidir resulta da **proibição do non liquet**.

A limitação vertical da cognição faz com que o universo de meios de prova (diretos e indiretos) seja (ou possa ser) menor do que o total. É um universo parcial. Mas, considerando-se como se aquilo fosse o todo, o julgador valora aquele “todo” parcial e avalia se, até ali, seja por juízo indutivo ou mesmo abdu-tivo (por indícios), o standard pertinente foi alcançado.

Em tese, o exame das provas para tutela provisória não exige um standard diferente do utilizado no mesmo processo, no momento da tutela definitiva. O que acontece (ou pode acontecer) é que, com o aprofundamento da cognição, com a completude da instrução processual, existe a chance de que mais pesos sejam colocados na balança, **em qualquer dos dois pratos**.

Reconhecida tal distinção, caberá à doutrina buscar outros caminhos teóricos para explicar a técnica de redução do módulo da prova no ordenamento brasileiro, justificando sua hipótese de aplicação, limites e legitimidade. O recurso às já aceitas justificativas legitimantes da decisão de tutela provisória, em sede de cognição sumária, não resolve as questões de legitimidade atinentes à redução do módulo da prova; ainda há muito caminho pela frente.