

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

CRISTINY MROCZKOSKI ROCHA

**AS TUTELAS PROVISÓRIAS DESDE O PRISMA DA TEORIA (E METÓDICA)
ESTRUTURANTE DO DIREITO E DO INTEGRACIONISMO DWORKINIANO**

PORTO ALEGRE

2017

Cristiny Mroczkoski Rocha

As Tutelas Provisórias desde o prisma da Teoria (e Metódica) Estruturante do Direito
e do Integracionismo Dworkiniano

Dissertação apresentada como requisito
parcial para para obtenção do título de
Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo
2017

R672t Rocha, Cristiny Mroczkoski
As tutelas provisórias desde o prisma da teoria (e metódica) estruturante do direito e do integracionismo Dworkiniano / Cristiny Mroczkoski Rocha -- 2017.
146 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2017.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

1. Direito processual. 2. Tutela provisória. 3. Teoria estruturante - Direito. 4. Coerência. 5. Integridade. 6. Decisão judicial. I. Título. II. Ribeiro, Darci Guimarães.

CDU 347.9

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**AS TUTELAS PROVISÓRIAS DESDE O PRISMA DA TEORIA (E METÓDICA) ESTRUTURANTE DO DIREITO E DO INTEGRACIONISMO DWORKINIANO**" elaborada pela mestranda **Cristiny Mroczkoski Rocha**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 27 de março de 2018.

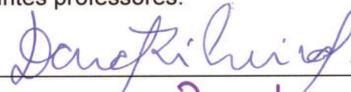


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Membro: Dr. Daniel Francisco Mitidiero



Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



“Também o direito, como o sol, se põe aqui, e ressurge mais além. E nós, juristas, se pretendemos cumprir com a nossa função social, não devemos nos entristecer pela justiça que se põe. É muito mais útil que se busque fazer com que a legalidade venha a ser, mais que um instrumento de conservação, um instrumento pacífico de renovação social, capaz de guiar o mundo, sem novas catástrofes, até o calor da justiça que ressurge.”

(CALAMANDREI, 2017, p.82)

*“El pasado es como una foto, un souvenir
La certidumbre no es más que ilusión
Y el reposo no es el destino del hombre
El derecho es la profecía del caso concreto.”*

(Oliver Holmes)

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Elizabeth e Roberto, por possibilitarem minha formação.

Agradeço, em especial, minha mãe, maior incentivadora e cúmplice na jornada da vida.

Agradeço carinhosamente minha irmã Kelly e meu cunhado Marcelo, pela partilha de momentos de alegria ao lado do meu sobrinho Benjamim.

Agradeço a minha Avó Tecla, por permitir-me refletir sobre o “tempo”.

Agradeço a toda minha família, pela compreensão nos momentos de ausência.

Agradeço a meus alunos, pelo estímulo em continuar.

Ao Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, o meu agradecimento pela oportunidade de realizar este trabalho ao lado de alguém que transpira sabedoria; meu respeito e admiração pelo seu dom no ensino, capaz de nos levar a (re)análise e reflexão profunda do Direito.

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, por todo o conhecimento, sugestões e discussões que me proporcionaram durante o Mestrado, alterando significativamente a minha visão de mundo.

Agradeço a seriedade, amabilidade e eficiência da secretária Vera Loebens do PPGD da UNISINOS.

Por óbvio, não poderia deixar de lançar meus últimos agradecimentos à CAPES, pela oportunidade de participar desse Programa de Mestrado através dos subsídios da bolsa de estudos, sem a qual a realização do curso seria inviável.

RESUMO

No Estado Democrático de Direito a verdadeira práxis reside na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, e não mais unicamente na realização da vontade concreta da lei. É função da Justiça tutelar os direitos, prestando-se o processo como o meio pelo qual a parte pode alcançar a tutela almejada ao direito em crise de efetividade. Ocorre que, a duração do processo muitas vezes desponta como óbice a gerar prejuízos e situações injustas, lançando ônus precisamente sobre aquele que se encontra na condição de mercedor da tutela jurisdicional. Nesse sentido, fala-se então em tutelas diferenciadas, que prestam-se como meios de regulação provisória da crise de direito em que se encontram o(s) litigante(s). O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) promoveu grandes mudanças em sede dessas tutelas, ditas 'tutelas provisórias', que são remédios processuais, em termos efetivos, para a busca de celeridade na prestação jurisdicional, seja para salvaguardar um direito, para satisfazê-lo, ou mesmo para reconhecê-lo como evidente. Daí que fala-se em um redimensionamento do tempo, a fim de tratar aquilo que François Ost já denominou de destemporalização do Direito. Contudo, para além de uma análise dogmática de todas as inovações advindas com a nova legislação, se mostra necessária uma investigação da própria práxis em sede de cognição sumária, como forma de verificar como o Estado-juiz, a um nível qualitativo, as tem prestado. Nesse especial, surge a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, preocupada diretamente com a concretização da norma (e, assim, do próprio Direito). É uma teoria que parte de um viés indutivo, sendo considerada pós-positivista, isto é, apta a superar os limites do positivismo jurídico (mera formalidade em detrimento da substancialidade). Diretamente ligada a corrente jusconstitucionalista (constitucionalismo contemporâneo) que aproxima o Direito da realidade, permite além de maior racionalidade ao trabalho do judiciário, a concretização de direitos e normatividade da norma decisória voltada ao caso concreto. No entanto, não se pode desconsiderar que os provimentos jurisdicionais, à luz do Estado Democrático de Direito, devem abarcar os conceitos de 'coerência e integridade', vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido. Nesse viés, possibilita-se o diálogo da TED com a Teoria de Ronald Dworkin, inclusive porque o novo Código de Processo Civil adotou os preceitos dworkinianos como "ferramentas" aptas a diminuir o voluntarismo

judicial, sem, contudo, refletir como objetivo a promoção de tutelas exaurientes (onde há maior grau de certeza jurídica quanto à controvérsia). Tomando-se em consideração este cenário e sendo esta uma área da processualística onde denuncia-se o protagonismo judicial, surge a celeuma: como a Teoria e Metodica Estruturante de Friedrich Müller pode contribuir para a concretização da norma decisória em cognição sumária? Essa estruturação da norma reflete à promoção de 'coerência e integridade', incentivando, por conseguinte, a uma teoria da decisão judicial que se coadune com o Estado de Direito fruto de uma democracia constitucional?

Palavras-Chave: Tutelas provisórias. Teoria estruturante do direito. Coerência. Integridade. Decisão judicial.

ABSTRACT

In the Democratic State of Right, the real practice lies in the effective realization of the fundamental rights and guarantees of individuals, and no longer solely in the realization of the concrete will of the law. It is a function of Justice provides the guardianship of the rights, rendering the process as the means by which the part can reach the tutelage aimed for the right in crisis of effectiveness. It happens that, the duration of the process often appears as an obstacle to generate losses and unfair situations, placing onus precisely on the one who is in the condition of worthy of the judicial protection. In this sense, there is talk of differentiated tutelages, which are provided The Civil Procedure Code (Law no. 13.105 / 2015) has promoted major changes in these tutelas, so-called 'provisional tutelages', which are procedural remedies, in effective terms, for the pursuit of speed in the jurisdictional provision, either to safeguard a right, to satisfy it, or even to acknowledge it as self-evident. Hence we are talking about a resizing of time, in order to deal with what François Ost has already called the timelessness of Law. However, in addition to a dogmatic analysis of all the innovations that come with the new legislation, it is necessary to investigate the praxis itself in terms of summary cognition, as a way of verifying how the State-judge, on a qualitative level, has provided them. In this special, there is Friedrich Müller's Theory of Law, concerned directly with the concretization of the norm (and thus of the right itself). It is a theory that starts from an inductive bias, being considered post-positivist, that is, able to overcome the limits of legal positivism (mere formality to the detriment of substantiality). Directly linked to the current jusconstitutionalism (contemporary constitutionalism) that approximates the law to the reality, it allows, in addition to a greater rationality to the work of the judiciary, the concretization of rights and provides the normativity to the decisory rule directed to the concrete case. In this respect, it can not be disregarded that jurisdictional appeals, in the light of the Democratic Rule of Law, should embrace the concepts of 'coherence and integrity', the principle vectors by which the entire legal system must be read. In this bias, is it possible the dialogue between TED's and Ronald Dworkin's Theory, also because the new Code of Civil Procedure adopted the Dworkinian precepts as "tools" capable of diminishing judicial voluntarism, without, however, reflect that as an objective of promoting tutelages in exhaust cognition (where there is greater degree of legal certainty about the controversy). Taking this scenario into

account and being an area of the procedural where the judicial protagonism is denounced, there is a stir: how can Friedrich Müller's Theory and Structural Methodology contribute to the realization of the normative decision-making in summary cognition? Does this structuring of the norm reflect the promotion of 'coherence and integrity', thus encouraging a theory of judicial decision that is consistent with the rule of law resulting from a constitutional democracy?

Keywords: Interim protection. Structuring theory of law. Coherence. Integrity. Judicial decision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TUTELAS PROVISÓRIAS E A GESTÃO DO TEMPO NO PROCESSO: TEMPO PARA MEDIR E JUSTA MEDIDA DO TEMPO	16
2.1 Celeridade e Qualidade da Justiça: a gestão do tempo no processo	19
2.1.1 Os Reflexos do Paradigma Racionalista na Sistematização das Tutelas Processuais Cíveis	22
2.1.2 A Presença das Presunções no Direito Brasileiro: os efeitos para o desdobramento do tempo	26
2.2 Tutelas Sumárias e Técnica Processual: a sistematização das tutelas provisórias no Código de Processo Civil.....	30
2.2.1 Tutela de Urgência Cautelar: requisitos, modalidades e o “problema” da falta de autonomia	31
2.2.1.1 <i>Tutela de Urgência Antecipada: requisitos, modalidades e o “problema” da estabilização.....</i>	<i>36</i>
2.2.1.2 <i>A Unificação do Tratamento Processual das Tutelas Antecipadas e Cautelares: eliminando obstáculos à fungibilidade.....</i>	<i>43</i>
2.2.2 Tutelas da Evidência: os “cálculos” da verossimilhança no direito processual civil.....	45
3 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO E A FUNÇÃO CRIADORA DA NORMA DECISÓRIA: POSTULADOS PARA A (RE)DISCUSSÃO DA RACIONALIDADE JUDICIAL EM TUTELAS SUMÁRIAS.....	53
3.1 Direito e Realidade na Teoria Pós-Positivista de Friedrich Müller	59
3.2 O Conceito Hermenêutico de Norma e a Metodica Jurídica na Teoria Estruturante do Direito: a norma jurídica como decisão dotada de efetividade e a volta ao mundo dos eventos.....	65
3.2.1 Teoria sobre a Práxis: uma proposta de hierarquização dos passos para a concretização.....	68
3.2.2 O Programa Normativo e o Âmbito Normativo	74
3.3 Teoria Estruturante do Direito e a Práxis Brasileira: a criação do direito a partir do caso concreto	77
3.3.1 A Presença da Pré-Compreensão Dentre os Elementos Clássicos da Interpretação: um fator metodologicamente diferenciador	80

3.3.2 A Realização/Concretização do Direito: desvelando a separação entre Lex e Jus	85
4 AS TUTELAS PROVISÓRIAS NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DO PROBLEMA DA (FALTA DE) ESTRUTURAÇÃO, COERÊNCIA E DO RISCO DE (RE)CAIR NAS ARMADILHAS DO PARADIGMA DAS TEORIAS DA CONSCIÊNCIA	92
4.1 Um Modelo Coerente e Íntegro de Raciocínio Jurídico	101
4.1.1 O Papel dos Juízes Perspectiva Dworkiniana do Direito como Integridade: um diálogo entre o “romance em cadeia e a interpretação criativa” com a “atividade criativa da concretização do direito” mulleriana.....	106
4.2 Cognição Judicial e Tutelas Provisórias: eliminando modelos para construir o juiz “responsável e coerente” do Estado Democrático de Direito	114
4.2.1 A Estruturação e Coerência como Condição de Possibilidade para Alçar Maior Racionalidade aos Juízos de Probabilidade.....	121
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
REFERÊNCIAS	134

1 INTRODUÇÃO

O Direito não deixa de evoluir, sendo-lhe intrínseca a necessidade de permanente conexão com a realidade social. O processo civil não está avesso a essas variações, tendo que (re)configurar-se de acordo com essas necessidades e costumes do seu tempo, a partir de um projeto que também implica, por assim dizer, um mínimo de tempo.

Num contexto marcado pela “liquid modernity”,¹ por uma sociedade plural e global e por um “diritto mite”,² impõe-se trilhar o caminho para a compreensão das novas propostas advindas com novos ordenamentos. Nesse sentido, está a Lei nº 13.105, de 06 de março de 2015, que inseriu no atual cenário processual uma nova codificação, a qual não deixa de ter o intento de (re)aproximar e interligar o “mundo do Direito e do Processo” com o “mundo dos fatos e da vida”. Isso porque o Direito Processual Civil moderno deve ser o resultado da prática do mundo cotidiano, intentada a pacificação social, residindo a verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo.

É função da Justiça, portanto, tutelar os direitos, prestando-se o processo como o meio pelo qual a parte pode alcançar a tutela almejada ao direito envolvido em crise de efetividade. Diga-se assim que, o regramento do processo, como um mecanismo para o exercício da jurisdição, passa a exigir cada vez mais a ética como critério merecedor de aplicação, a fim de que não se desvirtue o instrumento com condutas que prejudiquem a análise do direito em discussão e sejam incentivadoras da *desconfiança*.

Portanto, busca-se um processo justo: que respeita os parâmetros fixados pela norma constitucional. Nesse viés, mostra-se imprescindível a própria “organização

¹ A expressão é do sociólogo polonês Zygmunt Bauman, que se vale da fluidez e da liquidez como metáforas para descrever o atual estágio da era moderna. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001). No mesmo sentido acerca da existência de fluidez, Jacques Chevallier analisa o Estado Pós-Moderno, afirmando que a sociedade contemporânea resta caracterizada por complexidade, desordem, indeterminação, incerteza, hiperindividualismo -“absolutização do eu”-, pela “cultura do narcisismo”, pela fluidez que leva o indivíduo a navegar ao sabor das correntes da “sociedade líquida”, perdendo os pontos de apoio indispensáveis ao seu enraizamento psíquico e à construção de si próprio como sujeito”, pois “cada um é convocado a ser um realizador* em todos os domínios – sob o preço de uma tensão permanente [...]”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Traduzido por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte:Fórum, 2009. p. 19.

² Gustavo Zagrebelsky adjetiva o direito com o termo em italiano “*mite*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **II diritto mite**: legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi, 1992), isto é, maleabilidade, flexibilidade.

processual justa”, em que se faz um redimensionamento de poderes no processo, demandando uma revisão da parcela de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual, sem olvidar os desígnios constitucionais; e onde também se evidencia um (re)dimensionamento do tempo, adequado a cada caso concreto.

Interpretar e aplicar o Direito sempre obrigam a um necessário balanceamento entre o geral e o singular, entre o texto passado e a exigência da justiça no caso atual e concreto. Atender ao chamado da justiça³ exige, portanto, a recriação da norma contida no texto legal, a partir de uma prática interpretativa não só voltada aos próprios designios (e tempo) do caso concreto, mas também que adote princípios éticos e morais que possam ajudar a superar a indeterminação dos enunciados jurídicos, contribuindo para a integridade do Direito.

Ocorre que, de toda essa (re)criação da norma, de toda essa mudança de textos a serem (re)interpretados, também emerge um paradoxo temporal que não pode ser desprezado, pois “la logique du projet implique rupture à l’égard du passé, capacité à transformer le présent. Mais, s’il entend aussi modeler l’avenir, le projet suppose un minimum d’institutionnalisation et donc de durée”.⁴ A par dessa questão temporal, surgem diversas abordagens não excludentes – podendo ser, por exemplo, hermenêutica ou sistêmica – projetando reflexões acerca dos efeitos do tempo no/do Direito.⁵

³ A justiça deve ser entendida segundo as palavras de Aristóteles: “Vemos que todos os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto. [...] Portanto, a justiça neste sentido não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; nem é seu contrário, a injustiça, uma parte do vício, mas o vício inteiro. O que dissemos põe a descoberto a diferença entre a virtude e a justiça neste sentido: são elas a mesma coisa, mas não o é a sua essência. Aquilo que, em relação ao nosso próximo, é justiça, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross São Paulo: Nova Cultural, 1973. v. 4, p. 121-123. (Os pensadores). Sobre a justiça e a segunda função do ordenamento jurídico, Darcy Guimarães Ribeiro afirma: “A segunda função do ordenamento jurídico, que denomino *judicial*, consiste na função, através da qual, a hierarquia dos interesses da sociedade serve de diretriz ao juiz em sua tarefa de aplicar os valores que anteriormente essa sociedade estabeleceu como sendo essenciais. Por isso afirma Aristóteles que ‘aquellos que discuten recurren al juez, y el acudir al juez es acudir a la justicia, porque el juez quiere ser como una personificación de la justicia’, na medida que ele juiz utiliza os valores do que é socialmente justo para criar o direito no caso concreto”. RIBEIRO, Darcy Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. RIBEIRO, Darcy Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34.

⁴ OST, François. L’instantané ou l’institué? L’institué ou l’instituant? Le droit a-t-il pour vocation de durer? In: OST, François. **Temps et droit**. Le droit a-t-il pour vocation de durer? Bruxelles: Bruylant, 1998. p. 7-8.

⁵ Nesse sentido, consultar: ENGELMANN, Wilson. A lei processual e sua vigência temporal: aportes para uma teoria geral da (ir)retroatividade. In: ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo; BOECKEL, Fabrício Dani de (Org.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Contudo, parte-se do método fenomenológico-hermenêutico como “meio” e “caminho” para a compreensão das tutelas sumárias civilistas. Revela-se na hermenêutica uma poderosa ferramenta para a percepção sobre o viver fático de cada momento, pois tem “[...] el labor de hacer el existir propio de cada momento accesible en su carácter de ser al existir mismo, de comunicárselo, de tratar de aclarar esa alienación e sí mismo de que está afectado el existir”, sendo que “[...] la hermenéutica se configura para el existir una posibilidad de llegar a entenderse y de ser ese entender”.⁶

Ademais, está ela para a faticidade, conforme bem assinalou Heidegger:⁷ “[...] la propia facticidad es como debe determinarse cuándo y hasta qué punto aquella pide la interpretación propuesta”.⁸ Logo, assumir a defesa da jurisdição exige esse enfrentamento da atual problemática/faticidade jurídico-jurisdicional: diagnosticar a crise de paradigmas na qual a modernidade vê-se envolvida e os grilhões que mantêm a jurisdição ainda presa a valores já incompatíveis com a contemporaneidade.

Considerando esse cenário, no segundo capítulo analisar-se-ão as tutelas sumárias, que se prestam a regulação provisória da crise de direito (do tempo do direito) dos litigantes. Sob a denominação de “Tutelas Provisória”, o novo CPC passou a reunir três técnicas processuais capazes de tratar dessa ameaça de ‘destemporalização’:⁹ as tutelas de urgência (antecipada e cautelar) e da evidência. Diga-se: a atualidade jurídica não está desprendida da instantaneidade que caracteriza a cultura contemporânea, tendo o processo que readequar-se, assumindo as tutelas sumárias papel importante na própria aceleração do instrumento processual, garantindo direitos aos jurisdicionados, ainda que de forma provisória.

Com sabedoria Canelutti já afirmou que “[...] el valor que el tempo tiene en el proceso es inmenso y, en gran parte desconocido”, pois “[...] el hecho, en último análisis, no es sino cambio”. Portanto, “[...] que el juez opere sobre el hecho, quiere

⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ontología**: hermenéutica de la facticidad. Versión de Jaime Aspiunza. Madrid: Alianza, 1999. p. 33.

⁷ Sobre a construção de faticidade e tempo: “Martin Heidegger procura, para base da exploração fenomenológica, a infundável e radical faticidade da vida, da existência. Heidegger desperta a nova temática com a hermenêutica da facticidade. [...] Heidegger procura explicar ser, verdade, vida e história, a partir da temporalidade absoluta e não da temporalidade enquanto qualidade de um eu a-histórico e transcendental. Isso significaria que o tempo seria o horizonte absoluto, além da subjetividade, porque não apenas a vida é histórica, mas o próprio ser se desvela no horizonte da temporalidade. O próprio ser é tempo”. STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 48.

⁸ HEIDEGGER, op. cit., p. 33.

⁹ Sobre a instituição do tempo pelo direito e a ameaça da destemporalização. OST, na obra **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 15 e segs.

decir que opera sobre el tempo”.¹⁰ Desta forma, tem-se nas tutelas sumárias o remédio processual apto ao magistrado para correção da lentidão do processo ordinário, pois tratam da “ameaça da destemporalização”¹¹ em casos mais urgentes,¹² ou mesmo naqueles que se fazem presente a evidência do direito. São, assim, tutelas concedidas em situações pontuais, mas que devem se mostrar dotadas de “adequação”. Isso porque uma coisa é “a tutela” e outra é “a técnica” de que se serve o Poder Judiciário para realizar, nas diversas situações litigiosas, a *tutela jurisdiccional adequada*. A esse intento, analisar-se-á desde a sistematização e a técnica inaugurada no Novo CPC, como a presença das presunções, indispensáveis para a própria “gestão do tempo” do processo. Ao fechar o capítulo, será explorada a necessidade do magistrado de desenvolver “prognósticos” sobre a probabilidade/verossimilhança¹³ do direito.

No capítulo terceiro, será introduzida uma abordagem da Teoria e Metodica Estruturante do Direito (TED) de Friedrich Müller, desenvolvida na década de 60, na Alemanha, com o objetivo de transpor as limitações do positivismo, principalmente da Teoria Pura do Direito. Por conseguinte, se demonstrará um panorama geral da TED (os 11 ou 5 passos para a concretização), enfatizando seus principais elementos (programa da norma e âmbito da norma). Também serão discutidas as questões ligadas ao abandono dos “dualismos do passado do Direito”, tais como norma/caso, direito/realidade, assim como a ilusão da *aplicação* do Direito como subsunção ou silogismo. Nesse ponto, se demonstrará a discricionariedade judicial presente no momento do processo de concretização, isto é, na produção da norma decisória criadora do direito. Encerra-se o capítulo analisando a diferenciação de “*lex e ius*”, indispensável para a compreensão dessa função criadora.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971. p. 411-412. Conclui o autor que as exigências que se colocam ao juiz em ordem de tempo são três: “[...] detenerlo, retroceder, acelerar su curso”. Ibid., p. 412.

¹¹ OST, na obra **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 15.

¹² CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 31.

¹³ Vale destacar, desde já, que o requisito da verossimilhança não consta mais dentre aqueles requisitos legais autorizadores das tutelas provisórias. Em que pese isso, parcela da doutrina ainda utiliza tal requisito quando da abordagem das tutelas da evidência, especialmente aquelas previstas nos incisos II e III do art. 311 do CPC, razão pela qual se fará necessária a análise em tópico específico. Contudo, no campo das tutelas de urgência, a previsão legal do *caput* e §3º do art. 300 do Código de Processo Civil é suficientemente clara ao prever somente a necessidade de demonstração i) da probabilidade do direito e ii) do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, além da iii) possibilidade de reversibilidade da medida (apenas em tutela de urgência antecipada).

No quarto capítulo, assumir-se-á, desde um ponto de vista hermenêutico-crítico, que a realidade não é um obstáculo, mas é constitutiva, reflexivamente, do processo hermenêutico de concretização da normatividade. Isso permitirá que se trave um “diálogo” entre as teorias de Friedrich Müller e Ronald Dworkin, onde o objetivo principal residirá em enfatizar os aportes de “integridade e coerência” deste, e de “estruturação e metódica” daquele.

Desse modo, buscar-se-á demonstrar que as contribuições desses dois teóricos se mostram aptas ao estudo das tutelas provisórias na vigência do Código de Processo Civil, pois reconhecem a presença da discricionariedade judicial na *aplicação* do Direito, o que permite (des)enviesar algumas problemáticas, como aquelas ligadas a permanência ampla do livre convencimento na matéria, trazendo novas percepções sobre racionalidade técnica e responsabilização na práxis processual do Estado Democrático de Direito.

2 TUTELAS PROVISÓRIAS E A GESTÃO DO TEMPO NO PROCESSO: TEMPO PARA MEDIR E JUSTA MEDIDA DO TEMPO

Destacadamente, o que caracteriza a atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito é a efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, isto é, a tutela efetiva àquele que se acha na situação de vantagem perante a ordem jurídica. Tem-se, nesses termos, que o “[...] pesamento jurídico recuperou o concreto, que vai na essencial vocação do direito, depois que o positivismo legalista, com o seu normativismo analítico-dedutivo, o levava a refugiar-se no alienta abstracto.”¹⁴

Fala-se, assim, na *verdadeira práxis democrática*, conforme bem já asseverou Darci Guimarães Ribeiro:

A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia. É através dele, o processo, que ‘os cidadãos revelam ser sujeitos práticos justamente pela práxis: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no estado e na sociedade.’¹⁵

O “[...]direito existe para se realizar”, pois “A realização é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito.” Portanto, “O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é demais do que um fantasma de direito, não são senão palavras. A o contrário, o que se realiza como direito é o direito [...]”.¹⁶

Logo, é função da Justiça tutelar os direitos, prestando-se o processo como o meio pelo qual a parte pode alcançar a tutela almejada ao direito envolvido em crise de efetividade. Contudo, a duração do processo desponta muitas vezes como óbice a

¹⁴ NEVES, António Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. 1. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 12.

¹⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual Civil**, Belo Horizonte, n. 65, p. 66, 2009.

¹⁶ No original: “Le droit existe pour se réaliser. La réalisation est la vie et la vérité du droit; ele est le droit lui-même. Ce qui ne passe point dans la réalité, ce qui n’existe que dans les lois et sur le papier, n’est qu’un fantôme de droit, ce ne sont que des mots. Au contraire, ce qui se réalise comme droit, est le droit [...]”. (Tome 1, p. 29,2)”. JHERING, Rudolf von. **L’esprit du droit romain das les diverses phases de son développement**. Traduit par O. de Meulenaere. Tome troisième. Bologna: Forni, 1969. p. 16.

gerar prejuízos e situações injustas, lançando ônus precisamente sobre aquele que se encontra na condição de merecedor da tutela jurisdicional. Nesse sentido, fala-se então em tutelas diferenciadas, que prestam-se como meios de regulação provisória da crise de direito em que se encontram os litigantes. Revelam-se verdadeiras ferramentas processuais que estão à disposição do jurisdicionado, tanto no deflagrar do processo como no seu trâmite, permitindo o combate a riscos de injustiça ou de danos às relações jurídicas, ainda que de forma provisória.

O novo Código de Processo Civil trata do tema nos seus artigos 294 a 311. Da análise do texto legal, verifica-se que restaram assentadas três técnicas processuais distintas, sob o título de “Tutela Provisória”, quais sejam: tutelas de urgência, sendo i) cautelar e ii) antecipada,¹⁷ e tutela satisfativa, consistindo na iii) tutela da evidência. Dessa forma, tem-se tanto espécies de tutelas de urgência i) conservativas (tutela de urgência cautelar), como ii) satisfativas (tutela de urgência antecipada), que estão diretamente voltadas para combater o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo que advenha do lapso temporal para cumprimento de todas as etapas legais (paradigma da ordinarização). Outrossim, surge a tutela da evidência (artigo 311, do CPC), também visando a satisfatividade, mas onde não se faz mister a presença da urgência, ou seja, não tem o objetivo próprio de afastar o risco de dano ou de resultado útil ao processo, mas sim de combater a injustiça suportada pela parte que, mesmo tendo a evidência de seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva fruição diante da resistência abusiva do adversário.

Desde esta perspectiva, as tutelas provisórias são instrumentos processuais aptos a combater o tempo do processo, redimensionando esse ônus. Há necessidade de o processo democrático ser justo, pautado pela ética e boa-fé dos sujeitos processuais, razão pela qual também deve se mostrar justa a duração da marcha processual.

Acerca da concepção de *processo justo*, Proto Pisani já elucidou que “l'affermazione del <giusto> processo significa richiamo alla sintesi relazionale – come

¹⁷ “A tutela cautelar e a tutela antecipada, na terminologia usada pelo NCPC são espécies do mesmo gênero (tutela de urgência) com muitos aspectos similares. Ambas estão caracterizadas por uma cognição sumária, são revogáveis e provisórias e estão precipuamente vocacionadas a neutralizar os males do tempo no processo judicial, mesmo que por meio de técnicas distintas, uma preservando (cautelar) e outra satisfazendo (antecipada). Noutras palavras, a tutela cautelar evita que o processo trilhe um caminho insatisfatório que o conduzirá à inutilidade. Por sua vez, a tutela antecipada possibilita à parte, desde já, a fruição de algo que muito provavelmente virá a ter reconhecido ao final. Pode-se dizer que na cautelar protege-se para satisfazer; enquanto na tutela antecipada satisfaz-se para proteger. Cada uma ao seu modo, ambas têm a mesma finalidade remota, ou sejam estão vocacionadas a neutralizar os males corrosivos do tempo no processo”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 487.

è stato efficacemente detto Trocker – tra le singole garanzie nonché al l'equilibrio tra garanzie ed efficienza".¹⁸

Giusto processo è stato anche interpretato come sinonimo di processo corretto, rinviando tale concetto alle garanzie di contraddittorio (fra le parti, e fra queste e il giudice), al diritto di domanda ed eccezione, ai poteri istruttori delle parti, al diritto di impugnazione. In buona sostanza si tratterebbe del diritto di azione e difesa già garantito costituzionalmente dall'art. 24, 1° e 2° comma e dalle altre norme di carattere processuali contenute in Costituzione. Di analoga portata ci pare l'interpretazione di chi, pur rifiutando quell'orientamento che attribuisce a tale espressione un valore tautologico, sostiene che giusto sia quel processo che rispetta i parametri fissati dalle norme costituzionali intese in relazione fra loro.¹⁹

Nessa linha, a imbricação entre a atividade do magistrado e aquela desenvolvida pelas partes deve mostrar-se atenta aos desígnios da norma constitucional, propiciando o equilíbrio entre garantias e eficiência procedimental, de modo assegurar a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

“Estamos num tempo de mudanças onde a onda é, sem dúvida, o *acesso a justiça*, isto é, o acesso a uma ordem jurídica justa, consubstanciada num processo célere, mas sem olvidar as garantias constitucionais”. Nesse viés, “O processo atual toma rumos *sociais, institucionais*, como verdadeiro *instrumento* de realização da justiça”, passando a ser visto em seu conceito mais amplo, “[...] como verdadeiro *instrumento que o Estado coloca à disposição das partes para que busquem a jurisdição*”.²⁰ Entretanto, com a concretização da garantia de amplo acesso também desponta a superlotação crescente do Judiciário, e avulta-se a importância dos “remédios processuais” de redimensionamento de tempo, pois “[...] a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.²¹

¹⁸ PISANI, Andrea Proto. Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile. **Il Foro Italiano**, Roma, v. 123, n. 10, p. 241-250, Ott. 2000. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23195589?seq=4#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 06 jun. 2017.

¹⁹ TROCKER, Nicòlo. Il valore costituzionale del “giusto processo” in convegno elba, 36 ivi 45; CECCHETTI, Giusto processo, 606 *apud* BERTOLINO, Giulia. **Giusto processo civile e giusta decisione**. 2007. f. 14. Tese (Doutoral in Diritto Processuale Civile). Disponível em: <http://ams.dottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf>. Acesso em: 04 de jun. 2017.

²⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. O processo cautelar no Mercosul. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 243.

²¹ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1947. p. 70-71.

2.1 Celeridade e Qualidade da Justiça: a gestão do tempo no processo

Na busca por esse equilíbrio entre garantias e eficiência ao fim de um processo justo, como sinônimo de processo correto, está a cadência ordenada que o processo reclama para atingir os seus vários objetivos. Daí a relação do processo e do tempo, já que o desenvolvimento do instrumento processual

[...] resolve-se numa sucessão de determinações temporais, a permitir harmônica disposição dos fatos no âmbito do procedimento, regulando dessa forma o proceder rítmico do fenômeno, elemento de fundamental importância para a organização do procedimento.²²

Todos atos procedimentais tem uma prévia ordem cronológica, devendo ser realizados em momento oportuno. Dessa forma, destoa como um fator relevante o papel do modelo de procedimento, “[...] que constitui a estrutura que porta a ‘máquina’ processual”,²³ pois “[...] caso se disponha de um tipo processual que seja longo e ineficiente, pode-se estar seguro que, na prática, os processos serão, realmente, longos e ineficientes”.²⁴

Nesse propósito, o atual cenário brasileiro, através da inovações advindas com o novo Código de Processo Civil, busca a inserção de novas “feições ao procedimento”, de forma a tornar o processo uma “máquina eficiente”, isto é, que visa maior equilíbrio entre celeridade e realização de direitos dos jurisdicionados. Tanto é verdade que já salienta a exposição de motivos:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. [...] O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.²⁵

O jurisdicionado, portanto, necessita de uma resposta efetiva do Estado, já que “[...]no processo, o tempo é algo mais do que ouro: é justiça”.²⁶ Ocorre que, como toda

²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil** São Paulo: Saraiva, 1997. p. 113.

²³ TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Organizado e traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 36.

²⁴ Ibid., p. 36.

²⁵ BRASIL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 de jun. 2017.

“máquina”, as “engrenagens” (procedimento) precisam movimentar-se (desenvolver-se) de maneira coordenada e apta a realidade para a qual estão destinadas. Essa tarefa nem sempre mostra-se de fácil manejo.

Certo é que o debate acerca de questões ligadas ao problema da duração dos processos não é tema recente no cenário jurídico, dando azo a diversas implementações para novas estratégias e novos ditames. Mauro Cappelletti,²⁷ há mais de quarenta anos, já afirmou que a duração excessiva de um processo implica a própria exclusão do seu caráter democrático.²⁸

Nesse viés, ainda que a celeridade processual mostre-se um fator que denuncie que as “engrenagens da máquina” processual encontram-se “enferrujadas”, há também diversos outros obstáculos complexos a serem superados, pois a presteza²⁹ não é um fim único a ser difundido³⁰, existindo muitos outros valores que orientam e ditam o

²⁶ “En el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia”. COUTURE, Eduardo Juan. **Proyecto de código de procedimiento civil** (con exposición de motivos). Montevideo: Impresora Uruguaya, 1945. p. 37.

²⁷ Destaca no seu “Parecere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano” que “la sua diagnosi non solo sulla durata dei processi, ma anche sull’ «altissimo numero delle sentenze appellate» nel triennio 1958-1960”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*. Milano: Comunità, 1972. p. 111 ss. *apud* CIPRIANI, Franco. **I problemi del processo di cognizione tra passato e presente**. [S.l.], 2003. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rctj&q=&esrc=s&source=web&cd=11&ved=0ahUKEwjCibC88KvUAhWBjpAKHf-vBrw4ChAWCCEwAA&url=http%3A%2F%2Farchivio.rivistaic.it%2Fmateriali%2Fconvegna%2Ffroma20021114%2Fdoc%2Fcipriani.doc&usq=AFQjCNE4Fr9uOUi2tBoRjUa4YhhuShNA5A>>. Acesso em: 07 jun. 2017). Ademais, o autor chegou a comparar “a presteza da justiça italiana ao trabalho de um relógio quebrado, que deve ser ‘batido e sacudido’ (‘hit and shaken’) para continuar em movimento [...]”. TUCCI, Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 15.

²⁸ Sobre o caráter democrático do processo, para aprofundar, consultar: RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95-106.

²⁹ Sobre a celeridade processual, ver: MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil atual**. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 83-141. Acerca do tema, também salienta José Roberto Brdaque: “A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia de devido processo legal, não é a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados a segurança do processo.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49.

³⁰ Nesse sentido, Wolfgang Grunsky: “la eficacia de um Derecho procesal no se demuestra solamente por la rapidez del procedimiento, en que éste sea intelegible para las partes y lleve a la consecución de una sentencia justa sino que cobran al menos idêntica importância los efectos indirectos que consisten en que ninguna de las partes debe pensar que la lentitud del proceso es un aliciente para retrasar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. [...] Su valor reside no tanto en la rapidez y corrección con que se resuelve una demanda, sino en la circunstancia de que incluso pueda impedir que un proceso se inicie”. GRUNSKY, Wolfgang. Reflexiones sobre la eficacia del derecho procesal civil en Alemania. In: RAMOS MÉNDEZ, Francisco **Para un proceso civil eficaz**. Barcelona: Belaterra, 1982. p. 144-145.

processo e sua dialética³¹. Nesse particular, Piero Calamandrei já assemelhou o processo civil (e também o processo penal) a um drama:

[...] como um drama, com efeito, desenvolve-se uma sucessão de atos praticados por diversas pessoas em forma dialógica, distinguindo-se em diversos episódios concatenados, que encontram seu fim, como em um epílogo, na sentença. E, em verdade, muito frequentemente o processo tem não só nele formas, mas também na sua substância humana, uma ocasião dramática, triste ou cômica, segundo os casos. E isso se revela pelo interesse mórbido com que o público se apaixona por certos debates penais, e pela frequência com que, no teatro ou no cinema, são expostas representações tomadas da vida judiciária.³²

Neste drama, o epílogo, o último ato do rito, seria a sentença. Contudo, no *procedimento ordinário* (atualmente denominado procedimento comum no CPC/15), a sentença pode demandar atos complexos e sofisticados, que impliquem diretamente na efetividade do direito daquele que se encontra na situação de vantagem garantida pela ordem jurídica. Sendo assim, a própria efetividade do *direito* restaria desprezada. Daí, se prestariam as medidas diferenciadas ao redimensionamento do tempo, como modo de salvaguardar/satisfazer o direito em crise.

É indiscutível que “O *direito* é medida, pelo menos em quatro sentidos que vão da norma ao tempo. Em direito, tomam-se <medidas>: decisões, regras de conduta; fala-se de medidas de ordem pública, de medidas de segurança, de medidas conservatórias [...]”. Portanto, sendo o próprio direito uma medida, espera-se que seja avaliada “a justa proporção das relações, a importância das prestações e dos prejuízos, a igualdade dos direitos e dos deveres”,³³ tutelando habilmente aquele que no conflito se acha na situação de vantagem garantida pela ordem jurídica.

Diga-se, ainda, quanto às interfaces do tempo e do Direito, que “[...] ser é ser no tempo; logo, o tempo tem de ser. Ele contém tudo, envolve tudo, carrega tudo: tudo

³¹ Sobre a dialeticidade, Piero Calamandrei: “[...] aquela característica, a mais preciosa e típica do processo moderno, que é a dialeticidade, que significa dizer que a vontade do juiz nunca é de soberania absoluta, mas sempre condicionada (também no processo penal) à vontade e ao comportamento das partes, isto é, à iniciativa, ao estímulo, à resistência ou à acquiescência delas. E o mesmo se pode dizer para cada uma das partes, cuja vontade e atividade plasmam e se ajustam a cada momento do processo aos estímulos que recebem do comportamento do juiz e da contraparte”. CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 85.

³² Ibid., p. 37.

³³ OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 426.

que acontece, acontece no tempo”,³⁴ ele “é condição do real”.³⁵ Assim, passado, presente e o futuro³⁶ surgem com novas propostas para a análise da validade e vigência do novo Código de Processo Civil,³⁷ bem como permitem a compreensão dessas ferramentas processuais que tratam da ameaça da *destemporalização* do próprio direito no processo, isto é, que “trabalham” com tempo, “[...]tão longo, tão pesado, como uma imensa corrente para a ínfima pérola do presente”,³⁸ quais sejam as *tutelas provisórias*.

2.1.1 Os Reflexos do Paradigma Racionalista na Sistematização das Tutelas Processuais Cíveis

Não há como tratar de tempo no processo (e do direito), da aplicação de medidas preventivas, sem que se faça uma análise mais detalhada do paradigma que impera no procedimento. Isso porque, conforme já ressaltado alhures, o desenvolvimento do instrumento processual se resolve em uma sucessão de determinações temporais, a fim de permitir uma harmônica disposição dos fatos no âmbito do procedimento, regulando dessa forma o seu proceder rítmico (temporal).

Nesse ponto, pode-se dizer que ainda com o novo CPC se verifica um compromisso com a ordinariedade, nos moldes do que Ovídio A. Baptista da Silva já elucidara à respeito do Código de Processo Civil anterior:

³⁴ Sobre o tempo, a tese de COMTE-SPOINVILLE tem como “primeira tese” que o tempo é o presente, pois o “passado não existe, já que não existe mais; o futuro não existe, já que ainda não existe: só há o presente, que é o único tempo real.” Nesse sentido, também afirma: “o tempo é o presente, logo que o tempo é a eternidade, logo que o tempo é o ser, logo que o tempo é a matéria, logo que o tempo é a necessidade, logo que o tempo é o ato.” COMTE-SPOINVILLE, André. **O ser-tempo**: algumas reflexões sobre o tempo da consciência. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 50.

³⁵ Ibid., p. 22.

³⁶ Na obra *O tempo do direito* o autor analisa o que denomina de “compasso de quatro tempos”: (i) a memória: ligar o passado; (ii) o perdão: desligar o passado; (iii) promessa: ligar o futuro; (iv) questionamento: desligar o futuro. Ademais, sobre a durabilidade dos ordenamentos jurídicos, aduz que: “a lógica do projeto implica na ruptura do olhar do passado, capacidade para transformar o presente. Mas, se há intenção também de modelar o futuro, o projeto supõe um mínimo de institucionalização e também de durabilidade.” OST, François. *L’instantané ou l’institué? L’institué ou l’instituant? Le droit a-t-il pour vocation de durer?* In: OST, François. **Temps et droit**. Le droit a-t-il pour vocation de durer? Bruxelles: Bruylant, 1998. p. 7-8.

³⁷ Nesse sentido, ver: ENGELMANN, Wilson. A lei processual e sua vigência temporal: aportes para uma Teoria geral da (ir)retroatividade. In: ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo; BOECKEL, Fabrício Dani de (Org.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

³⁸ COMTE-SPOINVILLE, op. cit., p. 29.

[...] tão profundo era o compromisso de nosso legislador com a *ordinariedade*, que o CPC não vacilou em conceituar a sentença como o ato final que põe termo ao procedimento. Para nosso direito e para a doutrina que o consagrou em lei, não pode haver sentenças liminares; porque o juiz não pode emitir juízos jurisdicionais verdadeiros que não produzam coisa julgada; porque julgar haverá de corresponder a *judgar definitivamente*, 'compondo a lide'.³⁹

Ao ensejo, está a alocação pelo legislador das Tutelas Provisórias no Livro V, Parte Geral, do Processo de Conhecimento, conforme se depreende da leitura dos artigos 294 a 311 do Código de Processo Civil. Nesse ponto, também estão as referidas previsões recursais: i) apelação, quando de “decisão final” (sentença), conforme §5º do art.1.013 do CPC; ou ii) agravo de instrumento, no caso de prolação de decisão interlocutória (art. 1.015, I, do CPC). Em que pese isso, não se pode desprezar a exceção a esse tratamento, prevista nos artigos 303 e 304 do CPC, que trata da tutela antecipada antecedente e da sua possibilidade de estabilização, inovação perpetrada pelo novo diploma processual.

Logo, ainda se mostra relevante a questão acerca dos alicerces do *racionalismo* dos Séculos das Luzes,

[...] ainda tão presente e atuante em nossa doutrina – sendo o sistema jurídico produto de um legislador iluminado, cuja sabedoria e previdência, além de dispensar a *atividade criadora do direito* por parte do magistrado que o aplica, ainda seria dotado da suprema virtude capaz de dar ao preceito legal *univocidade* de sentido, de modo que a sentença seria certa ou, ao contrário errada, como qualquer problema matemático -, o sucumbente terá agido sempre *injustificadamente*, por ter recusado obediência a um preceito legal cuja transparência era tanta, que a ninguém seria lícito ignorá-lo.⁴⁰

Com isso, tem-se que a ciência processual moderna, já na sua formação, passa a ser calcada no ideal de certeza, de segurança, em cognição plena e exauriente, e no cumprimento da literalidade da lei. Contudo, não se pode confundir a formação da ciência processual com a formação do direito processual, pois este guarda suas raízes no direito romano, e aquela emerge no contexto da ciência moderna. Assim, é com o Iluminismo racionalista que se forjou a ciência processual, e quando se “apagou” da

³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 218.

⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 201-202.

memória do direito processual civil moderno os esforços dos romanos e dos medievalistas pela sumarização do juízo ordinário.⁴¹

Assim, ao juiz cabia a hercúlea tarefa de oráculo da lei,⁴² ou de um verdadeiro juiz-tipo, conforme destacava Ovídio Araújo Baptista da Silva.⁴³ Porém, todo este esforço assumido em nome da autonomia do direito processual acabou por resultar no seu isolamento e distanciamento em relação ao homem e suas contingências. Geometrizou-se o direito.⁴⁴ Daí, depreende-se que o desenvolvimento exagerado dessa concepção de autonomia acabou por desenhar contornos da concepção procedimentalista na ciência processual, eliminando a ação de direito material e a pretensão.

Isso mostra-se de extrema relevância, pois permite a verificação ideológica que a natureza científica “desenha” ao método procedimental, tornando-o igualmente científico, independentemente do direito material. E é nessa trilha que o sistema brasileiro, de tradição processual dos países de tradição romano-canônica,⁴⁵ concebeu a busca da verdade sobre o direito controvertido, a fim de alçar um sentido unívoco.⁴⁶

⁴¹ Nesse sentido MONROY GÁLVEZ, Juan; MONROY PALACIOS, Juan. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.); CARBONE, Carlos Alberto (Coord.). **Sentencia anticipada** (despachos interinos de fondo). Buenos Aires: Rubinzol-Culzoni: 2000. p. 165-208. Disponível em: <<http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/tutela.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

⁴² Sobre o juiz Hércules, Lenio Luiz Streck assinala que: “Não se deve olvidar que a figura do juiz Hércules deve ser entendida como uma metáfora, e não como um sujeito do paradigma da filosofia da consciência, que ‘assujeita o objeto’.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 94.

⁴³ Como refere o autor, o juiz revelaria-se um elemento neutro na trama judicial, isto é, um mero coadjuvante na dinâmica jurisdicional, pois limitava-se a reproduzir o sentido da lei, tal como imaginara Montesquieu. Seria “*la bouche de la loi*”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 97.

⁴⁴ Sobre a geometrização do direito: “Pero quien haya observado con atención casos litigiosos se dará cuenta facilmente de que esta empresa ha de ser infructuosa, porque los casos reales presentan diversidades más allá de lo imaginable. Precisamente en los códigos más modernos se ha abandonado por completo todos esfuerzo por aparentar esta integridad material, sin que se la haya substituído por ninguna otra cosa. Y evidentemente tal integridade puede conseguirse de otra manera, que puede explicarse mediante una expresión técnica de la geometría. En efecto, en cada triángulo hay datos conocidos, de cuya combinación se infiere necessariamente todo los demás: por ejemplo, mediante la combinación de dos lados y el ángulo comprendido entre los mismos, está dado el triángulo. De modo análogo, cada parte de nuestro Derecho tiene fragmentos tales que de ellos se derivan los demás: podemos llamarlos los principios rectores.” SAVIGNY, Friedrich Karl von. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho**. Madrid: Aguilar Ediciones, 1970. p. 64.

⁴⁵ Sobre os efeitos do racionalismos nos sistemas jurídicos herdeiros da tradição romano-canônica: “Eliminando-se a “compreensão hermenêutica, retira-se qualquer legitimidade à retórica, enquanto ciência da argumentação forense. O *racionalismo*, especialmente nos sistemas jurídicos herdeiros da tradição romano-canônica, tornou a tarefa judicial conceitualmente limitada a descobrir e *verbalizer* a “vontade da lei”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 97.

⁴⁶ Ademais, sobre o sentido unívoco, assevera Friedrich Müller: “O conceito jurídico dogmático só tem valor de signo. Além disso o aspecto gramatical (só aparentemente unívoco) freqüentemente obriga a

Nesse viés, o compromisso com os ideais racionalistas de unidade e plenitude do sistema jurídico é inegável, mostrando-se o processo de conhecimento (ordinarizado) brasileiro sua melhor “exteriorização”. Entretanto, o malougro do tempo do processo ordinário, em não poucas vezes, prejudica a efetividade do direito em crise.

Sendo assim, “Para que se pueda construir un edificio sólido de la justicia capaz de soportar las más crueles vicisitudes humanas, es necesario la renuncia de viejos dogmas con los cuales estamos desgraciadamente acostumbrados a vivir”.⁴⁷ Desponta necessária a construção de uma genuína tutela provisória, assumida como condição de possibilidade para a concretização de direitos e para a recuperação do próprio sentido do Direito no contexto de um Estado Democrático de Direito. Exige-se um “retorno” do olhar sobre o próprio direito material, que não pode ser reduzido a algo desprezível face ao esgotamento de atos ou a uma uniformidade do rito.

A noção de *certeza*, tão presente no Processo de Conhecimento (ordinarizado) necessita assim ser abandonada, onde “[...] a certeza matemática cederá lugar aos juízos de verossimilhança”.⁴⁸ Por esse prisma, a exclusão dos resquícios paradigmáticos – da própria cegueira ideológica – ainda se mostra relevante na atual conjuntura em que se inaugura um novo Código de Processo Civil, até mesmo porque “[...] ce qui compte n'est pas la quantité mathématique de temps passé à un procès, mais bien plutôt la manière dont celui-ci a été utilisé par ses différents acteurs”.⁴⁹

É *tempo* do retorno do olhar ao indivíduo, às especificidade do caso concreto, criando possibilidades para que o sistema e o próprio instrumento processual convivam bem com as tutelas preventivas, reconhecendo-se, inclusive, a necessidade de discricionariedade judicial nesse campo da processualística⁵⁰, pois somente assim, a

decidir-se por um entre vários modos de utilização dos conceitos usados, entre significados na linguagem cotidiana e na linguagem jurídica e em parte também entre diferentes significados jurídicos”. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 63.

⁴⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. La ejecución civil: experiencia del derecho brasileño. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdiccional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 227.

⁴⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 99.

⁴⁹ MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice - la gestion du temps dans le procès**. France: Ministère de la Justice, 2004. p. 19.

⁵⁰ Destaca-se, de pronto, que o conceito de discricionariedade aqui utilizado filia-se ao de Darci Guimarães Ribeiro, para quem: “sem sombra de dúvida, o ato judicial é discricionário, em nada se confundindo com um ato arbitrário, pois a discricionariedade está calcada dentro da legalidade e exige, obrigatoriamente, uma motivação na tomada da decisão considerada mais justa ao caso concreto; fundamentação esta que incoorre no ato arbitrário, pois é adotada uma posição não permitida pelo ordenamento jurídico para aquele caso em concreto.” (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

concessão de dessas tutelas poderá seguir “[...] L’objectif affiché de poursuivre à la fois la célérité et la qualité de la justice rejoint, en procédure civile, l’idée de la quête nécessaire d’un temps <sur mesure> du procès.” Porque, de fato, “[...] le temps est une notion relative et subjective”, em que se mostra cristalino que “Améliorer la qualité de la justice revient à rechercher, pour chaque procès civil donné, un temps adapte à l’espèce traitée, aux circonstances particulières de l’affaire”.⁵¹

2.1.2 A Presença das Presunções no Direito Brasileiro: os efeitos para o desdobramento do tempo

É permitido sustentar, desde já, que não está permitido ao sistema a manutenção de uma ineliminável incerteza aos litigantes, assim como também descabe a manutenção da atribuição ao magistrado do ônus de uma tarefa hercúlea, calcada unicamente em juízos de certeza.

Pois bem, “[...]supor que exista uma espécie de tutela jurisdicional que se defina como antecipada, importa negar todos os princípios que dão sustentação teórica ao Processo de Conhecimento; especialmente, significa resgatar o conceito de *sentenças liminares* [...]”.⁵² Ademais, significaria a reintrodução no direito contemporâneo da estrutura dos interditos, legitimando, por esta via, os juízos de verossimilhança, que o direito moderno em vão procura suprimir do horizonte teórico, e os quais são “[...] tidos por todos os matizes do racionalismo jurídico como falsos.”⁵³

É nesse sentido, que não se pode mais admitir um sujeito “jugador” avesso/coadjuvante à dinâmica processual, ainda que se conceba o juiz como um

1998. p. 66-67). Sobre o tema, também assinala Ovídio A. Baptista da Silva: “Por que então dizemos que o sistema convive mal com as tutelas preventivas? A resposta adequada diria que as tutelas preventivas contrariam o *paradigma* que inspira o sistema. Diríamos que não é propriamente o sistema mas a cultura da *ordinariedade* que opõe obstáculos mentais ao emprego dessas formas de tutela. As tentativas feitas pelo legislador de reintroduzir formas de tutela preventiva aos direitos pretensões prováveis tornam-se retóricas, sem efetividade, porque, ou os instrumentos processuais mostram-se inábeis; ou o *paradigma* racionalista o impede. É claro que a tutela de direitos apenas ‘prováveis’ terá de apoiar-se em juízos que contenham uma parcela visível de *discricionariedade*, o que é vedado pelo sistema.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 236-237.

⁵¹ MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice** - la gestion du temps dans le procès. France: Ministère de la Justice, 2004. p. 31.

⁵² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 220-221.

⁵³ *Ibid.*, p. 209.

sujeito alheio, que através do processo toma conhecimento de uma “reprodução” da realidade havida anteriormente,⁵⁴ incumbir-lhe-á tutelar o Direito vista à efetividade.

Às partes, entretanto, caberá, através de suas percepções diretas, descreverem o ocorrido, pleiteando as tutelas provisórias (quando e se) necessárias. É interessante notar que, nesse processo, serão avaliadas as percepções diretas manifestadas através das alegações das partes, onde aqui também se pressupõe uma coincidência *espaço-temporal*, especialmente entre o fato a ser percebido e o observado.

Nessa linha, pode-se dizer que na tarefa de análise de requerimento de tutelas provisórias, as formas de raciocínio a serem realizadas, principalmente aquela que incumbe ao juiz, (podem e) baseiam-se muito em *presunções*. Embora essas encontrem grande relevância numa concepção de ordinarização processual, não podem ser desprezadas em cognição sumária, até mesmo porque na sumarização do rito o magistrado terá que fundar seu convencimento em um juízo de *probabilidade*, em que é inerente a carência de *certeza* gerada pela própria realidade que se mostra – aquela reproduzida pelas partes. Daí porque despontam as *presunções* como ferramentas hábeis, pois “[...] a presunção parte sempre não da ideia do que é constante, mas da ideia do que é ordinário para a espécie, segue-se que a presunção é argumento probatório de simples probabilidade, e nunca de certeza”.⁵⁵ Mais, tem-se a utilização das *presunções* como verdadeiras “ferramentas” aptas a cognição judicial, permitindo o redimensionamento do tempo e a efetividade processual.

Para tanto, os próprios *elementos* constitutivos da *presunção*, demonstram seus préstimos. Nesse sentido, ensina Eduardo Couture que “[...]una presunción supone el concurso de tres circunstancias: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidade”. Porém, o que fica externalizado do campo do objeto da prova “[...] son los dos últimos de esos elementos: el hecho desconocido y la relación de causalidade. Pero nada sustrae de la actividad probatoria la demostración del hecho en que la presunción debe apoyarse”.⁵⁶

⁵⁴ Nesse sentido, RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 99-104; RIBEIRO, Darci Guimarães. A sistematização das *presunções* no novo código de processo civil. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 29-38.

⁵⁵ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Traduzido por J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica. 1927. p. 202.

⁵⁶ COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 228.

Nessa linha, o campo probatório apoia-se no fato conhecido, militando a presunção legal em favor do fato desconhecido, muito embora não se possa separá-la dos outros dois elementos.⁵⁷ Presunção, portanto, não pode ser confundida com indício,⁵⁸ devendo ser conceituada a partir dos seus referendados elementos, isto é, como uma “[...] dedução que identifica o fato desconhecido, a partir do fato conhecido”.⁵⁹ É a partir da presunção que

[...] com frequência o legislador, a fim de prevenir a falta de certeza na aplicação de uma regra jurídica, regulou a hipótese legal na forma de fazer resultar com mais precisão determinados elementos, cuja existência é necessária e suficiente a fim de que se produza determinado efeito jurídico”.⁶⁰

A doutrina classifica-as em (i) comuns e (ii) legais – essas podendo ser absolutas/peremptórias (*iures et iure*) ou relativas/condicionais (*iuris tantum*). Quanto às presunções legais, tem-se que seu objetivo é dar segurança para certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial; enquanto as presunções comuns/de homem/judiciais, as realizadas pelo homem-juiz, cumprem uma tarefa eminentemente processual, já que ligadas diretamente ao princípio da persuasão racional da prova. Sua aplicação, assim, se dará quando preenchidos os mesmos requisitos da “[...]prova

⁵⁷ Exatamente nesse especial, alguns doutrinadores, consoante aduzido por Darci Guimarães Ribeiro, “[...] entendem equivocadamente que a presunção, como um todo, não depende de prova, pois são incapazes de compreender a presunção como o resultado da soma inseparável dos três (3) elementos constitutivos dela”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. A sistematização das presunções no novo código de processo civil. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 31). No mesmo sentido, o autor destaca que, a doutrina brasileira, em geral, confunde o fato conhecido da presunção com indício. Dentre os autores, cita: Araken de Assis, Fredie Didier Jr., Cassio Scarpinella Bueno, dentre outros.

⁵⁸ Conforme assevera Nicola Framarino dei Malatesta: “Os escritores que confundiram a presunção com o indício, deixaram-se vencer pela linguagem vulgar; linguagem vulgar que se deixou, por sua vez, arrastar pela etimologia indeterminada da palavra. Praesumer, quási tomar antecipadamente uma opinião; etimologia genérica e indeterminada do vocábulo, que lança a suspeita sôbre a coisa que significa. E a linguagem vulgar, continuando em harmonia com as razões etimológicas, também empregou esta palavra com os seus derivados para significar um vício moral, próprio dos espíritos vulgares; e confirmou com isso a condenação daquele significado equívoco da palavra. Como vício moral, a presunção é a soberba dos insignificantes; como argumento lógico mal usado, é a certeza dos idiotas: baixeza, em todo o caso, moral ou intelectual.” MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Traduzido por J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica. 1927. p. 197.

⁵⁹ RIBEIRO, op. cit., p. 32.

⁶⁰ “[...] con frecuencia el legislador, a fin de prevenir la falta de certeza en la aplicación de una regla jurídica, ha regulado la hipótesis legal en forma de hacer resultar con más precisión determinados elementos, cuya existencia es necesaria y suficiente a fin de que se produzca un determinado efecto jurídico”. MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Traduzido por Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1989. p. 178.

testemunhal, com a especialidade de um enlace preciso e persuasivamente racional entre os fatos conhecidos e desconhecido”.⁶¹

Logo, tem-se que toda presunção necessita da prova do fato constitutivo, conhecido, que deverá ser juntada nos autos para permitir o benefício daquele a quem aproveitaria. Sendo assim, o raciocínio de presunção alcança o desconhecido pela via do princípio da identidade, enquanto o raciocínio judiciário, pela via da causalidade.

Destaca-se que, já na vigência do Código de 1973, Darci Guimarães Ribeiro asseverava acerca da presença das presunções no §6º do art. 273, que previa que “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.” A respeito disso, tem-se que os pedidos podem se mostrar incontroversos em diversas situações: (i) na ausência de contestação; (ii) na contestação evasiva; (iii) na contestação genérica; (iv) no fato confessado; (v) no reconhecimento jurídico do pedido; (vi) na transação; (vii) quando o demandado comparece e não contesta; (viii) na aplicação da pena de confissão. Portanto, incontroverso seria aquele fato onde há “o silêncio de quem tinha o ônus de não silenciar”.⁶²

No Código de 1973, previa-se a tutela antecipada sem o requisito da urgência nos casos do inciso II e § 6º do artigo 273, quando caracterizado o abuso de direito de defesa, o manifesto propósito protelatório do réu ou quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrassem-se incontroverso. Hodiernamente, na vigência do novo Código, foram implementadas inovações, pois houve o estabelecimento da tutela provisória do direito evidente (tutela da evidência) nas seguintes situações⁶³: (i) situações em que, havendo prova documental e tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em enunciado da súmula vinculante, haverá evidência do direito; (ii) existência de pedido reipersecutório, fundado em contrato de depósito, onde expressamente determinar-se-á a entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; e (iv) a possibilidade de tutela da evidência para qualquer caso

⁶¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. A sistematização das presunções no novo código de processo civil. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 36.

⁶² RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no §6º do art. 273 do CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64. Sobre o tema, ver também: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

⁶³ Nesse especial, cabe dizer que a antiga previsão do §6º do art. 273, do CPC/73, não restou tratada dentre as hipóteses legais do art 311, do CPC/15.

em que, havendo prova documental suficiente, o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Portanto, inegável a presença das presunções ainda na atual sistemática do novo CPC, mostrando-se hábil a cognição judicial em vista do redimensionamento do tempo do processo (assim como à tutela final).

2.2 Tutelas Sumárias e Técnica Processual: a sistematização das tutelas provisórias no código de processo civil

A doutrina, embora busque a efetividade e a celeridade processual (relação entre direito, tempo e processo), alicerçada ao abandono de velhos paradigmas (racionalista) e reconhecendo a necessidade do uso de “ferramentas processuais” hábeis como as presunções judiciais, ainda caminha “[...]com uma categoria de *tutela antecipada*” alicerçada no “[...]procedimento ordinário, que haveria de ser o primeiro bastião a cair [...]”.⁶⁴

Nesse ponto, passa-se a assumir a necessidade de analisar as modificações implementadas, destacando-se, de pronto, que diferentemente do antigo diploma processual onde estavam previstos três gêneros de processo - conhecimento, execução e cautelar-, o novo diploma suprimiu o Livro que tratava do “Processo Cautelar”, passando a abordar, no seu Livro V, da Parte Geral, aquilo que denomina de “Tutela Provisória”. Notadamente são tutelas jurisdicionais não definitivas, pois fundadas em *cognição sumária*, isto é, assentadas em um exame menos aprofundado da causa, o qual possibilita o prevalecimento do *direito provável* em detrimento do *direito improvável*.

Assim, uma vez deferidas, de regra, essas tutelas conservam a sua eficácia durante toda a pendência do processo (art. 296, CPC/15), ainda que este se encontre suspenso. A exceção se encontra na prolação de decisão judicial em contrário, que deverá se mostrar devidamente fundamentada (art. 296, parágrafo único, CPC/15), e que poderá sobrevir a qualquer tempo do processo (art. 296, parte final, CPC/15), tendo em vista que aquele *direito improvável* pode se transmutar no *direito provável*.

Diga-se assim que ao magistrado, a qualquer tempo do processo, será possível

⁶⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 221. Contudo, a isto não se soma a tutela de urgência antecipada antecedente, que será analisada no tópico 2.2.1.1.

a formação de um juízo diferenciado daquele inicial, quando lhe forem apresentados novos elementos ou mesmo quando demonstrada a alteração da situação jurídica que deu ensejo ao proferimento da tutela provisória. Isso se mostra possível porque ao longo do processo a tendência é que a cognição se aprofunde, isto é, que venha a se tornar exauriente. Contudo, repisa-se: toda e qualquer decisão que defere/nega/modifica/ revoga uma tutela provisória deverá estar substancialmente fundamentada (art. 298, CPC/15).

No caso de deferimento, a fruibilidade do direito resta preservada ou mesmo satisfeita, o que, nesse caso, permitirá que a parte faça uso das medidas do cumprimento provisório de sentença (art. 297, parágrafo único, CPC/15), sem prejuízo da adoção de quaisquer outras medidas necessárias que o juiz entenda como cabíveis para a efetivação (art. 297, CPC/15).

Subdivididas em (i) tutelas de urgência, (i.1) cautelar ou (i.2) antecipada, e (ii) tutela da evidência, estão predispostas ao longo dos artigos 294 a 311 do Código de Processo Civil. No tocante à tutela provisória de urgência, tem-se que poderá ser concedida em dois momentos do processo: em caráter antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único, CPC/15). Enquanto isso, a tutela da evidência será sempre requerida em caráter incidental. A esse respeito, quando requeridas incidentalmente, a competência para análise do pleito será do juízo onde tramita o processo; no caso do pedido ser formulado em caráter antecedente – somente em tutelas de urgência-, será submetida ao juízo competente para conhecer do pedido principal, que já ficará com sua competência fixada para conhecer deste também (art. 299, CPC/15).

Ainda deve-se considerar que, as tutelas provisórias poderão ser requeridas nos Tribunais, nos casos de processos de sua competência originária e também a nível recursal. Nesse caso, o pedido será necessariamente dirigido ao órgão competente para apreciar o mérito (art. 299, parágrafo único, CPC/15), cabendo ao relator, monocraticamente, a decisão acerca do requerimento (art. 932, II, CPC/15).

Passadas as premissas gerais, cabe enaltecer o tratamento dispensado a cada uma das espécies de tutelas provisórias.

2.2.1 Tutela de Urgência Cautelar: requisitos, modalidades e o “problema” da falta de autonomia

Tradicionalmente a conceituação da tutela é realizada em paralelo com a tutela

antecipada, a partir da distinção de que aquela assegura para garantir o resultado útil, enquanto essa satisfaz para assegurar o direito. Logo, existiria o direito à tutela do direito e o direito à segurança do direito.

A tutela cautelar atualmente é tratada como sub-espécie da tutela de urgência (art. 294, CPC/15), na parte do Processo de Conhecimento. Contudo, nem sempre foi assim.

Até a vigência do Código de Processo Civil de 1973, com o Livro III, falava-se em “Processo Cautelar”, “[...]coisa que nem os italianos ousaram fazer sobre tal matéria”.⁶⁵

Sendo assim, permitia-se falar no processo cautelar autônomo – *tertium genus*⁶⁶-, o que já não cabe mais aos dias de hoje, pois desconsiderou-se aquilo que Carnelutti já lecionava acerca da tutela cautelar e da cautelaridade: “[...] provvedimento cautelare ha una portata chiaramente sostanziale e pertanto extraprocessuale”, sendo inadequado

⁶⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. Teoria geral da ação cautelar inominada. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 143. Sobre nos primórdios do Direito italiano, o autor assevera que a tutela cautelar, como um dos aspectos integrantes da função jurisdicional, no particular que se refere a sua autonomia, sofreu lenta e gradual evolução científica. Nesse sentido, individualiza em três partes o processo de evolução científica da cautelar: “Num primeiro momento constatamos na obra de Mattiolo anotações sobre os sequestros, procedimentos da denúncia de obra nova, que eram incidentes processuais de natureza provisória, dos quais se extraiu o escopo cautelar, dito também preventivo ou conservativo se tornava diverso daquele propriamente executivo. Já numa segunda etapa o que marcou foi o pensamento de Mortara, unobstante entender que o arresto pessoal era meio de execução forçada, reagiu a doutrina alemã acerca do enquadramento do sequestro no processo executivo, centralizando em si um grupo autônomo de procedimentos. Na terceira fase do desenvolvimento científico encontramos a obra de Chiovenda, que tratou de forma unitária o tema nevrálgico da tutela cautelar[...]. Vincula, indissociavelmente, Chiovenda, a tutela cautelar com o processo principal, dando à primeira uma finalidade acessória do segundo, sem que com isso se perca a autonomia [...]”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 142-143.

⁶⁶ Importante destacar, nesse especial, que aqui não se está a conceber a cautelar como *tertium genus* na concepção de LIEBMAN, para quem “*l’unica classificazione legittima*” é aquela que toma por base “*le azioni di cognizione; le azione esecutive; le azione cautelari*”. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1984, t. 1, p. 143-144. Essa concepção não adota a tutela cautelar como terceira ‘espécie’ de processo (ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução), mas como uma classificação ligada a eficácia do provimento judicial, o que já era alvo de críticas por Calamandrei, um dos opositores mais conhecidos desse pensamento, que com acerto afirmava que “las providencias cautelares no constituyen un ‘tertium genus’, que se pueda contraponer en el mismo plano lógico a las providencias de cognición y a las de ejecución, de modo que, al calificar una providencia como ‘cautelar’, se excluya con esto que la misma sea declarativa o ejecutiva; sino que constituyen una categoría formada a base de un carácter de diferenciación, que es diverso del carácter por el cual las providencias de cognición se distinguen de las de ejecución, por lo que la calificación de cautelar dada a las providencias de este grupo no excluye que cada una de ellas pueda, a base de un criterio diverso de clasificación, aparecer como perteneciente a las providencias de cognición o a las de ejecución. Quien, sin esta necesaria advertencia, quisiera hacer una división tripartita de las providencias jurisdiccionales en declarativas, ejecutivas, y cautelares, haría una clasificación ilusoria por heterogeneidad de los términos, como dijera, por ejemplo, que los seres humanos se dividen en hombres, mujeres y europeos”, La sentencia declarativa de quiebra como providencia cautelar. CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. apéndice 2, p. 191.

na visão do autor considerá-lo simplesmente como um “[...] provvedimento incidentale nel processo cognitivo o esecutivo”.⁶⁷ Diga-se que, ainda que o pensamento de Carnelutti receba fortes críticas,⁶⁸ através dele é possível se depreender que “[...] as ações cautelares acabam transformadas em ‘pedaços’ do processo principal, posto que não se lhes reconhece sequer, mérito (o mérito estaria no ‘processo principal’)”.⁶⁹

Hodiernamente, haveria a máxima dessa denúncia, que já era formulada por Ovídio A. Baptista da Silva, tendo em vista que a tutela cautelar inseriu-se na parte do Código que trata do Processo de Conhecimento⁷⁰, perdendo a sua autonomia procedimental ao condicioná-la a formulação de um *pedido principal*.

Em suma: hodiernamente passa a se revelar uma espécie de tutela de urgência a ser pleiteada no Processo de Conhecimento ou no Processo de Execução, apta a proteger o direito, assegurando sua futura satisfação, sem contudo satisfazê-lo concretamente. Daí que passa-se também a exigir do requerente a indicação do direito/preensão principal que deseja proteger, ou seja, assegurar sem satisfazer. Assim, a tutela cautelar protege a futura e eventual satisfação contra a ameaça do perigo de dano iminente e irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*⁷¹),

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958. p. 355.

⁶⁸ Sobre o assunto, ver: MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 38-51.

⁶⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 237.

⁷⁰ Sobre o erro da doutrina ao analisar o “processo cautelar”, já asseverava Ovídio A. Baptista da Silva: “Quando a doutrina corrente coloca o processo cautelar como *tertium genus*, em pé de igualdade com o “processo de conhecimento”, em verdade, comete dois equívocos irremediáveis e de funestas consequências: (a) imagina que no processo cautelar não haja atividade *cognitiva* – como decorrência de um pressuposto secular, inconsciente, que confunde cognição (*notio*) com coisa julgada; (b) separa arbitrariamente o que se costuma chamar de ‘reconhecimento’ do direito, de algo que ainda não seria atividade *satisfativa*, na suposição de que o “processo de conhecimento” seja apenas a *jurisdictio romana*, ficando o processo de execução como a forma exclusiva de atividade jurisdicional *satisfativa* [...], como se a sentença de simples declaração não fosse também, quando julgada procedente, pretensão satisfeita”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 796 a 889; do processo cautelar. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. v. 11, p. 4.

⁷¹ “O *periculum in mora* caracteriza-se, indubitavelmente, como o pilar fundamental da doutrina de Calamandrei, como bem se depreende nesta passagem: ‘El *periculum in mora* constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro generico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino es, específicamente, el peligro del ulterior daño *marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario’ [...]”. Porém, não é esta determinação geral de perigo, como possibilidade ou probabilidade de um dano, que permite a alguém preencher os requisitos exigidos para pleitear uma tutela cautelar. Aqui o perigo deve ser *atual* ou *iminente* e causar um *dano irreparável ou de difícil reparação* que decorre de uma situação objetiva de perigo que inspira uma razoável conclusão de plausibilidade de sua ocorrência. A demonstração deve ser *objetiva*, isto é, não ode ser uma preocupação interna do proponent, deve trazer elementos externos, perceptíveis pelo juiz, para a comprovação da situação cautelanda”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Teoria geral da ação cautelar inominada. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela Jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 148-150.

desde que demonstrada a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) – conforme se pode extrair da redação do art. 300 do CPC/15⁷².

Contudo, ressalta-se que a formulação do pedido da tutela cautelar poderá ser realizado em dois momentos processuais: antecedente ou incidental (art. 294, CPC/15). A tutela cautelar incidental é aquela requerida no curso do processo, em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de acautelar seus efeitos, independentemente do pagamento de custas (art. 295, CPC/15). Já a tutela provisória cautelar antecedente é aquela que deflagra o processo, havendo uma exposição sumária do direito que a parte objetiva assegurar e a demonstração do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 305, *caput*, CPC/15); de igual forma, tem-se como cautelar antecedente aquela que também defragla o processo, mas constando o pedido principal formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar (art. 308, parágrafo primeiro, CPC/15).

Disso decorre que a petição inicial que veicula a demanda em caráter antecedente, além de ser escrita e preencher os requisitos do art. 319 do CPC/15, deverá conter: requerimento de concessão de tutela provisória cautelar, em caráter antecedente; indicação da lide, seu fundamento e exposição sumária da probabilidade do direito que se busca acautelar – que deverá ser requerido no prazo de 30 dias (art. 308, CPC/15); e a demonstração do risco de dano ou de perigo da demora.

Mostra-se, assim, essencial ao conceito da cautelar a sua característica de temporalidade.⁷³ Calamandrei já assinalou a grande diferença que reside entre temporário e provisório:

Giuva intanto avvertire che il concetto di provvisorietà (e così quello, coincidente, di interinalità) è un po' diverso, e più ristretto, di quello di temporaneità. Temporaneo è, semplicemente, ciò che non dura sempre, ciò che, indipendentemente dal sopravvenire di altro evento, ha per sè stesso durata limitata: provvisorio è, invece, ciò che è destinato a durare

⁷² O art. 300 do CPC indica os pressupostos para concessão das tutelas de urgência: “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.” Sobre o tema, ver RIBEIRO, Darci Guimarães. Teoria geral da ação cautelar inominada. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela Jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p.143-159.

⁷³ Ovídio A. Baptista da Silva destacava a diferença entre temporariedade e provisoriedade, os quais são indispensáveis para o estudo de tutelas em cognição sumária e que poderia ensejar uma crítica a nova nomenclatura do CPC/15, “tutelas provisórias”. Segundo o autor, o provisório é sempre preordenado a ser “trocado” pelo definitivo, que goza de mesma natureza. Já o temporário é definitivo, nada virá no seu lugar (de mesma natureza), mas seus efeitos são limitados no tempo e predispostos à cessação. Para tanto, ver: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. v. 3.

fino a che non sopraggiunga un evento successivo, in vista ed in attesa del quale lo stato di provvisorietà permane nel frattempo.⁷⁴

Logo, temporário é aquilo que não dura para sempre, ao passo que o provisório é aquilo que é feito para ser substituído por algo definitivo, sendo que a cautelar pressupõe a asseguarção *temporária* do direito, inerente ao próprio direito substancial de cautela que deve ser assegurado às partes. Vale ainda dizer: “A tutela cautelar é uma proteção jurisdicional que visa resguardar o direito à outra tutela do direito. Não visa resguardar o processo”.⁷⁵ É, por assim dizer, uma forma de proteção ao direito no plano material.⁷⁶

Do ponto de vista funcional, há uma atipicidade de medidas permitidas pelo novo CPC para essa sua implementação, conforme se depreende da leitura do art. 301 do CPC/15: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito.” Logo, quando o julgador verificar que o processo de “amadurecimento” da decisão poderá impor um lapso de tempo que se revele prejudicial a futura efetividade, poderá fazer uso de múltiplas medidas capazes de evitar o malogro da tutela principal, sob forma de “medidas cautelares/medidas assecuratórias”, com o escopo de servir aos processos de conhecimento e de execução, daí presente a discricionariedade na cognição judicial.

Portanto, desde já verifica-se uma inegável *distinção funcional*⁷⁷ entre tutela antecipada e tutela cautelar, assim como entre tutela de urgência e tutela da evidência. Contudo, ainda não alçou a máxima preconizada por Ovídio A. Baptista da Silva nas

⁷⁴ A explicação de Calamandrei, em tradução livre: “Convém advertir que o conceito de provisoriedade (e assim aquele coincidente de interinidade) é um pouco diverso, e mais restrito, que aquele da temporariedade. Temporário é simplesmente o que não dura para sempre, aquilo que independentemente do sobrevir de outro evento, tem por si mesmo duração limitada. Provisório é, ao contrário, aquilo que é destinado a durar até que não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e ligado ao qual permanece o estado de provisoriedade no entretempo”. CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádua: CEDAM, 1936. p. 10.

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 63.

⁷⁶ Nesse sentido, Daniel Mitidiero critica a inserção da tutela cautelar como tutela provisória: “A tutela cautelar, portanto, é uma *forma de proteção ao direito no plano material* – especificamente, é uma forma de proteção de *simples segurança* ao direito. Constitui caso de *tutela definitiva*, aferida mediante *cognição exauriente do direito à cautela* e *cognição sumária do direito acautelado*. A propósito, essa é a razão pela qual não é possível caracterizá-la simplesmente como uma espécie de tutela provisória – como determinada leitura do art. 294, parágrafo único, CPC, pode sugerir. Como se verá, uma apropriada leitura do art. 294, parágrafo único, CPC, pressupõe que tanto a tutela cautelar como a tutela satisfativa (dita no dispositivo ‘antecipada’) podem ser prestadas de forma provisória ou de forma definitiva”. Ibid., p. 62.

⁷⁷ Sobre o assunto, Ibid., p. 69 e ss.

cautelares, vez que, nas palavras do autor

O processo cautelar só poderia contribuir, em termos efetivos, para a celeridade da prestação jurisdicional, se a doutrina o concebesse como um verdadeiro processo sumário *terminal*, como os demais processo sumários que a história conheceu e de que ainda existem exemplos nos sistemas contemporâneos. Se, ao contrário, ele for, como deseja a doutrina, um mero apêndice do processo principal, então seremos forçados a desapontar os que o imaginam um instrumento mágico capaz de salvar o judiciário, livrando-o da pleitora.⁷⁸

2.2.1.1 Tutela de Urgência Antecipada: requisitos, modalidades e o “problema” da estabilização

Em uma visão sistemática, percebe-se que toda teoria de Calamandrei e Proto Pisani tem por objeto não propriamente uma tutela cautelar, mas sim uma técnica antecipatória, que permita uma tutela jurisdicional dos direitos mediante *cognição sumária*. Isso resta perceptível a partir da afirmação de Calamandrei acerca do *periculum in mora* ser nota distintiva da tutela cautelar, e a partir da afirmativa de Proto Pisani de que essa mesma tutela deve ser enquadrada como espécie de proteção que visa combater os danos que podem emergir da duração do processo.⁷⁹ Logo, resta absolutamente claro que o objeto desses autores era a *aceleração* da prestação da tutela jurisdicional, ou, em outras palavras, a necessidade da *antecipação de tutela*.

Diga-se que, somente com Ovídio A. Baptista da Silva tornou-se possível a distinção entre a natureza da tutela cautelar e da tutela antecipada, revelando-se um passo da mais alta importância para a perfeita compreensão da natureza desses institutos:

[...] a tutela cautelar faz parte do gênero tutela preventiva e tem por fim dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos na ordem jurídica como legítimos, mas que não se identificam com os denominados direitos subjetivos.⁸⁰

⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil: arts. 796 a 889; do processo cautelar**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. v. 11, p. 12. Sobre a necessidade da autonomia da tutela cautelar e do abandono da sua concepção como “instrumento do instrumento”, ver: SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo código de processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.p.129 e ss.

⁷⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. v. 3, p. 66.

⁸⁰ *Ibid.*, v. 3, p. 17.

Partindo dessa premissa, enquanto aquela (cautelar) se prestaria a assegurar o direito, a tutela antecipada (que também faz parte da espécie de tutela provisória de urgência) tem por função combater o perigo de tardança do provimento jurisdicional, *satisfazendo* a situação litigiosa – identidade com o direito subjetivo-, de maneira provisória. Portanto, interessa-lhe a promoção do equilíbrio das partes de acordo com a respectiva posição processual diante do direito material.

Há a “satisfação do direito”,⁸¹ isto é, o direito a sua realização concreta⁸² através da distribuição isonômica do ônus do tempo do processo. *Satisfatividade* indica a permissão da imediata realização prática do direito por aquele que a pleiteia, desde que demonstrado o preenchimento dos requisitos legais autorizativos (art. 300, CPC): (i) elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*); e (ii) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*) – mesmos requisitos constantes nas tutelas cautelares.

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. Ou seja, a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) é a necessária “*verossimilhança fática*”⁸³, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. Diga-se: é analisada a partir dos fatos narrados, independentemente de uma necessária produção de prova. Fala-se, então, em plausibilidade jurídica. Nesse sentido, destaca-se a lição de Daniel Assumpção Amorim Neves:

De um lado, nem sempre uma prova dos fatos implicará o acolhimento da pretensão - ainda que em caráter provisório. É o que se dá, por

⁸¹ A satisfatividade de um direito, como bem evidenciou Ovídio A. Baptista da Silva, não pertence ao plano das normas, senão à realidade fenomênica. Destacou, também, com muita propriedade os equívocos da doutrina de Calamandrei, para quem satisfazer é declarar o direito existente, ao passo que, no entender do jurista gaúcho, a satisfação implica na “realizabilidade prática do direito” no plano social. Adverte, em consequência, que essa forma equivocada da doutrina de entender o requisito da satisfatividade é responsevel, por exemplo, pela errônea compreensão de que os “alimentos provisionais” são cautelares, quando em verdade são satisfativos. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. v. 3.

⁸² *Ibid.*, v. 3, p. 38.

⁸³ Nas palavras de Calamandrei: “O juízo de verossimilitude, nos caos em que o direito processual o considera relevante, tem esta característica: que é um juízo emitido, não sobre o fato, senão sobre a *afirmação do fato*, é dizer, a respeito da alegação (*positio*) do fato, proveniente da parte que pode ser admitida a prová-lo e que o afirma como *historicamente já ocorrido*. Esta *verossimilitude de fato* de que aqui se fala, deve se distinguir, não só da *previsibilidade* das que poderão ser no futuro as consequências de um fato [...], senão também da *verossimilitude de direito*, que entra na categoria dos chamados ‘futuríveis’, da qual, segundo Calogero, o juiz, na aplicação do direito ao fato, seria o historiógrafo”. CALAMANDREI, Piero. Verdade e verossimilitude no processo civil. In: CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 277.

exemplo, quando os fatos, ainda que devidamente corroborados, não se subsomem ao enunciado normativo invocado, ou, ainda que juridicizados, não geram os efeitos jurídicos desejados. E mais, ainda que provados e verossímeis os fatos trazidos pelo requerente, pode o requerido trazer prova pré-constituída de fato novo, extintivo (ex.: pagamento), modificativo (ex.: renúncia parcial) ou impeditivo (ex.: prescrição) do direito deduzido, invertendo, pois, a verossimilhança. De outro lado, nem sempre a verossimilhança advirá de prova. Na forma do art. 300 do CPC, basta que haja ‘elementos que evidenciem a probabilidade’ do direito. Poderá assentar-se, por exemplo, em fatos incontroversos, notórios ou presumidos (a partir de máximas de experiência, por exemplo), ou decorrentes de uma coisa julgada anterior, que serve com fundamento da pretensão (efeito positivo da coisa julgada).⁸⁴

Logo, a verossimilhança fática ou verossimilitude corresponde ao primeiro momento, o da alegação, antes de que o procedimento probatório tenha iniciado. Se baseia, portanto, “[...] numa máxima de experiência que corresponde à frequência com que na realidade se produzem fatos do tipo alegado”,⁸⁵ razão pela qual se tem que

É um juízo típico, que surge, não da comparação entre diversas representações do mesmo fato (entre a representação que dele dá a parte, e, por exemplo, as que dele dão as testemunhas), senão da confrontação entre uma representação dele dada pela parte, e um juízo de ordem geral, já adquirido anteriormente, que tem por objeto a categoria típica sob a qual se pode fazer entrar em abstrato o fato representado.⁸⁶

Quanto ao perigo de dano, tem-se que o que justifica a tutela provisória de urgência antecipada é aquele perigo de dano: i) concreto (certo); ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja sendo perpetrado; e, iii) grave, isto é, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.

A tutela provisória de urgência satisfativa (ou antecipada) exige também o preenchimento de mais um pressuposto específico – não exigido à tutela cautelar-, consistente na *reversibilidade dos efeitos* da decisão antecipatória (art. 300, §3º, CPC). Por reversibilidade, entenda-se a possibilidade de retornar ao *status quo ante*. Entenda-se que isso é relevante, pois, *a contrario sensu*, se estaria concedendo uma

⁸⁴ NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Tutela antecipada sancionatória. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 43, 2006.

⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. Verdade e verossimilitude no processo civil. In: CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999. p. 278.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 278.

tutela provisória satisfativa irreversível, isto é, a própria tutela definitiva de direito.

Quanto à essa temática, cabe dizer que o CPC/2015, ao dispor sobre a tutela de urgência como espécie de tutela provisória, desconsiderou a existência de casos de *tutela de urgência satisfativa*, isso é, *não provisória*, onde a satisfatividade estaria caracterizada pela irreversibilidade da medida. Entretanto, são comuns os casos que podem gerar efeitos irreversíveis. Conforme assevera Rennan Faria Krüger Thamay, serve à título de exemplo “[...] a urgente determinação de uma operação cirúrgica que evidentemente não pode ser desfeita, não podendo, portanto, ser havida como ‘provisória’. Outro exemplo: a urgente determinação de demolição de prédio que ameaça ruína [...]”.⁸⁷ Falaria-se, também, nos casos de demandas de medicamentos. Efetivamente, são situações em que ocorre o fenômeno da *irreversibilidade recíproca*, isto é, onde a denegação da medida também produziria efeitos irreversíveis. Sendo assim, executada a medida, “[...] desaparece o interesse de agir do autor, que já não necessita de uma sentença que determine ou autorize um ato já praticado com efeitos irreversíveis, a não ser, que a necessidade da tutela se prolongue no tempo”.⁸⁸

Ou seja, o beneficiado pela tutela com efeitos irreversíveis pode abandonar a causa, sem que a decretação da extinção do processos (art. 485, III, do CPC/15) o prejudique. Nesse plano, Ovídio Araújo Baptista da Silva⁸⁹ já preconizou a criação de tutelas de urgência satisfativas autônomas no Processo Civil, isto é, a possibilidade de concessão de medida de urgência, reversível ou irreversível, concedida em juízo de cognição sumária, independentemente de outro pedido (dito principal).

Logo, ao magistrado, atento ao caso concreto, caberá valorar proporcionalmente se o dano que a tutela de urgência pode causar não é maior que aquele que pretende evitar. Como salienta Teori Albino Zavascki: “Caberá ao magistrado ponderar os bens e valores envolvidos e que se encontram em colisão, a fim de tutelar em favor daquele

⁸⁷ THAMAY, Rennan Faria Krüger; FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. Introdução à tutela provisória. In: ROCHA, Marcelo Hugo da. **Tutela provisória**: à luz do novo código de processo civil. Curitiba: Juruá, 2016. p. 44.

⁸⁸ Ibid., p. 44.

⁸⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma no processo civil**. São Paulo, Saraiva, 1996. p. 129-142. Aduz o autor que “[...] casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa entre prover ou perecer o direito que, no momento, apresente-se apenas como provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência -, esta última solução torna-se perfeitamente legítima. O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática”.

prevalente à luz do direito”.⁹⁰

Sendo assim, quando da análise dos requisitos autorizativos, já se percebe a emanção do poder discricionário do magistrado. Isso porque, além dos referidos casos de irreversibilidade, sendo o caso de reversibilidade, além de *i)* analisar o grau de probabilidade do direito invocado, poderá também condicionar o deferimento da tutela à *ii)* prestação de caução real ou fidejussória (art. 300, §1º) – diga-se, aqui, que tal medida também é aplicável às tutelas cautelares. Logo, quanto *mais provável* o direito, maior será a probabilidade da parte adversa ter que suportar os efeitos da demora do processo, contudo, o *grau de probabilidade* depende do *cálculo de probabilidade* do magistrado. Daí, tem-se a própria expressão *conforme o caso*, prevista no parágrafo assinalado (art. 300, §1º), a qual permite a compreensão da faculdade ou não de se exigir a caução. Diga-se, contudo, que poderá haver dispensa dessa obrigação, quando comprovada a impossibilidade por hipossuficiência econômica.

Ademais, tem-se que o pleito de tutela antecipada poderá ser formulado *a qualquer momento do processo*, isto é, em caráter antecedente ou incidental (art. 294, CPC). Sendo assim, dependendo do momento “eleito” por seu requerente, ao juiz caberá analisar o pedido e, não sendo caso de deferimento liminar, se garantirá o contraditório⁹¹ - sempre por decisão judicial fundamentada.

O momento em que a tutela foi pleiteada/analísada mostra-se de extrema valia, principalmente a nível recursal: (i) sendo ela incidental - quando já formulado o pedido principal- caberá a propositura de agravo de instrumento (art. 1015, I, CPC); porém, (ii) se a análise judicial se dar somente em capítulo da sentença (art. 1.009, §3º), será manejável recurso de apelação.

Quanto ao contraditório, diga-se ainda que se mostra elemento de incalculável relevância quando da formulação do pedido de tutela em caráter antecedente,⁹² pois a

⁹⁰ ZAVASKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1 Região, Brasília, DF, v. 7, n. 3, jul./set. 1995. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15394-15395-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

⁹¹ Quanto ao contraditório, mostra-se relevante o teor do art. 9º, parágrafo único, inciso I, do CPC/15, que prevê a possibilidade de contraditório diferido, permitindo ao magistrado proferir decisão contra uma das partes sem que a outra seja previamente ouvida no caso do pedido de tutelas provisórias de urgência.

⁹² A tutela de urgência antecipada antecedente é aquela que deflagra o processo, sendo pleiteada em casos em que a urgência se mostra contemporânea à propositura da ação, razão pela qual a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado

partir da leitura do art. 303 e 304 do CPC/15, depreende-se que poderá haver a *estabilização*. Vale dizer que a estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada é uma técnica de monitorização do processo civil brasileiro, que ocorre quando a tutela antecipada é concedida em caráter antecedente e desde que não seja impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples. Quando isso ocorre, o processo é extinto e a decisão antecipatória continua produzindo efeitos, até que seja ajuizada ação autônoma (facultativa) para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la, no prazo de dois anos (art. 304, §5º, CPC). Não há, nesse caso, resolução do mérito quanto ao pedido definitivo, até mesmo porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido sequer foi formulado.

Tem-se na estabilização da tutela antecipada uma generalização da técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu. Porém, grandes problemáticas já existem em torno desse instituto, que podem ser resumidas em dois pontos: 1) o vocábulo “recurso”,⁹³ utilizado pelo legislador no caput do art. 304; 2) da leitura dos §§5 e 6º, do art. 304, não se mostra possível uma exata compreensão acerca da possibilidade de formação de coisa julgada após o prazo decadencial de dois anos para ajuízo de ação autônoma. Entretanto, destaca-se que somente se terá respostas aptas a esses questionamentos quando existentes pronunciamentos dos Tribunais Superiores sobre a temática,⁹⁴ ou quando ultrapassados mais de dois anos da vigência do CPC, momento em que esse “limbo semântico” poderá ser preenchido.

Em síntese, sobre o processamento desse pedido de tutela, teria-se até o presente momento que: (a) se o autor aditar a inicial no prazo de 15 dias e o réu agravar, não haverá estabilização, e o processo seguirá regularmente; (b) se o autor

útil do processo. O legislador prevê, para sua concessão, um procedimento próprio, disciplinado no art. 303 e 304 do CPC.

⁹³ Isso porque “a palavra recurso aparece no CPC (excluído o art. 304, já que é o significado da palavra neste artigo que se busca determinar) com três diferentes significados. O primeiro é o sentido estrito de recurso para o direito processual [...], ou seja, um mecanismo destinado especificamente a impugnar decisões judiciais no mesmo processo em que proferidas, provocando seu reexame. O segundo sentido (em que o substantivo *recurso* aparece invariavelmente acompanhado do adjetivo tecnológico, como se dá, por exemplo, no art. 236, §3º) é o de meio, a significar o mecanismo permitido pela tecnologia para a prática de atos eletrônicos, como a sustentação oral por videoconferência. Por fim, usa-se no CPC o vocábulo *recursos* (sempre no plural) em alguns dispositivos (como no art. 95, §3º) para fazer menção a dinheiro”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 162.

⁹⁴ Destaca-se que, em pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, em 15 de jun. de 2017, não houveram resultados para a pesquisa realizada com as seguintes palavras-chaves: “tutela”; “antecedente”; “303”; “civil”. Há somente um julgamento acerca de tutela cautelar antecedente (Petição 011717 – RJ), que não se presta à resolução da problemática.

aditar e o réu não agravar, o juiz deverá inquirir o autor sobre sua intenção de ver o processo prosseguir em direção a uma sentença de mérito, apta a alcançar a coisa julgada, ou, se o autor desistir da ação, caso em que haverá a estabilização e o processo sera extinto sem resolução de mérito; (c) se o autor não aditar a inicial, ainda assim o réu poderá agravar, com o único intuito de impedir a estabilização, que não ocorrerá, restando extinto o processo e revogada a tutela antecipada, não sendo julgado o mérito do recurso, que estará prejudicado; (d) se o autor não aditar a inicial e o réu não agravar, ocorrerá a estabilização e o processo sera extinto sem resolução de mérito, devendo o juízo declarar estabilizada a tutela antecipada.

Todavia, conforme adverte Mitidiero,

É claro que pode ocorrer de o réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo – ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação. Nessa situação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento.⁹⁵

Contudo, ressalta-se que a doutrina não possui entendimento unânime acerca da ocorrência (ou não) da estabilização quando não interposto agravo de instrumento (art. 1.015, I, CPC/15) pelo demandado. Entendendo pela não ocorrência desse efeito, no caso de “mera” interposição de contestação, está Dierle Nunes:

Da análise inicial, se poderia adotar a interpretação calcada na literalidade do art. 304 do novo CPC, no sentido de que apenas a interposição do “recurso” contra a decisão que conceder a tutela de urgência, na modalidade antecipada, no âmbito do procedimento preparatório (art. 303, novo CPC), seria hábil a evitar a estabilização. E recurso, no caso, do ponto de vista da legislação processual, tem um sentido específico, nos termos do art. 994 do novo CPC, e significa, no caso, interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 1015, I, novo CPC). Nessa linha, a falta de interposição do agravo de instrumento leva à estabilização, independentemente do pedido de suspensão de liminar ou de reclamação, com o que estes eventuais mecanismos processuais teriam de ser extintos por perda de objeto. [...]

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 4, n. 39, p. 17, abr. 2005. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-384cb854644425079baeec43aa82534f.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017.

Ademais, no caso da não interposição do agravo de instrumento, com a só apresentação da contestação, a falta de estabilização ainda poderia violar o sentido buscado pelo legislador, de permitir a eficácia da decisão, sem o trânsito em julgado, com a extinção do procedimento antecedente, reenviando-se as partes para o procedimento de cognição exauriente: se deixaria a cargo do réu convolar o próprio procedimento no principal, sem a estabilização da tutela, eliminando a linha de estabilização indicada no novo CPC, que passaria a depender não mais só da averiguação do recurso, mas de uma falta geral de impugnação do réu.⁹⁶

2.2.1.2 A Unificação do Tratamento Processual das Tutelas Antecipadas e Cautelares: eliminando obstáculos à fungibilidade

Destacadas as principais mudanças e aspectos essenciais de cada uma das tutelas de urgência previstas no CPC/15, cabe analisar como esse novo diploma trata da possibilidade de fungibilidade entre essas tutelas (cautelar e antecipada). Diga-se que, hodiernamente a aplicabilidade da fungibilidade está “mais direta” ou mesmo facilitada, já que ambas tutelas classificam-se sob a mesma “espécie” (tutela provisória de urgência). Há idênticos requisitos legais a serem demonstrados: i) probabilidade do direito e ii) perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, do CPC).

Houve, por assim dizer, no CPC/15 “[...] o encerramento da artificial distinção entre requisitos para as medidas de urgência”⁹⁷ previstos no CPC/73: “[...] aparência do bom direito para a cautelar (art. 798, CPC/73); e verossimilhança para a antecipatória (art. 273, CPC/73)”.⁹⁸ Sendo assim, entendendo o juiz que o pedido de tutela cautelar tem, de fato, natureza satisfativa, deverá aplicar a fungibilidade das medidas, conforme a previsão legal do parágrafo único do artigo 305 do CPC: “Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303”. Nesse especial, tem-se que a redação legal (art. 303 do CPC/15) permite que se perfectibilize a estabilização da demanda, muito embora tenha a parte formulado pretensão cautelar.

Logo, pode-se dizer que legislador buscou possibilitar ao magistrado a aplicação direta da fungibilidade entre as medidas requeridas em caráter antecedente. Contudo,

⁹⁶ NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada**. [S.l.], 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/12103602/Érico_Andrade_e_Dierle_Nunes__Os_contornos_da_estabilização_da_tutela_provisória_de_urgência_antecipatória_no_novo_CPC_e_o_mistério_da_ausência_de_formação_da_coisa_julgada>. Acesso em: 20 dez. 2017.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

conforme já demonstrado quando da análise dos requisitos ínsitos à tutela antecipada antecedente, nessa modalidade “[...] há uma técnica da *inversão da iniciativa* para o debate, que se apoia na realização eventual do contraditório por iniciativa do interessado (*contraditório eventual*)”,⁹⁹ isto é, só se permitirá a ocorrência da estabilização quando não interposto recurso/resistência pelo demandado (agravo de instrumento ou contestação), uma vez que a concessão da tutela, muito embora requerida inicialmente na modalidade cautelar, seguirá nos termos dos artigos 303 e 304 do CPC/15.

Decerto, ainda que não se possa negar a diferença existente entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, pois evidentemente cada uma delas exerce uma função distinta relativamente ao direito *em crise*, tem-se que ambas possuem como premissa essencial a existência de urgência. E mais: se a fungibilidade das tutelas de urgência já era admitida e prestigiada quando seguiam procedimentos e requisitos totalmente distintos para sua concessão, com maior razão deve ser observada atualmente,¹⁰⁰ em que são tratadas, consoante apregoado, como sub-espécies da mesma espécie.

Assim, o que de fato passa a interessar é que a parte alegue e prove os *requisitos próprios* à tutela *adequada* para a proteção da sua esfera jurídica, até mesmo porque é reiterado o entendimento jurisprudencial, já sob a égide do Código revogado, de que não é pelo rótulo, mas pela motivação que extraí-se do pedido de tutela formulado que se deve admitir ou não seu processamento em juízo. Portanto, atualmente o que distingue o procedimento de um e de outro pedido de tutela de urgência – com exceção do já referido critério funcional - é basicamente a possibilidade da tutela satisfativa estabilizar-se na ausência de recurso da parte contrária, o que não acontece com a tutela conservativa (cautelar). Desse modo, a utilização de uma ao invés da outra é, na verdade, mero equívoco formal, que poderá ser corrigido pelo juiz.

Fica evidente que a ciência processual não se alimenta mais puramente de discussões conceituais, quando se mostrava algum sentido aplicar rigorosamente a

⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 4, n. 39, p. 17, abr. 2005. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-384cb854644425079baeec43aa82534f.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017.

¹⁰⁰ Diga-se aqui que, com maior amplitude está o Enunciado nº 45 da I Jornada de Direito processual Civil, que prevê ampla fungibilidade entre “tutelas provisórias”: “Aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado.” CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 45**. I Jornada de Direito Processual Civil, Brasília, DF, ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/jornada-direito-processual-civil-cjf.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

técnica processual e indeferir pedidos de tutela jurisdicional pela nomeação equivocada da providência postulada. Sendo assim, ainda que possam existir críticas aduzindo que o Código de Processo Civil de 2015 não repita com a mesma extensão a regra da fungibilidade entre as tutelas que podem ser obtidas mediante a técnica antecipatória constante no §7º do art. 273 do Código Processo Civil de 1973, o aludido parágrafo único do art. 305 do CPC (tutela cautelar antecedente) permite a fungibilidade pelo magistrado, atentando para a necessidade de aproveitamento dos atos processuais e também à necessidade de se privilegiar a prolação de decisões de mérito em detrimento de decisões puramente formais (art. 317, CPC).

Ressalta-se, aliás, que atendidos os pressupostos legais para a concessão, implementar-se-á “[...] *ampla fungibilidade* entre as tutelas provisórias: quer formulado o pedido de maneira incidental, quer de maneira antecedente, há fungibilidade entre as tutelas que podem ser obtidas mediante a técnica antecipatória”.¹⁰¹ Teria-se, assim, fungibilidade entre todas as tutelas provisórias¹⁰² (tutelas de urgência e da evidência).

2.2.2 Tutelas da Evidência: os “cálculos” da verossimilhança no direito processual civil

Há uma preocupação muito saliente com a efetividade da prestação jurisdicional dentro de um espaço de tempo. Nessa busca, destacou-se a possibilidade da concessão de medidas de urgência, as denominadas *tutelas antecipadas* e *tutelas cautelares*. Portanto, estabelecidas as diferenças entre os provimentos cautelares e os antecipatórios de tutela satisfativa, tomando como referência a função que cada um deles exerce, cabe, agora, fixar as hipóteses em que não se mostra justa a demora da prestação jurisdicional, mercê de inexistir qualquer situação de perigo: os casos em que o direito se mostra evidente.

Fala-se nas *tutelas da evidência*, ao lado das tutelas de urgência, previstas no art. 311, incisos I a IV, do Código de Processo Civil. Para a análise, é importante considerar que a evidência é diametralmente distinta das hipóteses de “mera aparência”, até mesmo porque

¹⁰¹ MITIDIÉRO, Daniel. **Antecipação da tutela**. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 189-90.

¹⁰² Sobre a temática, o Enunciado nº 45 da I Jornada de Direito Processual Civil: “Aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 45**. I Jornada de Direito Processual Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1063>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

Há casos em que a incerteza; e evidente e há casos e que o direito é evidente. Para esses a tutela há de ser imediata como consectário do devido e 'adequado processo legal'. É indevido o processo moroso diante da situação jurídica da evidência. Ademais, imaginar o 'devido processo legal' com fases estanques é observá-lo cm as vistas voltadas somente para os interesses do demandado, olvidando a posição do autor, que, em regra, motivado por flagrante necessidade de acesso à jurisdição reclama por justiça tão imediata quanto aquela que ele empreenderia não fosse à vedação à autotutela.¹⁰³

Logo, essa espécie de tutela provisória (art. 294, *caput*, CPC/15) serve ao intuito de conferir maior efetividade e celeridade à prestação jurisdicional, para que o processo deixe de ser um fim em si mesmo e cumpra sua missão constitucional,¹⁰⁴ que é a pacificação social. Até mesmo porque “O tempo é fator de denegação de justiça e sob essa ótica deve ser a exegese acerca dos poderes e deveres do juiz quanto à rápida solução dos litígios, quanto ao acesso à justiça na sua acepção efetiva e ao cumprimento do devido processo legal”.¹⁰⁵

Diante disso, *independentemente da existência de urgência*, a concessão da tutela da evidência entrega o bem da vida a quem comprovadamente dele faz jus, expurgando recursos e expedientes protelatórios, restaurando o equilíbrio das partes.¹⁰⁶

Suas possibilidades de concessão encontram-se disciplinadas nos incisos do artigo 311, nas oportunidades em que: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a

¹⁰³ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 321-2.

¹⁰⁴ Sobre a missão constitucional da tutela da evidência, especialmente quanto à garantia constitucional do acesso à justiça mediante "tutela adequada e processo devido", ver: FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁰⁵ FUX, op. cit., p. 321.

¹⁰⁶ Neste particular, convém destacar as palavras de Marinoni: “[...] a possibilidade da tutela da evidência restaura o equilíbrio das partes e neste sentido favorece a conciliação – não obstante o momento processual definido pelo código para a conciliação já tenha sido ultrapassado. Como a demora prejudica o autor e beneficia o réu, o tempo obviamente assume valor diante da possibilidade de conciliação. A tutela da evidência coloca as partes em posição de equilíbrio, viabilizando uma ‘conciliação justa’, ou melhor, uma conciliação em que o tempo do processo não é utilizado como ‘moeda de troca’ em favor do réu. Roger Perrot, aliás, ao falar sobre os resultados do référé-provision, adverte que na França foram desencorajados os maus litigantes que se esforçavam em fazer o processo durar muito tempo apenas para poder arrancar concessões dos seus adversários”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 226. Livro eletrônico.

petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Destaca-se que, somente nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente (art. 9º, parágrafo único, II, do CPC/15).

Contudo, tem-se que o juízo da evidência do magistrado não deve ser confundido com uma concepção inequívoca, já que essa conduz a ideia própria de juízos de certeza e não de verossimilhança, e até mesmo “[...] porque isso implicaria a possibilidade de atingir verdades absolutas no processo, o que nada mais é do que o reflexo do ideal racionalista”.¹⁰⁷ Assim, deve-se ter que a tutela da evidência tem em si ínsita a presença da verossimilhança, traduzida em ‘certeza jurídica’,¹⁰⁸ já que nessa altura dos estudos ligados à filosofia do direito não se pode afirmar que o juiz pode penetrar na essência da verdade. Veja-se, nesse sentido, lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva:

[...] em última análise, é chegado o momento de restaurar a dimensão dialógica do debate judiciário, para convencer-mos, definitivamente, de que o processo civil não promete a descoberta de verdades ‘claras e distintas’, como supuseram os iluminados juristas e filósofos do racionalismo europeu dos séculos que nos antecederam. O processo oferece versões, não verdades [...].¹⁰⁹

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a contemplação da verossimilhança, isto é, da certeza jurídica, estaria calcada na existência (i) da prova e do (ii) convencimento – relativo ao juízo de probabilidade, e não ao sentido da declaração da existência ou inexistência do direito.¹¹⁰ Já, quanto à probabilidade do direito em cognição sumária,¹¹¹ tem-se que:

¹⁰⁷ LUCENA, Clarissa Santos. Prova inequívoca da verossimilhança e reversibilidade do “provimento” antecipado: breves considerações sobre a tutela antecipada e a efetividade jurisdicional. In: ARMELIN, Donaldo. **Tutelas de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 249.

¹⁰⁸ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 70. Livro eletrônico. Ademais, destaca o autor: “É evidente que a impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade dos fatos não lhe outorga o direito de definir o mérito sem estar convicto. Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade, até porque, quando se requer a convicção de verdade, não se nega a possibilidade de que ‘as coisas não tenham acontecido assim’ [...]A verossimilhança ou a probabilidade, quando compreendida na linha da teoria do conhecimento, não pode ser colocada no mesmo plano da convicção, pois existe convicção de verdade e convicção de probabilidade, ainda que ambas, na perspectiva gnoseológica, somente possam resultar em verossimilhança”. Ibid., p. 70.

¹⁰⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.195.

¹¹⁰ Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni: “há dificuldade de compreender como uma prova inequívoca pode gerar somente verossimilhança. Essa dificuldade é facilmente explicável, pois decorre de vício

O que poderia ser dito, e com razão, é que o direito material não pode ser qualificado de ‘provável’ ou de ‘improvável’, pois ele existe ou não existe. Porém, a ‘existência’ do direito é algo que pertence ao plano do direito material. Quando se está diante do processo civil e, em particular, do juízo sumário, está em jogo a probabilidade da existência do direito afirmado e, portanto, o ‘direito provável’, que é uma categoria, assim como a do ‘direito líquido e certo’, pertencente ao direito processual. A razão que impediria alguém de falar em sacrifício do direito improvável também estaria banindo, para sempre, a já consagrada locução *fumus boni iuris*. Afinal, se é impossível sustentar que um direito improvável pode ser prejudicado porque o direito pode existir é também impossível falar em tutela de direito com base em ‘*fumus boni iuris*’ porque o direito pode inexistir.¹¹²

Logo, a prova inequívoca se converte no reconhecimento da verossimilhança pela prova evidente¹¹³ de que o direito se encontra ao lado do demandante da antecipação de tutela. Diante da prova, Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma que: “[...] se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil”.¹¹⁴ Contudo, não se pode esquecer que

[...] nem sempre a verossimilhança advirá de prova. Na forma do art. 300 do CPC, basta que haja ‘elementos que evidenciem a probabilidade’ do direito. Poderá assentar-se, por exemplo, em fatos incontroversos, notórios ou presumidos (a partir de máximas de experiência, por exemplo), ou decorrentes de uma coisa julgada

que se encontra na base da formação dos doutrinadores e operadores do direito, os quais não distinguem “prova” de “convencimento judicial”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 167.

¹¹¹ A este respeito, merece aprovação o exposto por Darci Guimarães Ribeiro, quando disse que: “A técnica utilizada para que a cognição seja sumária, permitindo assim agilizar os processos, consiste em: a) permitir que o juiz conheça todas as questões referentes ao conflito, porém de forma superficial, proibindo-lhe averiguar em profundidade as questões apresentadas; ou b) eliminar do conhecimento do juiz alguma questão pertinente ao conflito, porém permitindo-lhe analisar em toda sua profundidade aquelas questões apresentadas em juízo. [...] Em definitivo, podemos concluir, seguindo a opinião de Fairén Guillén, que os processos sumários são aqueles que, por necessidade de rapidez, limitam a cognição do juiz ‘restringiendo su contenido material a través de una limitación de los derechos de las partes con respecto a los medios de defensa”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais**. In: RIBEIRO, Darci Guimarães **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 89.

¹¹² MARINONI, op. cit., p. 61.

¹¹³ Nesse sentido, ver: LUCENA, Clarissa Santos. Prova inequívoca da verossimilhança e reversibilidade do “provimento” antecipado: breves considerações sobre a tutela antecipada e a efetividade jurisdicional. In: ARMELIN, Donaldo. **Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250.

¹¹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6, p. 144.

anterior, que serve com fundamento da pretensão (efeito positivo da coisa julgada)¹¹⁵.

Note-se que essa afirmação já faz menção ao tratamento das tutelas no CPC/2015. Sendo assim, a partir do novo Código, a afirmação de que a verossimilhança estaria ligada à uma prova evidente merece maior cuidado. Toda atenção é necessária para que não se incida em erro, confundindo os ditames do art. 300 (tutela de urgência), onde se prevê que a tutela será concedida quando “[...] houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, com a nova modalidade de tutela inserida pelo art. 311 do CPC, que trata da tutela de evidência – onde se teria algo “mais” do que a mera probabilidade.

Segundo sintetiza Alexandre Freitas Câmara,¹¹⁶ a tutela de evidência do Código de 2015 é uma tutela antecipada não urgente, ou seja, de uma medida destinada a antecipar o resultado finalístico do processo, satisfazendo o direito do requerente independentemente da demonstração do *periculum in mora*. Não há, portanto, composição *ope iudicis* dos princípios da segurança e da efetividade, fundamentos da tutela de urgência, já que a “antecipação” baseia-se em outro direito: o da prestação jurisdicional sem devidas dilações. Logo, tem-se presente uma *carga maior* de verossimilhança, ou mesmo de certeza do direito postulado.

Os pressupostos materiais de concessão dessa tutela, por assim dizer, são diferenciados. É ônus do autor demonstrar na sua alegação a verossimilhança do direito alegado perante o réu (em maior escala), ou seja, a ele incumbe a obrigação de demonstrar a evidência do direito. Exige a lei, *expressi verbis*, essa iniciativa da parte, que além de provar, deverá motivar de forma clara e precisa a natureza e o alcance da medida pleiteada, ficando o juiz adstrito ao teor desse requerimento.

Contudo, diga-se de passagem, também faz parte do “jogo” a livre escolha do demandante em postular liminarmente a tutela de evidência, pois é lícito a ele, avaliando o convencimento do juiz em casos similares, realizar um prognóstico acerca da *perversidade do perigo de dano*, e, diante do resultado, requerer a tutela em momento processual posterior. Depreende-se assim, que a análise do magistrado

¹¹⁵ NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Tutela antecipada sancionatória. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 43, p. 21, 2006.

¹¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 167.

acerca do juízo da verossimilhança se mostra importantíssimo também na tomada de decisões da parte, ditando-lhe o melhor caminho procedimental.

Nesse íterim, quanto aos aspectos a serem levados em consideração para que a parte possa compor um ‘prognóstico favorável’, mostra-se relevante o ensinamento de Araken de Assis:

[...] o juízo de verossimilhança apresenta dois aspectos independentes. Primeiro, o juiz avaliará se o autor deduz em juízo direito possível, comportando prognóstico menor (verossimilhança) ou maior (evidência) de êxito na respectiva postulação.¹¹⁷

O autor também elucida que, nesse prognóstico, o juiz também realiza “[...] o que se rotulou expressivamente de ‘cálculo de probabilidade da existência do direito’[...]”.¹¹⁸ Com isso, poderia-se afirmar que a verossimilhança no CPC/15 passaria a ter duas cargas: 1) nas tutelas de urgência, com um *menor prognóstico*; e 2) nas tutelas de evidência, com *maior prognóstico*. De fato, essa carga dentro das próprias tutelas da evidência admitiria ressalvas, pois percebe-se dois aspectos independentes dentro das suas hipóteses.¹¹⁹ Conforme elucida Araken de Assis, no caso do inciso I do art. 311, em que há abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório, o juiz baseia-se em juízo de verossimilhança com prognóstico menor.¹²⁰ Contudo, quando o autor possuir prova documental das alegações e se os seus fundamentos de direitos se harmonizarem com precedente ou súmula vinculante ¹²¹(art. 311, II), se estará diante do juízo de certeza¹²² (prognóstico maior), porque o órgão judiciário encontrar-se-á

¹¹⁷ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. t. 2: Parte geral: institutos fundamentais, p. 413-414.

¹¹⁸ t. 2, p. 414.

¹¹⁹ Por oportuno, convém ressaltar que o prognóstico da verossimilhança nas tutelas de urgência se daria apenas com uma ‘carga’ de menor potencial, que é o juízo de probabilidade. Nas tutelas da evidência, dependendo do caso, poderia-se ter uma ‘carga’ maior ou menor.

¹²⁰ Fredie Didier indica como exemplo do abuso do direito de defesa que pode autorizar a tutela provisória de evidência (art. 311, I, CPC brasileiro), o abuso na escolha do meio executivo (art. 8º, CPC), ou o abuso do direito de recorrer, que é hipótese expressa de litigância de má-fé (art. 8º, VII, CPC). DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 111.

¹²¹ Sobre a hipótese prevista no inciso II do art. 311 do Código de Processo Civil, o Enunciado número 48 da I Jornada de Direito Processual Civil: “É admissível a tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, II, do CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 48**. I Jornada de Direito Processual Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1064>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

¹²² ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. t. 2: Parte geral: institutos fundamentais, p. 496.

vinculado a decidir a favor do autor (art. 927, II e III) – isso se não demonstrado o *distinguishing, signaling* ou *overruling*, instrumentos ‘importados’ da *commum law*.¹²³

O mesmo prognóstico de aplicação da verossimilhança realizado no inciso II do art. 311 será aplicado tanto ao inciso III (quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em *prova* documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa)¹²⁴ quanto ao inciso IV (quando a petição inicial for instruída com *prova* documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável), pois nessas hipóteses se falará na existência de prova da evidência. Diga-se que essas *provas* divergem daquela existente no inciso I do art. 311, pois, em geral, são inequívocas e pré-constituídas. Nelas, o juízo de probabilidade teria uma preponderância de motivos convergentes à aceitação das proposições do demandante, em detrimento dos motivos divergentes, possibilitando um prognóstico maior. Uma espécie de sentido unívoco emitido pela prova.

O juiz, portanto, revela-se aqui aquele sujeito que terá que fazer uso daquilo que Heidegger já identificou como um *pensamento calculador (das rechnende Denken)*¹²⁵, onde se corre de oportunidade em oportunidade. É o pensamento que, tendo diante de

¹²³ Acerca dos problemas da aplicação do direito jurisprudencial no Brasil, ver: NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. **Novo CPC**: entre anarquia interpretativa, coerência e interesses. Justificando Conteúdo Cultural, São Paulo, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/08/21/novo-cpc-entre-anarquia-interpretativa-coerencia-eprecedentes/>>. Acesso em: 07 fev. 2017. Ademais, sobre a utilização dos precedentes judiciais pelo CPC/15, ver: STRECK, Lenio. **Precedentes?** Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc>>. Acesso em: 15 de jun. 2017. Também mostra-se importante salientar de antemão que a TED não defende a fabricação de enunciados: “Entendo um pouco de Müller, posso sustentar que a doutrina Mülleriana não “apoia” a fabricação de enunciados. Mais: as citações tanto de Müller como de J. J. Canotilho, são contrárias às teses defendidas pelos dois articulistas. Mas, nada melhor do que ir à fonte, pois não? Nas palavras do próprio Friedrich Müller, por e-mail, em 13 de outubro de 2015: *Festgelegte, „vorab“ fixierte, „Aussagen“ gibt es in der modernen Methodik nicht mehr. Die Rechtsnorm wird ja in casu durch die methodisch reflektierte und offengelegte Arbeit des Konkretisierens erst erzeugt.* [Fixar de antemão uma interpretação [enunciado] é incompatível com a moderna metodologia. A norma jurídica só será produzida por intermédio do caso e é o produto dessa concretização metodicamente refletida e comunicada]. STRECK, Lenio Luiz. Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹²⁴ Em sentido diverso, Humberto Theodoro Júnior, para quem: “A liminar, deferida nos termos do art. 311, III, não é um julgamento antecipado da lide, mas apenas uma antecipação dos efeitos da futura sentença, como, aliás, ocorre com todos os provimentos sumários, seja de urgência ou de evidência. [...] se baseia apenas no *fumus boni iuris*, não havendo necessidade de alegação ou comprovação do *periculum in mora*”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 697.

¹²⁵ HEIDEGGER, Martin. **Serenidade**. Traduzido por Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 13 e ss.

si um objeto a ser investigado ou um objetivo a ser atingido, se lança em inúmeras conjecturas, em planos e antecipações, operando diretamente no terreno da práxis, a fim do controle de processos que levarão, inescapavelmente, aos resultados esperados. O pensamento calculador (diga-se, aqui, do prognóstico de preenchimento dos requisitos das tutelas), põe diante de si seus objetos, os reduz à enumeração das possibilidades de satisfazer aos fins previamente delineados pelo querer (tutela do direito). Além disso, terá conjuntamente que fazer uso do *pensamento reflexivo*, adotando uma verdadeira atitude do “sim e do não simultâneos” em relação ao mundo técnico. Significaria que esse *sujeito reflexivo* veria as coisas não apenas com o posto de vista da técnica, pois entende que em todo mundo técnico há também um sentido oculto e variável, de acordo com cada caso concreto apresentado.

Ressalta-se, por oportuno, que não se está aqui a conceber os ideais lançados por Leibniz (matematização do direito), o qual, extraindo as ideias de Hugo Grotius, declarou que a ciência jurídica faz parte daquelas disciplinas que não dependem da experiência, mas de definições; não dos fatos, mas de provas estritamente racionais. Os *cálculos*, aqui necessários, estão diretamente voltados a *percepção/compreensão/prognóstico de preenchimentos dos requisitos autorizadores de tutelas*, sejam de urgência ou mesmo da evidência, através do poder discricionário conferido, pois, *a contrario sensu*, estaria-se incorrendo naquilo que Ovídio A. Baptista da Silva já denominou de *concepção ingênua*. Logo, *não há neutralidade do cientista*, que é “mais um mito da era moderna. Obviamente, queiramos ou não, teremos de aceitar que o jurista e, mais diretamente, o juiz não escape à carga de sua formação cultural, quando julga”.¹²⁶

Por todo, a tarefa de fundamentar uma decisão em sede de tutela de evidência (espécie), ou mesmo dentro das tutelas provisórias (gênero), não se mostra das mais fáceis, ainda mais diante da denúncia sobre a permanência de um ‘livre convencimento’¹²⁷ na matéria, e desta sofrer de “um anti-hermeneutismo, uma vez que dependente [...] em demasia do protagonismo judicial”.¹²⁸

¹²⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 16-17.

¹²⁷ Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCP. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em: 15 jun. 2017; STRECK, Lenio Luiz. O novo código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015. p. 49. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 49.

3 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO E A FUNÇÃO CRIADORA DA NORMA DECISÓRIA: POSTULADOS PARA A (RE)DISCUSSÃO DA RACIONALIDADE JUDICIAL EM TUTELAS SUMÁRIAS

Quando se pensa na probabilidade para a concessão da tutela de urgência ou da evidência, o real problema está na racionalidade da decisão judicial, ou melhor, “[...]no controle da racionalidade da *decisão* que concede ou não a tutela. Essa racionalidade certamente não pode ser garantida mediante uma artificial e impossível determinação de um grau de probabilidade”.¹²⁹

Ao juiz cabe o dever de justificação da decisão que concede a tutela provisória, conforme fez questão de frisar o art. 298 do Código de Processo Civil.

Sucede que o juiz, embora ciente dessa necessidade, resente-se da falta de critérios para explicar ‘seu convencimento de modo claro e preciso’. Esta falta de critérios também impede o advogado de poder controlar a decisão *do* juiz, uma vez que, se a decisão sequer tem adequada justificativa, toma-se impossível argumentar que a decisão é incorreta. Não é por razão diversa que são comuns as decisões de primeiro grau que concedem ou negam a tutela urgente sem qualquer fundamento idôneo e as decisões *de* segundo grau que a revogam ou a mantêm sem nada argumentar de forma convincente.¹³⁰

Quanto à essa problemática da prestação jurisdicional, cabe, inicialmente, enaltecer alguns aspectos ligados ao próprio modelo de processo em vigência: o denominado *modelo constitucional de processo civil*. A partir dele, há uma submissão tanto as normas do Código de Processo Civil como as da legislação extravagante ao cotejo constitucional, de forma a integrá-las e a permitir uma satisfatória interpretação. Significa dizer: as normas não se bastam, portanto, sozinhas.

Assim, é na Constituição que encontramos a matriz de todo sistema processual, pois ela orienta todo o “dever-ser” do processo e dos seus institutos. Diante disso, é que o Novo Código de Processo Civil já no seu art. 1º preocupou-se em explicitar o princípio da supremacia e efetividade da Constituição Federal, ao estabelecer que “[...] o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil [...]”.¹³¹

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 72. Livro eletrônico.

¹³⁰ Ibid., p. 72.

¹³¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 dez. 2017.

Logo, a Constituição é o ponto de partida para a compreensão adequada do que é o processo civil (e do “trabalho” a ser realizado pelo magistrado), pois a partir das suas normas que se torna possível extrair a essência, a finalidade e a forma do processo em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Nicoló Trocker¹³² já apontou o direito à tutela jurisdicional como derivativo dos preceitos insculpidos da Constituição.

Nesse viés, e voltando-se a questão da cognição judicial (inclusive em tutelas provisórias), está também a previsão do art. 11 do CPC/15, onde percebe-se a confirmação do dever de fundamentação dos magistrados na condução do processo.¹³³ Tal premissa (re)introduz de maneira formal na norma infra-constitucional os preceitos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. E não poderia ser diferente, pois mostra-se tarefa ínsita ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito¹³⁴ e também ao alcance de maior efetividade procedimental.

A motivação,¹³⁵ nas palavras de Calamandrei, é “O sinal mais importante e mais típico da ‘racionalização’ da função jurisdicional”, pois é, “antes de tudo, a justificação”. É ela que permite colocar as partes em condições de verificar se, “[...] nas razões que conduziram o juiz a decidir em certo sentido, é possível revisar algum daqueles defeitos que dão margem aos vários meios de impugnação”.¹³⁶

¹³² TROCKER, Nicólo. **Proceso civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

¹³³ Sobre os poderes-deveres conferidos ao juiz na condução da fase probatória do processo, ver: RIBEIRO, Darci Guimarães. Questões relevantes da prova no novo código de processo civil. In: ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo; BOECKEL, Fabrício Dani de (Org.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 133-148.

¹³⁴ Sobre a tarefa dos juízes em uma democracia, assevera Calamandrei: “O perigo maior que, em uma democracia, ameaça aos juízes e, em geral, a todos os funcionários públicos, é o perigo do vício, da indiferença burocrática, da irresponsabilidade anônima. [...] *Lex specialis, sentential generalis*: assim, legislador e juiz atribuem a responsabilidade; [...] Mas essa não pode ser a justiça de uma democracia. Isso não pode ser o juiz digno da Cidade dos homens livres. Eu já disse (já vi) que a democracia é um compromisso, um *engagement*: “*faute de cet engagement la technique constitutionnelle est morte*”. CALAMANDREI, Piero. **Proceso e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 49-50.

¹³⁵ Sobre o tema, Benítez Giralt, para quem “La motivación puede ser entendida como la garantía que permite un correcto funcionamiento de las garantías estructurales. Sirve por una parte, para poner de manifiesto una eventual carencia de imparcialidad del juzgador; y por otra, para permitir la exigencia de responsabilidad al juez, y sobre todo para controlar la sumisión del juez a la ley, esto es, el desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional en la decisión judicial.” BENÍTEZ GIRALT, Rafael. **El papel del juez en la democracia**: un acercamiento teórico. 1. ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. p. 84. Disponível em: <<http://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/publicaciones/papeldeljuezenlademocracia.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹³⁶ CALAMANDREI, op. cit., p. 67-68.

Nesse viés, o processo também revela-se um *espaço* pautado no agir comunicativo¹³⁷, um verdadeiro '*espaço social*, onde se tem que respeitar o contraditório efetivo entre as partes a fim de perfectibilizar decisões judiciais efetivamente motivadas. Diga-se aqui: não só aquelas decisões que colocam fim à fase cognitiva ou ao processo de execução, mas também aquelas durante o trâmite processual – inclui-se, nesse especial, aquelas havidas em cognição sumária.¹³⁸ Assim, firma-se o debate efetivo entre as instituições (Estado/Estado-Juiz) e os membros da população,¹³⁹ oportunizando a prática da influência¹⁴⁰ no desfecho final, que desnuda em clara expressão de uma verdadeira democracia participativa.

Corroborando com esse entendimento, Ovídio Baptista refere que a democracia¹⁴¹ verdadeira “[...] só poderá ser aquela que privilegia e *estimula a participação*, tão intensa e constante quanto seja possível”, podendo ser comparada a um “mecanismo extremamente delicado – já que se está a falar justamente da assimilação das ciências sociais à mecânica e à matemática – cujo funcionamento, ao contrário do que poderia para muitos ser desejável, não é jamais automático,

¹³⁷ Sobre espaço ou esfera pública, Habermas aduz o seguinte: “A esfera pública constitui principalmente uma ‘estrutura comunicacional’ do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o ‘espaço social’gerado no agir comunicativo, não com ‘funções’ nem com o ‘conteúdo’ da comunicação cotidiana”. HABERMAS, J.; SIEBENEICHLER, F. B. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 92.

¹³⁸ Diga-se, nesse especial, que o contraditório no processo civil pode ser prévio, diferido ou eventual. Em geral, o contraditório é prévio (*auditur et altera pars*). Nada obsta, no entanto, que o contraditório se realize de forma diferida (*inaudita altera pars*), ou mesmo eventual. Naquele, o juiz decide ouvindo apenas uma das partes e apenas depois de tomada a decisão é que o órgão jurisdicional permite a participação da parte contrária – dentro do mesmo processo em que tomada a decisão. Já no contraditório eventual, será realizado em outro processo, na eventualidade do interessado propor demanda para a ampliação da cognição judicial – o debate fica restrito apenas a uma parcela do litígio. Por fim, à respeito dos momentos em se pode dar o contraditório quando da análise do pedido de tutelas provisórias, está a previsão do parágrafo único, incisos I e II, do art. 9º do CPC.

¹³⁹ Segundo afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 137, p. 18, jul. 2006.

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido R. Escopos políticos do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 120. Outrossim, sobre a possibilidade de influência no processo, pode-se concluir com TROCKER que a esta encontra-se no respeito ao próprio contraditório, que deixa de ser puramente “la difesa intesa in senso negativo”, passando a significar a “influenza intesa [...] come diritto o possibilità di incidere ativamente sullo svolgimento e sull’esito del giudizio”. TROCKER, N. **Processo civile e Costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: A. Giuffrè, 1974. p. 371. (Studi di Diritto Comparato, 12).

¹⁴¹ No que tange a democracia, resta importante conhecer o pensamento de Ronald Dworkin que, a concebendo como um canal de distribuição do poder fruto de um Estado de Direito, reporta-se a ideia de democracia moderna esclarecendo que ela “Consiste em oferecer ao povo como um todo tanto poder político quanto seja compatível com a igualdade de tal poder, e a livre expressão é necessária para prover essa igualdade”. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 89.

necessitando de operadores treinados e competentes”.¹⁴² Essa é uma das razões pelas quais

[...] o processo só pode ser compreendido dentro de sua dimensão democrática, como um espaço público para os debates, razão pela qual conceituamos processo como um espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente pode ser compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre os vários sujeitos envolvidos.¹⁴³

Assim, “A motivação torna-se [...]o espelho refletor dos erros do juiz”¹⁴⁴, pois ainda que exista preocupação direta voltada à efetividade, também existem balizas (garantias) que orientam a adequação/fundamentação¹⁴⁵ da decisão judicial, de forma a não torná-la arbitrária. A fim de torná-las mais claras, o legislador inseriu a previsão do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, assento infraconstitucional¹⁴⁶ considerado como um dos grandes avanços democráticos do novo CPC/2015, pois estabelece os requisitos mínimos para a fundamentação das decisões judiciais.

Para ser levado a sério, o Direito tem que ser feito levando-se a sério.¹⁴⁷ Deve-se considerar que o dever fundamental de justificação das decisões judiciais não pode ser reduzido a um conceito meramente teleológico, pois trata-se de “[...] um dever de

¹⁴² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 113.

¹⁴³ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 22-23, jun. 2014.

¹⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 68.

¹⁴⁵ Destaca-se, de pronto, que tem-se como mais adequados aos intentos do art. 93 da Constituição Federal os termos justificação/fundamentação, de acordo com parcela do entendimento doutrinário que distingue ‘fundamentação’ de ‘motivação’. Dentre os autores está Lenio Luiz Streck, em *Jurisdição constitucional e decisão jurídica* (3. Edição reformulada de *Jurisdição constitucional e Hermenêutica*), onde reconhece que fundamentar é um *plus* de motivar: “[...] há que se levar em conta, ademais, que justificar quer dizer fundamentar. E que isso vai além de ‘motivar’. Posso ter vários motivos para fazer algo; mas talvez nenhum deles seja justificado”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 1324-1325.

¹⁴⁶ Sobre a temática, anteriormente a edição do paragrafo primeiro do art. 489 do Código de Processo Civil, Cristina Reindolff da Motta já denunciava a falta de parametros infraconstitucionais para a aplicação do quanto estabelecido pela Constituição, conforme se depreende: “Embora haja o reconhecimento constitucional acerca da necessidade de fundamentação, não há na lei nenhuma fixação dos requisitos mínimos para que se diga que uma decisão judicial está fundamentada. A falta de fixação desses requisitos mínimos e a manutenção do espectro amplo deixam o cidadão à mercê da discricionariedade, dando espaço a uma decisão não efetivamente fundamentada e menos democrática”. MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 154.

¹⁴⁷ Nesse sentido, ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

esclarecimento acerca do estado-da-arte do processo de apreciação”,¹⁴⁸ ou seja, de uma verdadeira *accountability* permanente, ínsito a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Ademais, diga-se: a “[...] relación entre el modelo político adoptado por el Estado y su organización procesal [...]”,¹⁴⁹ também induz o aspecto ético do processo, sua conotação deontológica - legitimidade metodológica que dispõe e estabelece verdadeiros *pólos* de atração - para que os valores (axiológicos) sociais e políticos inerentes a cultura nacional possam ditar as linhas básicas do endereçamento de todo o sistema processual e das especulações a seu respeito. Só assim, o processo é concebido como “*medio pacífico de debate dialéctico*” possibilitando que “*el hombre trabajara con ella en paz*”¹⁵⁰ em uma dimensão ética, superando o caráter totalitário,¹⁵¹ “en el cual el juez lo puede todo y las partes son tratadas como cosas”.¹⁵²

Nesse ponto, se a dialética incide diretamente no direito, por meio da perspectiva processual, que “[...] secondo cui momento specifico ed irrinunciabile del diritto è la controversia giudiziale, che si manifesta come fenomeno ontologicamente”,¹⁵³ ela também reflete no resultado da própria aplicação do direito e na interpretação do caso concreto, permitindo através da decisão judicial a resolução jurídica, criando norma.¹⁵⁴ Aqui, tem-se o “[...] superamento critico di una concezione

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo ou de “como discricionarietà não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni de (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 21-22.

¹⁴⁹ VARGAS, Álvaro. ¿Es realmente neutra la norma procesal? Temas procesales, Medellín, n. 9, p. 9, oct. 1989 *apud* RESTREPO, Sebastián Betancourt. **Filosofía del derecho procesal**. Universidad Autónoma Latinoamericana. Facultad del Derecho. Teoría General del Proceso. Medellín, 2008. p. 11.

¹⁵⁰ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 66.

¹⁵¹ Sobre a diferença entre processo de caráter dialético e totalitário: “En el proceso de carácter dialéctico, el fallo constituye la consecuencia que permanece incierta hasta el fin de la marcha del proceso; en el proceso totalitario, la marcha del proceso es la consecuencia de una resolución ya cierta desde el principio. CALAMANDREI, Piero. **Proceso e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 153-154.

¹⁵² *Ibid.*, p. 154.

¹⁵³ Cf. CAPOGRASSI, Giudizio. Processo, scienza, verità. In: CAPOGRASSI Giuseppe. Opere. Milano: A. Giuffrè, 1959. p. 57 *apud* MORO, Paolo (Org.). **Il diritto come processo**: principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 16.

¹⁵⁴ “È nell’incedere dialettico del processo che *si manifesta il diritto dell’oggetto controverso*, um diritto che è la *resultante dell’applicazione al caso di una norma giuridica*, la quale, offrendo una valutazione sullo stesso, ne permette una risoluzione giuridica. La dialettica processuale *resulta, pertanto, fonte di diritto*; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa à funzionale anche, e soprattutto, alla determinazione della norma giuridica, senza la quale non può predicarsi un giudizio”. MORO, Paolo (Org.). **Il diritto come processo**: principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 91.

normocentrica, la quale conduce a considerare la scienza giuridica come técnica di produzione di regole.”¹⁵⁵

Desde essa perspectiva, entre a necessidade de resposta judicial e o estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais como condição de validade¹⁵⁶, está o conceito renovado de processo como procedimento realizado em contraditório¹⁵⁷, meio apto a alçar um processo mais justo¹⁵⁸ de produção da própria norma.

Então, *controlar* a decisão judicial dentro do atual paradigma não significaria um necessário retorno ao positivismo exegético, quando ao juiz era proibido interpretar. Não são mais admitidos os juízes de Montesquieu. Ao contrário, buscam-se os ‘juízes com alma’!¹⁵⁹ Até mesmo porque o desafio dos dias atuais é, através das teorias do direito de perfil pós-positivista, que estão diretamente voltadas para a superação do positivismo pós-exegético, enfrentar o que esse se recusou: a interpretação judicial,

¹⁵⁵ Cf. SEVERINO, Emanuele. *Téchne-nomos: l’inevitabile .subordinazione del diritto ala técnica*. In: BARCELLONA, Pietro. *Nuove frontiere del diritto: dialoghi su giustizia e verità*. Bari: DeBato, 2001. p. 15 e seg. *apud* MORO, Paolo (Org.). **Il diritto come processo**: principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano: FrancoAngeli S. R. L., 2012. p. 15.

¹⁵⁶ Para Ovídio Baptista da Silva, “a fundamentação deve ser ampla; deve compreender todos os aspectos relevantes do conflito, especialmente na análise crítica dos fatos”. SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 151.

¹⁵⁷ Sobre as diferentes fases do contraditório ao longo do tempo, assevera Darci Guimarães Ribeiro: “O contraditório, a meu sentir, pode ser mais bem compreendido levando-se em consideração seu desenvolvimento através dos tempos, vale dizer, ao longo de três fases marcantes. A primeira, que denomino *formal* e está caracterizada pela *necessidade de informar*; a segunda, *material* que se caracteriza pela *possibilidade de participação* e a terceira, *constitucional*, identificada pelo *direito de influenciar*. A primeira e a segunda fase são bem conhecidas e podem ser identificadas através deste tropo: o contraditório é como uma moeda que se apresenta, numa das faces, a *necessidade de informar* e, a outra face, a *possibilidade de participação*. A soma desse binômio designa, para Couture, as garantias do *due process of law*, pois, Segundo ele, é necessário que: ‘a) *el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita*; b) *que se le haya dadouna razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos*’. A terceira e atual fase, que denomino *constitucional* e está reconhecida no *direito de influenciar*, pode ser bem apreendida por meio das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em especial esta, Segundo a qual: ‘*Essa oitiva é, assim, primeiramente, pressuposto de uma decisão correta. Além disso, a dignidade da pessoa exige que não se disponha sobre seu direito de maneira leviana, com base [somente] na autoridade [estatal]: o indivíduo não só deve ser o objeto da decisão do juiz, como deve ser ouvido antes de uma decisão que envolva seus direitos, a fim de poder ter influência sobre o processo e o seu resultado (BVerfGE 7, 53 [57]; 7, 275 [279])*’”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Questões relevantes da prova no novo código de processo civil*. In: ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo; BOECKEL, Fabrício Dani de (Org.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 134-135.

¹⁵⁸ Sobre o termo ‘justo processo’, rever nota 49.

¹⁵⁹ Expressão utilizada por CALAMANDREI, ao afirmar: “Nós não sabemos mais o que fazer com os nossos juízes de Montesquieu, *êtres inanimés* feitos de pura lógica. Queremos os juízes com alma: juízes engagés, que saibam levar, com vigilante compromisso humano, o grande peso desta enorme responsabilidade que é prestar justiça”. CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 50.

seus limites, e aí, a arbitrariedade judicial¹⁶⁰ constante na práxis jurídica, tida como a principal herança do positivismo de matriz kelseniana.

3.1 Direito e Realidade na Teoria Pós-Positivista de Friedrich Müller

A relação entre a Constituição, apreendendo o aspecto dinâmico e relacional de sua realização, além da ideia geral de *processo* “[...] (ou *processos formativos*, incluindo aqui também o processo de desenvolvimento normativo), coloca-se no centro do debate sobre a eficácia normativa da Constituição”.¹⁶¹ Diga-se: esta profunda relação existente entre a concretização da ordem constitucional e o aspecto processual de sua realização envolve, inerentemente, a missão de aproximar as normas constitucionais e a realidade que pretendem regular.

O conhecimento da realidade que a norma pretende regular é indispensável para a tomada de qualquer decisão que envolva a concretização da norma constitucional. Logo, a tarefa de concretização pressupõe uma coordenação objetiva, entre o significado que a elas seja atribuído e as condições reais de sua aplicação.

Seguindo esse pensamento, está a Teoria (e Metódica) Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, que permite a correlação entre ser (*sein*) e dever-se (*sollen*). Nesse sentido, está a justificativa do autor para o desenvolvimento da sua teoria: “Empreende essa tentativa mediante a restrição ao problema da relação entre direito e realidade, tão carente de embasamento quão incontornável”.¹⁶²

Contudo, para que se possa compreender a TED, e como ela se presta a conferir maior racionalidade ao ato de cognição judicial (inclusive em cognição sumária), não se pode olvidar algumas traços marcantes da Teoria Pura do Direito.¹⁶³

¹⁶⁰ Destaca-se, desde já, se está a considerar distintamente arbitrariedade e discricionariedade, conforme já indicado na nota 49. Sobre o tema, reproduz-se o entendimento de Darci Guimarães Ribeiro: “[...]sem sombra de dúvida, o ato judicial é discricionário, em nada se confundindo com um ato arbitrário, pois a discricionariedade está calcada dentro da legalidade e exige, obrigatoriamente, uma motivação na tomada da decisão considerada mais justa ao caso concreto; fundamentação esta que incoorre no ato arbitrário, pois é adotada uma posição não permitida pelo ordenamento jurídico para aquele caso em concreto”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Tendências modernas da prova. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 65, p. 324-349, 1995.

¹⁶¹ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 33.

¹⁶² MÜLLER, Friedrich. Nota prévia. In: MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁶³ A Teoria Pura do Direito é o ponto de partida para o desenvolvimento da TED, conforme afirma Müller: “Là où Kelsen pensait devoir s’arrêter, là commence le travail”. MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 7.

Primeiramente, caberia dizer que, ainda que hajam contróversias¹⁶⁴ a respeito da importância que Kelsen atribuiu ao tema da interpretação jurídica ao longo da sua obra, esse tema está ostensivamente abordado a partir da segunda edição da Teoria Pura do Direito, publicada em 1960, onde não se pode negar a sua originalidade, tanto no campo metodológico - onde decorre da defesa de uma opção voluntarista, e não cognitiva, do ato de realização do direito-, como no rechaço da antinomia tradicional entre criação e aplicação do direito.

Segundo, em oposição à teoria jurídica clássica e remontando a escola da Exegese, para Kelsen o legislador seria quem cria o direito positivo, cabendo ao jurista conhecê-lo na sua estrutura lógico-formal e aplicá-lo também logico-formalmente.¹⁶⁵ Distingua duas espécies de interpretação jurídica: a interpretação “autêntica”, aquela dos órgãos de aplicação do Direito, e a interpretação “científica”, ou “não-autêntica”. Aquela cria o direito, ao passo que essa não o cria, sendo pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. O trabalho do jurista, portanto, seria estabelecer que a interpretação autêntica pode assumir o caráter de lei ou tratado internacional, como “[...] também pode assumir a forma de uma sentença, enquanto a interpretação jurídico-científica deve se ater a estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica”.¹⁶⁶

Diga-se que, a teoria da interpretação de Kelsen é consequência da sua concepção de ciência, de norma e de ordenamento. Todavia, conforme adverte Luís Alberto Warat, o jurista austríaco não se deteve a expor uma epistemologia para a ciência do direito, mas “[...] uma vez estabelecidas as regras de seu jogo epistemológico, decide aplicá-las para ver o que acontece”.¹⁶⁷

O mesmo já havia sido advertido por Karl Larenz, acerca do desequilíbrio entre a ‘teoria’ e a ‘práxis’:

A sua <teoria pura do Direito> constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência – mantendo-se

¹⁶⁴ Sobre o tema, ver, por exemplo, a crítica em DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político. São Paulo: Método, 2006. p. 214. De maneira contrária, o pensamento de Michel Troper, ao entender que a obra do jurista austríaco debruçou-se suficientemente sobre o tema. TROPER, M; VENEGAS GRAU, M. **Por uma teoria jurídica del estado**. Madrid: Dykinson, 2001. p. 63-72.

¹⁶⁵ Ibid., p. 63-64.

¹⁶⁶ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; Gomes, Nestor Castilho. **A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen**: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 95, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p95/13640>>. Acesso em: 22 de set. 2017.

¹⁶⁷ WARAT, Luís Alberto; PÉPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996. p. 54.

embora sob o império do conceito positivista desta última e sofrendo das respectivas limitações – que o nosso século veio até hoje a conhecer. O que não obsta a que sejamos tentados também a acrescentar: assim como a Jurisprudência dos interesses é deficiente como teoria, mas foi de grande utilidade prática, assim a <teoria pura do Direito> atinge um alto nível como teoria, mas do ponto de vista prático os seus resultados são escassos. Em último termo, porém, o facto encontra a sua razão de ser numa deficiência da própria teoria.¹⁶⁸

Sendo assim, pela “[...] falta de reflexão material e linguística e, com isso, devido ao déficit de operacionalidade prática”¹⁶⁹ da Teoria Pura do Direito, Friedrich Müller começou a desenvolver, na década de 60, na Alemanha, a Teoria (e Metódica) Estruturante do Direito (*Strukturierende Rechtslehre*), relacionando quatro ‘pilares’: “[...] dogmática, metodologia, teoria (da norma) jurídica e teoria da Constituição”.¹⁷⁰

O autor não elege pontos de partida ontológicos, fenomenológicos, normológicos, positivistas, decisionistas ou sociologistas, nem orienta-se por vias médias de um sincretismo harmonizador de métodos, de mediação dialética, polar ou correlativa. Friedrich Müller trava uma abordagem crítica à metodologia de Savigny, à teoria da norma de Kelsen, ao conceito de interpretação adotado por ambos, e, ainda, acerca da concepção da função criativa em Ehrlich e Kantorowicks,¹⁷¹ propondo uma teoria que permita alçar maior racionalidade ao trabalho prático dos juristas. Transmuda a pergunta por *norma e fato* na pergunta pela *normatividade* e pela *estrutura da norma*, tratando como questão de teoria da norma, ao invés de tratá-la como questão de filosofia geral do direito.

A este propósito, desenvolveu uma Metódica¹⁷² intrajurídica, a partir de um paradigma diferenciado dos até então utilizados pelas teorias que o precederam: um

¹⁶⁸ LARENZ, K.; LAMEGO, J. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 92.

¹⁶⁹ MIOZZO, Pablo Castro. Prefácio. In: MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014. p. 14.

¹⁷⁰ JOUANJAN, Oliver. De Hans Kelsen a Friedrich Müller: método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. Trad. Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 247.

¹⁷¹ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 211.

¹⁷² A tradução feita para o português utiliza o termo “Metódica” por possuir maior abrangência com relação ao termo “Metodologia”. Seria um conceito abrangente de hermenêutica, interpretação, métodos de interpretação e metodologia. À respeito da temática, Miozzo: “A metódica desenvolvida por Müller afasta-se da metodologia própria das ciências da natureza em virtude da peculiaridade material das normas jurídicas e de sua normatividade específica. Da mesma forma não se baseia totalmente na metodologia das ciências do espírito, nem tampouco é uma aplicação da hermenêutica de matriz filosófica peculiar [...]. Ibid., p. 235-236.

paradigma indutivo.¹⁷³ Isso porque construiu sua teoria através da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, dos problemas do próprio *universo jurídico em movimento*.

Do contrário, trataria-se de uma teoria dedutiva, que segundo destaca Müller, “Infelizmente é ainda a direção de quase todas as correntes da filosofia do direito de hoje e é um traço bem conservador”.¹⁷⁴ Uma teoria dedutiva ordena a escolha a partir de uma posição extrajurídica¹⁷⁵ e, assim, aplica-a aos problemas do Direito. Num caminho inverso, o jusfilósofo alemão prefere processos indutivos, onde, ainda que se tenha o ponto de partida no direito positivo, não são desconsideradas as estruturas e funções específicas do próprio direito, seus problemas e experiências reais, suas contradições existentes, isto é, não se *perde o contato com o direito e a concretização do cotidiano/realidade*.

[...] indutivo à medida que principia com a dogmática do direito positivo e examina sempre de novo as inferências subsequentes para a metódica, a Teoria, a Teoria constitucional e a linguística jurídica com base nos seus efeitos para a dogmática. Indutivo, também, quanto à questão da interdisciplinaridade: o seu conceito composto de norma inclui o trabalho das ciências sociais no trabalho jurídico.¹⁷⁶

Destaca-se que, esse é um dos principais pontos da Teoria Estruturante do Direito (TED): um olhar diretamente voltado para a práxis, onde “[...] os juristas, os *Reichtsarbeiter*, são concebidos como *sujeitos humanos* e não como autômatos lógicos (a ‘subsunção, o ‘silogismo’ do positivismo)”.¹⁷⁷ Portanto, a TED revela-se um “[...]”

¹⁷³ O autor aduz que “É indutivo por trabalhar de *baixo para cima*: não começa com a teoria abstrata, mas com as tarefas comuns da práxis jurídica e com o seu entorno social”. (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 10-11). Acerca do caráter indutivo, Pablo Castro Miozzo também afirma que Müller atribui esse caráter à sua teoria “na medida em que foi criada a partir da análise de casos e, por romper com a tradição que lhe precedia, a designa como um “novo paradigma”. MIOZZO, op. cit., p. 213.

¹⁷⁴ MÜLLER, op. cit., p. 277.

¹⁷⁵ A exemplo, estaria o hegelianismo, o kantismo, a hermenêutica de Heidegger ou de Gadamer, o pragmatismo universal de Habermas, o pragmatismo transcendental de Apel, ou ainda Wittgenstein I ou Wittgenstein II.

¹⁷⁶ Ibid., p. 10-11.

¹⁷⁷ ENTREVISTAS. Teoria estruturante do direito - Fontes. Posição na história da ciência. Núcleo teórico e prático. Interdisciplinaridade. Importância para A democracia e justiça no Brasil - Entrevista com Friedrich Müller. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 276-277.

trabalho de renovação radical”,¹⁷⁸ o que a confere, nas palavras do próprio autor, também um status de ‘teoria pós-positivista’.

Nesse especial, ressalta-se que a concepção de Müller para o denominado pós-positivismo é feita na sua obra através de uma exegese cuidadosa, através de apontamentos dos limites do pensamento de Hans Kelsen, precisamente para Direito e para a Ciência Jurídica,¹⁷⁹ onde “O pós-positivismo deve ser entendido com o sentido de superação e não (mera) continuidade ou complementaridade”,¹⁸⁰ pois somente nesse contexto será percebido “[...] no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito instituído pelo constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra”.¹⁸¹

O que unifica as diversas posturas que podem ser chamadas de pós-positivistas é que o direito é analisado na perspectiva da sua interpretação ou da sua concretização. A ‘essência’ do direito é ser constantemente construído, a partir de uma empreitada argumentativa. Essa radicalização da hermenêutica traz consigo a necessidade se estudar, não apenas as peculiaridades da interpretação jurídica, mas também o próprio desenvolvimento da hermenêutica durante o século XX.¹⁸²

Nesse viés, a hermenêutica revelaria-se um conceito técnico, no sentido de um exame das condições essenciais a partir das quais se efetuará a interpretação jurídica. Dessa forma, Müller a utiliza na sua *teoria da norma jurídica* como forma de (re)pensar a relação norma-realidade, isto é, como “ferramenta” a relacionar o direito a efetiva conduta humana (ser, *sein*).¹⁸³

¹⁷⁸ MIOZZO, Pablo Castro. Prefácio. In: MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014. p. 14.

¹⁷⁹ Destaca o autor: “[...] a separação rígida de se e dever-ser, o rompimento entre interpretação ‘autêntica’ e ‘não-autêntica’, o seu caráter infrutífero para a teoria e a práxis do trabalho jurídico e o fracasso no que concerne à relação entre objetividade e subjetividade”. Ibid., p. 14.

¹⁸⁰ MÜLLER, Friedrich. Positivismo. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 6, n. 10, p. 229. 2008.

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 102.

¹⁸² OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Expressão pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantica>>. Acesso em: 27 set. 2017.

¹⁸³ “O reencaminhamento da pergunta à teoria da norma, aos fundamentos de uma concretização de direito instituído, não se concebe como tentativa adicional de medição entre *der ser* e *ser*, mas como enfoque indagativo que não admite tais abstrações. Se o problema genérico da Teoria do direito, o de direito e realidade, norma e fato é tratado aqui como o problema de estrutura da norma e normatividade, ele não se vê apenas deslocado em termos de linguagem, mas defrontado no tocante à matéria com novas tarefas. Com isso a teoria da norma não é separada do “ser”, mas tratada como aspecto autônomo no direito e na ciência jurídica”. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 44.

Aposenta-se na TED os dualismos do passado do Direito, tais como *norma/caso*, *direito/realidade*, “assim como a ilusão da ‘aplicação’ do direito como subsunção ou silogismo ou como a construção linguisticamente não realizável de um ‘limite do teor literal’ definível, coisificado na linguagem”.¹⁸⁴ Isto porque a relação entre Direito e realidade não pode ser compreendida suficientemente nem em sua universalidade jurídico-filosófica, nem exclusivamente em detalhes da metodologia prática para o caso concreto tratado.¹⁸⁵

Ademais, tratando do tema, tem-se indispensável não olvidar que a questão acerca da análise da realidade no/do direito está intrinsecamente relacionada a verdade¹⁸⁶ (ou certeza) processual, que pode ser colocada em termos de probabilidade ou verossimilhança.

El concepto de verdade procesal es, en suma, fundamental además para la elaboración de una teoría del proceso, también por los usos que de él se hacen la practica judicial. Y no se puede prescindir de él, salvo que se opte explícitamente por modelos penales puramente decisionista, sino a costa de una profunda incomprensión de la actividad jurisdiccional y de la renuncia a su forma principal de control racional.¹⁸⁷

Todavia, consoante já apregoado, as questões acerca da verdade judicial em nada tem a ver com critérios gerais de verdade e de nenhum modo expressam um sentido unívoco do vocábulo. Tem-se a verdade processual como o resultado da busca realizada, atenta aos limites lógicos e formais do processo, cuja aceitabilidade pode ser justificada – aqui, tão importante a questão da verossimilhança das tutelas provisórias. Assim, a convicção do juiz não encerra mais do que uma intenção estabilizadora comprometida com a finalidade pacificadora da jurisdição, condicionada à observância de garantias constitucionais e a realidade social, principalmente aquela deduzida pelo

¹⁸⁴ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 13.

¹⁸⁵ Nesse sentido, assevera o autor que: “[...]como teoria dos requisitos da metodologia e dogmática jurídicas, tendo sempre presente o papel que desempenha a realidade normatizada em relação ao conteúdo de validade que há na norma jurídica”. Ibid., p. 18.

¹⁸⁶ Sobre este particular, afirma Daisson Flach: “Não é apto o processo a produzir a chamada verdade material. A determinação dos fatos pode coincidir ou não com a realidade. Para Carnelutti, não é mais que verdade formal, fixada pela utilização de meios e critérios previamente definidos, que ganha vida no processo independentemente de sua efetiva identificação com a verdade real ou material. Em contrário, Calamandrei entendia que os qualificativos formal ou real distinguem artificialmente uma mesma intenção de alcançar a verdade”. FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 49-50.

¹⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Trotta, 1995. p. 46. Embora trate do processo penal, encontra integral aplicação no processo civil.

indivíduo em juízo, atenta, inclusive, ao tempo do direito (e às necessidades de tutelas provisórias).

A esse intento, passa-se a analisar como na TED se depreende possível a relação direito e realidade, norma e caso, para o fim de compreender como o ato cognitivo do magistrado pode alçar maior racionalidade, inclusive em situações onde o direito encontra-se em crise de efetividade e necessita-se da prestação de tutelas preventivas.

À esse intento, desde já, se passa a dividir as reflexões em dois aspectos:¹⁸⁸ (i) teoria da norma e (ii) da metódica jurídica – nesta reside a teoria desenvolvida para a operacionalização do seu conceito de norma.

3.2 O Conceito Hermenêutico de Norma e a Metódica Jurídica na Teoria Estruturante do Direito: a norma jurídica como decisão dotada de efetividade e a volta ao mundo dos eventos

De pronto, cabe destacar que a Teoria (e Metódica) Estruturante de Friedrich Müller não intenta a interpretação correta da norma, ou alcançar verdades, mas alçar maior racionalidade ao trabalho prático dos juristas, que, de fato, é uma das grandes problemáticas em sede de tutelas provisórias.

Nesse área da processualística, consoante já demonstrado, decide-se “com base na probabilidade preponderante” o que “*significa sacrificar o improvável em benefício do provável*”.¹⁸⁹ E nem poderia ser diferente, pois não haveria “[...] *racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade*”.¹⁹⁰

Para tanto, buscando a (re)análise dessa racionalidade tão “escorregadia” presente no ato de cognição judicial para concessão de tutelas provisórias, passa-se a utilizar os parâmetros propugnados pela TED e pelo paradigma de Estado Democrático de Direito, ao intento de inserir no lugar dos dualismos até então existentes um *modus*

¹⁸⁸ Destaca-se que o trabalho de Friedrich Müller não se limita a dicotomia indicada, até mesmo porque o autor conta com diversos livros e artigos publicados, estando entre outros assuntos a democracia e o Direito europeu, por exemplo. Ademais, a principal obra do autor, *Juristische Methodik* ou Metódica Jurídica, vem sendo construída e constantemente ampliada desde 1971. Trabalha-se aqui com a tradução para o português intitulada ‘Métodos de trabalho do direito constitucional. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 72. Livro eletrônico.

¹⁹⁰ Ibid., p. 72.

operandi racionalmente recapitulável, onde a racionalidade e *determinidade* despontam como vetores imperativos.¹⁹¹ Entretanto, isso só se mostra possível se a teoria da norma jurídica estiver especificamente a serviço da racionalidade jurídica, diferenciando “[...] de modo racional as reflexões presentes na decisão, tornando-a com isso passível de controle e de discussão o máximo e o melhor possível”.¹⁹²

Deve-se recapitular a própria concepção e importância atribuída a norma, pois é nela que se encontra “[...] o centro de todo o trabalho jurídico efetivo”.¹⁹³

A norma surge como um dos pontos centrais da TED, principalmente porque a ela se passa a atribuir a definição das transformações epocais na ciência jurídica, e não mais os questionamentos acerca da noção de justiça ou posição da ciência em relação ao direito natural. Nesse contexto, o encontro da técnica processual adequada exige repensar a relação norma-realidade, já que a norma jurídica teria de ser concebida como uma composição de *ser* e *dever-ser*,¹⁹⁴ relação entre *Direito* e *realidade*,¹⁹⁵ calcada em uma verdadeira teoria *impura do Direito*.

Mas por quê “impura”? Porque assim se demonstra o Direito: “[...] (a) em relação à realidade da sociedade [...]”, pois é esta que deve ser ordenada, modificada e, quando necessário, justificada pelo Direito, determinando, por via de consequência, os próprios conteúdos do Direito, seja confirmando-os, revogando-os ou modificando-os; e “[...] (b) em relação à realidade da linguagem, uma vez que o Direito não existe em outro lugar, senão na linguagem, e resta totalmente marcado e delineado pelas condições desta”.¹⁹⁶

Desse modo, a norma não se revelaria algo que é dado e de fácil aplicação, pois “A norma não deve ser apreendida como limite, mas como elemento da relação com a

¹⁹¹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 9-10.

¹⁹² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 161.

¹⁹³ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 9.

¹⁹⁴ A teoria de Friedrich Müller é fundada no pressuposto de que texto de norma e norma jurídica não são a mesma ‘coisa’. A norma é construída apenas no caso concreto, como resultado de uma atividade prática, na qual os elementos linguísticos do Direito, os textos de normas, adquirem sentido a partir de sua conjugação com os elementos de fato.

¹⁹⁵ “Na sua transformação radical do direito à imagem da lógica formal, Kelsen levou ao ápice da abstração a separação e contraposição de norma e realidade, ser e dever-ser. A tese de que não se poderia inferir do ser nenhum dever-ser e desse dever-ser nenhum ser, essa separação de fundamento e condição de vigência do direito mostra que Kelsen se interessa no tratamento de problemas jurídicos mais pelo conceito de ciência do que pelo conceito de direito”.

¹⁹⁶ MIOZZO, Pablo Castro. Prefácio. In: MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 11. No mesmo sentido: “Em contrapartida, a *teoria estruturante do direito* é decididamente “impura” - ela trabalha com tudo o que caracteriza o *direito real de uma dada sociedade*, e não somente sua forma geral. MÜLLER, op. cit., 2007. p. 284.

realidade”,¹⁹⁷ se fazendo mister a sua concretização, que é a construção da própria norma. Assim, *direito* e *realidade* não aparecem mais como categorias opostas e abstratas, pois agora atuam como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo *de caso para caso*, isto é, na forma da norma jurídica produzida. “É essa ação jurídica é uma ação pela e na linguagem [*Sprachhandeln*], é geração do texto com base em textos, inscreve-se na estrutura textiforme da democracia fundada no Estado de Direito”.¹⁹⁸

Sendo assim, aquilo que em uma abordagem das ciências humanas, como em Smend, E. Kaufmann, Schindler e Heller, pode ser atribuído ao modelo básico da correlação entre realidade e Direito, deve ser destacado da questão abstrata e concretizado de forma metódica na função normativa.¹⁹⁹ Sem essa necessária mudança, não se torna possível apreender mais concretamente a norma jurídica a partir do *pólo realidade*, mas se permanece com os cruciais conceitos de *direito* e *realidade* “[...] paralisados em uma universidade formal, ou melhor, verbal, quando não são suscitados na pergunta e, por seu turno, resistem a uma expressão mais estrita e mais precisa do interesse cognitivo”. O interesse deve ser, portanto, “[...] teórico-normativo, se a investigação da relação entre direito e realidade deve ser algo de valor significativo para a concretização de um determinado ordenamento jurídico positivo”, bem como deve digirir-se “[...] para as tarefas da prática jurídica que passam pelo crivo de uma reflexão teórica”.²⁰⁰

Portanto, é tarefa da teoria tratar os fatos,²⁰¹ “Testemunhar em todos os seus campos de trabalho a *realidade* na qual o direito é usado e na qual ele (se) orienta”. Por isso, a TED se empenha “[...]em testemunhar o que é o caso no direito”,²⁰² bem como permitir a estruturação da norma jurídica *no caso* concreto, com sua decorrente concretização prática (*processo real* de decisão), através do *programa da norma* (*Normprogramm*) e do *âmbito da norma* (*Normbereich*) - conceito composto²⁰³ que se

¹⁹⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 222.

¹⁹⁸ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 14.

¹⁹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 97.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 117.

²⁰¹ MÜLLER, *op. cit.*, p. 15.

²⁰² *Ibid.*, p. 14-15.

²⁰³ “A concretização jurídica não é “reelaboração” de valorações legislativas; não é reelaboração de configurações espirituais objetivamente fornecidas como orientações prévias. A norma jurídica deve regulamentar uma quintessência indeterminada de casos jurídicos práticos, nem concluída em

“torna o problema do ‘ser’ e ‘dever ser’ operacional e maleável”.²⁰⁴ Aqui, busca-se demonstrar que tal conceito, quando utilizado em cognição sumária, dá maior racionalidade ao ato judicial, até mesmo porque, conforme já asseverou Calamandrei,

É evidente que todos estes juízos de possibilidade ou impossibilidade, verossimilitude ou inverossimilitude, têm caráter eminentemente relativo: não só porque a conclusão pode ser diferente segundo se julgue em abstrato ou em concreto [...]; senão também porque os limites entre possibilidade e impossibilidade ou entre verossimilitude e inverossimilitude, são sempre variáveis, segundo o nível de cultura do julgador, segundo se demonstra com o progresso da ciência, que cada dia faz entrar no domínio da possibilidade ou da verossimilitude o que até o dia de ontem a experiência vulgar conceituava impossível e absurdo.²⁰⁵

Em sede judicial, é difícil estabelecer a precisa diferença entre noções de “[...] possibilidade, verossimilitude e probabilidade”, tratando-se de “[...] matizes psicológicos que cada julgador entende de seu modo”.²⁰⁶ Logo, para a concretização da norma decisória que salvaguarde o direito no caso concreto (inclusive em tutelas provisórias), a TED traça importantes “passos” rumo a (re)formulação de um processo justo, isto é, adequado ao paradigma de Estado Democrático de Direito.

3.2.1 Teoria sobre a Práxis: uma proposta de hierarquização dos passos para a concretização

Com o fim de compreender os passos de concretização propostos pela TED, cabe recaptular que, até então, a norma jurídica apresenta-se como norma de decisão. Logo, tem-se que a decisão jurídica não é apenas um posicionamento ético obrigatório, mas que também ‘envolve’ uma técnica voltada ao caso concreto.²⁰⁷

suscetível de ser concluída na direção do futuro”. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 53-54. Logo, para Müller “O texto da norma no Código legal é apenas um dado de entrada do processo de trabalho chamado “concretização”. A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo o “programa de norma” e “âmbito de norma”. É um conceito composto que torna o problema do “ser” e “dever ser” operacional e maleável”. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 11.

²⁰⁴ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 11.

²⁰⁵ CALAMANDREI, Piero. Verdade e verossimilitude no processo civil. In: CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 275-276.

²⁰⁶ Ibid., p. 276.

²⁰⁷ Sobre a produção da norma e o caso concreto, tem-se que Müller não pertence a parcela da doutrina

Passando pelos recursos técnicos/metódicos propostos pela TED (*programa da norma e âmbito da norma*), mas partindo num primeiro momento de um panorama mais amplo, afirmar-se que a TED se estrutura em onze fases²⁰⁸ ou passos para a concretização da norma.

Todavia, antes de adentrar na análise minuciosa de cada um destes, tem-se como premissa indispensável elucidar que o *termo concretização* é usado por Friedrich Müller,

[...] justamente para se distanciar do uso que a tradição jurídica fez do termo interpretação. Um dos fundamentos para tal é o caráter eminentemente prático da atividade interpretativa (e da ciência do

que defende a fabricação de enunciados. O jurista alemão firma ser a norma decisória resultado das especificidades de cada caso concreto, isto é, dos fatos/realidade que orientaram o mundo dos eventos. Nesse sentido, esclarece Lenio Luiz Streck: “Entendo um pouco de Müller, posso sustentar que a doutrina Mülleriana não ‘apoia’ a fabricação de enunciados. Mais: as citações tanto de Müller como de J. J. Canotilho, são contrárias às teses defendidas pelos dois articulistas. Mas, nada melhor do que ir à fonte, pois não? Nas palavras do próprio Friedrich Müller, por e-mail, em 13 de outubro de 2015: *Festgelegte, „vorab“ fixierte, „Aussagen“ gibt es in der modernen Methodik nicht mehr. Die Rechtsnorm wird ja in casu durch die methodisch reflektierte und offengelegte Arbeit des Konkretisierens erst erzeugt.* [Fixar de antemão uma interpretação [enunciado] é incompatível com a moderna metodologia. A norma jurídica só será produzida por intermédio do caso e é o produto dessa concretização metodicamente refletida e comunicada]. Ainda para falar da indevida incorporação da doutrina de Müller à tese dos enunciados, afirmo que é preciso entender que toda a teoria de Friedrich Müller é fundada no pressuposto de que texto de norma e norma jurídica *não são* a mesma ‘coisa’. Tenho insistido muito nisso no plano filosófico. Assim, ao contrário do que o artigo de Clayton e Fernando dá a entender, para Müller a norma é construída apenas no caso concreto, como resultado de uma atividade prática, na qual os elementos linguísticos do Direito, os textos de normas, adquirem sentido a partir de sua conjugação com os elementos de fato. O termo concretização é usado por ele justamente para se distanciar do uso que a tradição jurídica fez do termo interpretação. Um dos fundamentos para tal é o caráter eminentemente prático da atividade interpretativa (e da ciência do direito), ao contrário do conteúdo teórico-abstrato que lhe era atribuído. Tanto que o título original em alemão da obra sobre metódica jurídica é *Juristische Methodik: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*. Claro que na obra de Müller existem referências à possibilidade de se trabalhar com casos fictícios. Os elementos de fato, que na proposta metodológica mülleriana formam o âmbito normativo, que em conjugação do o programa normativo formam a norma jurídica, podem ser imaginados. Todos os doutrinadores fazem isso. Talvez tenha sido nesse sentido que os articulistas tenham utilizado a doutrina de Müller. Mas esta é uma observação marginal nos escritos do Müller. Não está correto, portanto, *afirmar que para ele não há diferença entre pensar a concretização a partir de um caso concreto ou de um caso fictício*. Não esqueçamos que na origem da teoria de Müller estão Wittgenstein (o segundo) e Gadamer. Logo, o uso da linguagem é sempre aplicação. [...] Müller admite que é possível trabalhar a teoria do Direito a partir de casos concretos e imaginários. Mas os casos imaginários estão reservados para a sala de aula. STRECK, Lenio Luiz. Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>>. Acesso em: 28 set. 2017.

²⁰⁸ “Friedrich Müller, cuja hermenêutica, que chama de metódica jurídica estruturante, vai dividir em onze fases o processo decisório da dogmática jurídica no Estado democrático de direito, defende a tese de que só na norma decisória é que efetivamente se constitui a norma jurídica, isto é, não cabe falar em norma jurídica em abstrato. Esse processo Müller denominou “concretização” da norma jurídica, o qual se insere em um fenômeno mais amplo da linguagem humana, podendo a sua ser considerada uma teoria linguística do direito”. ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria da norma e do direito subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica**. São Paulo: Noeses, 2011. p. 223.

direito), ao contrário do conteúdo teórico-abstrato que lhe era atribuído. Tanto que o título original em alemão da obra sobre metódica jurídica é *Juristische Methodik: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*.²⁰⁹

Diga-se que, a radicalidade de um pensamento integralmente hermenêutico não se faz presente na TED. Para Müller, a aproximação com a hermenêutica filosófica se constitui apenas como opção teórica, pois na sua visão esta se mostraria insuficiente para o direito. Sendo assim, na busca pela clareza da concretização da norma,²¹⁰ o jusfilósofo utiliza

[...] o método como caminho da concretização do direito, que se empenha pela plausibilidade que conduz a uma coerção limitada à *exposição* racional das razões da decisão, com isso possivelmente também a uma maior racionalidade da *aplicação* do direito. Certamente algumas reflexões da práxis recomendam ordenar ao menos a sequência hierárquica e a ordem de menção dos elementos reais da elaboração da sentença com retoques; mas satisfaz-se o mínimo exigido de honestidade quanto ao método, se os elementos da concretização, que se tornaram realmente eficazes aparecem integralmente e na sua função jurídica concreta na fundamentação.²¹¹

Sendo assim, esse processo de concretização se insere em um fenômeno mais amplo da linguagem humana, o que faz com que sua teoria seja também considerada uma teoria linguística do direito. A TED, portanto, interliga a práxis, a dimensão epistêmica e os aspectos normativos, buscando compreender o que de fato ocorre quando os ‘mecanismos’ do ordenamento jurídico encontram-se em funcionamento. É uma análise teórica que perspassa onze passos para a concretização da norma decisória.

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>>. Acesso em: 28 set. 2017.

²¹⁰ Esclarece Friedrich Müller: “*On ne doit pas se méprendre concernant la notion, ici centrale, de <concrétisation> en y entendant à la manière du positivisme le <syllogisme>, la <subsumption> (Subsumption) ou encore l’<application>. Mais on ne doit pas non plus la comprendre comme la <réexécution> (Nachvollzug) de bilans d’intérêts ou d’évaluations préexécutés et <représentés> dans un texte législatif. Pour finir, la <concrétisation> ne signifie pas non plus qu’une norme préexistante au cas juridique particulier serait, pour ce cas, individualisée, rendue < plus concrète>, pour ainsi dire rétrécie dans ses dimension. Il s’agit au contraire, à l’occasion de la résolution juridique d’un cas, d’une construction de norme. La norme juridique doit à chaque fois, dans chaque espèce, tout d’abord être produite*”. MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 45.

²¹¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 83.

Passando à análise dos passos/fases, tem-se que, i) primeiramente, a decisão terá que abarcar os *dados reais* (*Realdaten*), isto é, “[...] os impedimentos e percepções do ambiente comum, tais como a impossibilidade de se estar em dois lugares ao mesmo tempo ou observações de causa e efeito”.²¹² Portanto, já nesse estágio inicial, caberá ao julgador identificá-los. Em sequência, no que poderia-se denominar de ii) segunda fase, surgem as questões atinentes aos *dados linguísticos* (*Sprachdaten*) e a denominada *pré-compreensão*. Tem-se que a comunicação jurídica não pode desconsiderar a direção pré-estabelecida entre significantes e significados, tais como a relação entre sujeito e predicado, os constrangimentos da língua, etc. Aqui, estará presente a inafastável “[...] pré-compreensão dos participantes e os constrangimentos e atribuições da linguagem específica da instituição na qual os encarregados da decisão se encontram, tais como tribunal, promotoria, órgão executivo, advocacia, etc”.²¹³

No iii) terceiro parâmetro, caberá ao julgador voltar o olhar para os textos já positivados, isto é, para o *conjunto de textos de norma*: texto das leis, da Constituição, de portarias, de decretos do Executivo, das súmulas dos Tribunais (*Normtextmenge*). Cumpre salientar que ainda não há remissão direta a nenhum texto específico, porque ainda não se está diante de um caso concreto. Na sequência, na iv) quarta fase, toma-se a via discursiva, passando a ser tratadas as circunstância do caso que será submetido à *dogmática jurídica* (*Fallerzählung*). Logo, os profissionais do Direito e agentes públicos “[...] são provocados a se manifestar por relatos advindos de testemunhos, queixosos, etc., isto é, relatos leigos de pessoas cujo conhecimento do ordenamento jurídico já lhes permitiu intuir que se trata de um problema dogmaticamente relevante.”²¹⁴

Seguidamente, no v) quinto passo, está o “conjunto de matérias” (*Sachverhalt*), isto é, nesta fase o profissional do Direito fará a “filtragem” dos relatos da fase anterior, através da seleção de matérias ou dados fáticos que são considerados relevantes juridicamente. Isto porque o operador conta com conhecimentos técnicos da dogmática jurídica que lhe permitem *desconsiderar* aqueles *dados irrelevantes* levantados pelo leigo acerca do caso.

Feito isso, passa-se ao *âmbito da matéria* (*Sachbereich*), e aí, já se inicia o vi) sexto parâmetro. Tem-se, aqui, o resultado da intersecção entre o *relato do caso* e o

²¹² ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria da norma e do direito subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica**. São Paulo: Noeses, 2011. p. 223.

²¹³ *Ibid.*, p. 223.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 224.

conjunto de matérias filtradas, levando em consideração o conjunto de textos que compõe o ordenamento jurídico (*Normtextmenge*). Estabelecido o *ambito da matéria*, surge a necessidade de se estabelecer o *âmbito do caso* (*Fallbereich*), e, daí, já se estaria no vii) sétimo passo. Cabe ao operador do direito, no âmbito dos fatos juridicamente relevantes, escolher aqueles específicos ao entendimento do problema, isto é, caberá indicar as referências empíricas específicas para a decisão que se pretende construir.

No viii) oitavo passo, ocorre a interpretação pelo jurista dos textos escolhidos através dos fatos selecionados, para assim construir o *programa da norma* (*Normprogramm*). Aqui, o operador do direito faz uso da doutrina, técnicas dogmáticas, abordagens hermenêuticas mais bem sucedidas e elementos que não estão necessariamente na lei e na jurisprudência, mas que podem contribuir para a concretização, caso em que haverá preferência por aqueles que mais perto estão do texto da norma, por ser este um imperativo do Estado Democrático de Direito.

Sobrevindo o ix) nono passo, chega-se ao *âmbito da norma* (*Normbereich*), isto é, no resultado da aplicação do programa da norma (*Normprogramm*) ao conjunto de matérias (*Sachverhalt*) obtido no quinto passo. Pode-se dizer que o âmbito da norma refere-se a dados empíricos, aos elementos do âmbito do caso que foram por sua vez selecionados pelo programa da norma. Feito isso, tem-se aquilo que Friedrich Müller denomina de *norma jurídica* (*Rechtsnorm*). Suscede-se, aqui, o x) décimo passo, onde a norma jurídica sofre uma transformação: passará de *norma jurídica* propriamente dita para *norma (jurídica) decisória* (*Entscheidungsnorm*).

Para bem compreender esse passos finais, cabe novamente ressaltar a importância dada pelo autor à diferenciação entre significante e o significado. O texto da norma (Normtext) é o que está no Código Penal, por exemplo, no art. 155: 'Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Pena – reclusão de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa'. A constituição da norma jurídica está sempre vinculada a um caso concreto específico, como, por exemplo, no relato de que um cidadão utilizou o sinal de uma empresa de televisão a cabo sem autorização contratual. A norma jurídica pode aqui ser expressa como 'A respeito do texto do art.155 do Código Penal, enquadra-se no conceito de 'coisa' o sinal de televisão por satélite ou a cabo', definindo o caso como furto e não estelionato (art. 171 do mesmo Código).²¹⁵

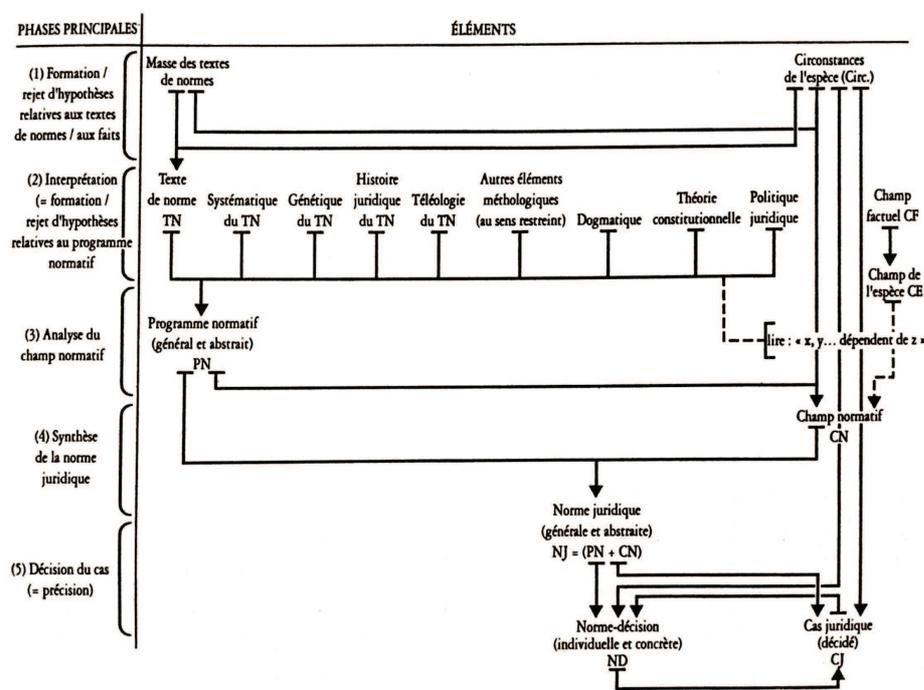
Finalmente, chega-se ao (xi) último passo da concretização, onde se produzirá a

²¹⁵ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria da norma e do direito subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica**. São Paulo: Noeses, 2011. p. 225-226.

norma decisão (Entscheidungsnorm), dotada de normatividade.²¹⁶

Em que pese toda essa didática explanação proposta por João Maurício Adeodato, cabe destacar que na obra de Friedrich Müller os passos de hierarquização da concretização são tratados de maneira diferenciada. A partir do seu livro *Juristische Methodik* – aqui faz-se uso da versão traduzida para o francês – é possível perceber que o autor divide em cinco fases principais o processo de concretização, conforme se depreende do seguinte gráfico:

Figura 1 - Elementos e fases principais da concretização das normas



Éléments et phases principales de la concrétisation des normes (conception et mise en forme : Lothar H. Fohmann).

Fonte: Friedrich Müller.²¹⁷

Segundo a proposta mülleriana, seriam as cinco fases: (1) formação/rejeição de hipóteses relativas aos textos das normas/ aos fatos; (2) interpretação, isto é, formação/rejeição de hipóteses relativas ao programa normativo; (3) análise do âmbito normativo; (4) síntese da norma jurídica; (5) decisão do caso, isto é, precisão entre a norma-decisória e o caso jurídico decidido.

²¹⁶ A normatividade para o autor não significa nenhuma força normativa do fático, “[...] tampouco a vigência de um texto jurídico ou de uma ordem jurídica. Ela pressupõe a concepção – a ser explicitada mais tarde – da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado”. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 15.

²¹⁷ MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 228.

Somente na última fase que se verifica a *normatividade* na TED, que é tida como uma *qualidade dinâmica* da norma de ordenar a realidade – normatividade concreta – e ao mesmo tempo ser por ela ordenada – normatividade materialmente determinada. Está, assim, a noção de normatividade diretamente ligada a ideia de estrutura da norma, ou seja, ao nexos operacional entre as partes conceituais integrantes da norma: (i) âmbito da norma e (ii) programa da norma.

3.2.2 O Programa Normativo e o Âmbito Normativo

O *âmbito normativo* e *programa normativo* não são meios para encontrar enunciados ônticos de validade geral, nem servem a averiguação do sentido verdadeiro dos textos normativos.

A função de escolha e de delimitação do programa normativo ligada a isso faz com que a análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais, em vez de deixá-la de lado em prol de um sociologismo avesso à norma.²¹⁸

Nesta ótica, o *programa da norma* (*Normprogramm*) pode ser percebido como o “caminho” a ser percorrido para a solução do caso concreto, que depende da *filtragem* dos dados reais. Isto permite dizer que o programa da norma não é desenvolvido de forma abstrata, mas em face do caso, que permite *ao operador escolher* os textos de normas válidos que, após serem interpretados com a ajuda de todos os meios auxiliares disponíveis, consubstanciarão o programa da norma. Aqui, portanto, existe uma ligação direta com os *dados linguísticos* do ordenamento jurídico, pois somente assim se permitirá a sua interpretação, e também é onde já destoa a presença da discricionariedade judicial. Isso porque, o *resultado não se identificará ao teor literal da norma*, na medida em que é construído a partir do *caso narrado*, do mundo dos eventos, isto é, das circunstâncias fáticas exurgentes (na análise, por exemplo, de pressupostos de probabilidade/verossimilhança do direito).

Contudo, não se pode desprezar que para Müller o texto da norma é o *ponto de partida*, pois “O texto da norma não é [...] nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/*input* mais importante do processo de concretização,

²¹⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 245.

ao lado do *caso* a ser decidido juridicamente”.²¹⁹ Desde a formulação do programa da norma não há, portanto, uma simples interpretação do texto pelo julgador, mas uma espécie de “seleção dos textos normativos relevantes”, à medida que se analisa o arcabouço fático e o alinha com o ordenamento jurídico a fim de constituir o programa normativo e poder se passar para à análise do *âmbito da norma*. Aqui, poderia-se, inclusive, falar na averiguação pelo magistrado da existencia de presunções legais aplicáveis ao caso.

Logo, desde já, poderia-se até aqui afirmar que: o operador parte de conhecimentos técnicos e encaminha o relato do caso até o âmbito do caso. Todavia, para chegar ao âmbito do caso, ele necessita da ajuda dos dados linguísticos para elaborar o programa da norma de determinado *caso concreto*. Em sequência, o operador do direito *escolhe/peneira* os textos de normas válidos e relevantes que, após a devida interpretação, consubstanciarão o *programa da norma*.

Doravante, no âmbito da norma, estarão os dados empíricos, isto é, os elementos do âmbito do caso que foram por sua vez selecionados pelo programa da norma, onde já não podem mais ser desconsiderados, nem aleatoriamente escolhidos – isso já teria sido feito no programa da norma (*Normprogramm*) - seria o 9º critério da TED, conforme a narrativa da Tese de João Maurício Adeodato. Aqui, quanto aos dados empíricos, poderia-se falar no ato de cognição judicial relativo as alegações de direitos urgentes ou evidentes (cognição sumária), e o consequente preenchimento dos requisitos autorizativos de cada modalidade de tutela diferenciada.

Nesse viés, ter-se-ia o âmbito normativo expressando os *dados da realidade* que figuram como fatores elementares na constituição da norma, mas sem fazer uma aglutinação dos próprios fatos, vez que na fase anterior já se teria realizado a sua necessária “filtragem”. Por essa razão, tem-se que o âmbito normativo deverá se conformar com o programa da norma, pois é ele que estabelece os limites semânticos dentro do processo de concretização num Estado Democrático de Direito.

Ademais, diga-se que

O âmbito da norma não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos. Ele é parte integrante material da própria prescrição jurídica. Da totalidade dos dados afetados por uma prescrição, do ‘âmbito material’, o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa. O âmbito da norma é

²¹⁹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 120.

um fator co-constitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão via de regra conformados de modo ao menos parcialmente jurídico. Em virtude da conformação jurídica do âmbito da norma e em virtude da sua seleção pela perspectiva do programa da norma o âmbito da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica.²²⁰

É importante esclarecer que os *âmbitos das normas* poderão advir ou não do ordenamento jurídico.²²¹ Nesses, a título de exemplo, estariam as prescrições referentes a prazos, datas, regras processuais e institucionais. Portanto, no que cabe às tutelas provisória, poderia-se ter a elucidação acerca da base legal para a concessão da medida pleiteada, ou mesmo, as bases para a aplicação da fungibilidade.

Logo, o desvelar de sentidos será feito em *consonância com o texto*, que, somente naquele *caso concreto*, naquele *instante e momento*, poderão ser compreendidos. A questão do *instante e momento*, do próprio *tempo*, mostra-se de suma relevância na concessão de liminares, permitindo assim corroborar com a adequação das formas processuais à realização de direitos em tempo razoável.

Para Müller, *teoria é práxis*, e é a partir dessa constatação que a TED faz uso de recursos incisivos para a construção da norma jurídica, a fim de que *na prática o direito se mostre inequivocamente concreto*. Assim, possibilita-se que a norma se revele estruturante e estruturada, onde tanto *a realidade* quando *a estrutura da normatividade* devem ser tratadas de forma hermeneuticamente diferenciadas a cada caso concreto. Diga-se: às suas peculiaridades.

²²⁰ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 44.

²²¹ Nesse sentido, destaca o autor: “O âmbito da norma pode ter sido gerado (prescrições referentes a prazos, datas, prescrições de forma, regras institucionais e processuais etc.) ou não-gerado pelo direito. Na maioria dos casos valem as duas coisas: o âmbito da norma apresenta tanto componentes gerados quanto componentes não-gerados pelo direito”. Ibid., p. 42.

3.3 Teoria Estruturante do Direito e a Práxis Brasileira: a criação do direito a partir do caso concreto

Ao jurista brasileiro, portanto, cabe a resposta da pergunta já formulada por Friedrich Müller: “Por que o Brasil não deveria se manifestar como um laboratório do porvir também na sua ciência do direito?”²²²

Dificuldades intrinsicamente ligadas a efetividade se posicionam diante do pano de fundo da tradição latino-americana das constituições nominais ou puramente simbólicas. Nesse sentido, o autor relembra que “Os constitucionalistas brasileiros contemporâneos, engajados pela democracia e pelo Estado de Direito, lutam admiravelmente contra este desprezo tradicional da validade de uma constituição”, ou seja, lutam para que seja levada a sério, e nessa luta poderia-se encontrar na TED “um apoio claro e inequívoco”.²²³

Ademais, sendo o Brasil, graças a Constituição de 1988, um Estado Democrático de Direito, os efeitos da TED não se considerariam algo fora de lugar, pois “[...] o lugar ao qual ela pertence é precisamente essa forma de Estado Democrático de Direito fundado nos direitos fundamentais das pessoas. Para um país como o Brasil, que vem lutando sempre contra alguns demônios do passado” e também para a própria realização do paradigma instituído de Estado Democrático, “[...] uma tal *transferência de teoria* parece, no entanto, muito judiciosa e útil – sobretudo porque se trata, no caso da TED, de uma teoria da práxis que não somente tem as bases da teoria da ação, mas também tem os fundamentos necessários de ordem ética”.²²⁴

Nesse viés, pode-se dizer que traça alternativas e perspectivas para enfrentar um dos principais problemas que o direito processual civil contemporâneo enfrenta: o de garantir a duração razoável do processo, que é direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição. Ainda, aliando questões éticas, permite uma (re)análise do papel atribuído ao jurista, denunciando o “escapismo”.²²⁵

²²² LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 25, n. 51, p. 13, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15169/13795>>. Acesso em: 26 set. 2017.

²²³ Ibid., p. 14.

²²⁴ Ibid., p. 30.

²²⁵ Nesse sentido, Müller assevera: “O jurista que não identifica a justiça com o que é simplesmente dado avaliará o direito desigual como direito injusto. Se ele procurar atingir com seu trabalho a justiça, deverá procurar dar o que é de direito aos que não carecem de ajuda e, aos que dela carecem, o que lhes falta. No ordenamento jurídico, seu campo de trabalho, tal postura se revela idealista. Se ele der aos primeiros o que é de direito, dará mais do que os destinatários poderão necessitar. Se quiser dar uma ajuda que é necessária, transcenderá o direito vigente. No momento em que ele compreender

É certo que a TED foi concebida no Brasil através do Curso de direito constitucional do professor Paulo Bonavides,²²⁶ que erroneamente tratou-a como uma teoria com base no pensamento tópico. Nesse especial, a crítica do próprio Friedrich Müller:

Não estou de acordo com Paulo Bonavides quando ele afirma possuir minha posição uma 'inspiração tópica'. Evidentemente estou mais próximo da tópica que do positivismo. Porém, apesar disso, não concordo com o pensamento tópico. [...]

Nos *elementos de concretização*, que eu elaborei minha *Metódica jurídica*, há uma hierarquia dos argumentos, segundo sua proximidade aos textos de norma democraticamente criados. A tópica permanece demasiada vaga, demasiada arbitrária. Ela não foi concebida para uma reflexão sistemática e política de um Estado moderno do tipo 'Estado de direito' e 'democracia'.²²⁷

Diga-se aqui, que a TED busca afastar-se de juízos arbitrários, até mesmo porque fora desenvolvida para um modelo de Estado Democrático de Direito. Tanto por isso que também fora recepcionada por outros juristas, estando dentre eles, por exemplo, Gilmar Mendes. O autor, ao aduzir que “O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto”,²²⁸ utiliza-se claramente dos conceitos da TED. No mesmo sentido, as proposições de Nelson Nery, ao dizer que “[...] nem se trata de confundir texto e norma, porque, ainda que esta não se confunda com aquele (teor literal), ainda assim deverá, de qualquer modo, ser compatível com o texto da norma”.²²⁹

De suma importância enfatizar também que a proposta de Friedrich Müller não esbarra no âmbito de aplicação do direito constitucional, sendo plenamente aceita em outras áreas do direito – em especial, aqui, a do Direito Processual Civil. Diga-se que isso é facilmente perceptível a partir da análise das obras do autor e também da sua afirmação acerca da premissa de que quando o jurista “[...] precisa solucionar um caso do direito

isso, poderá deixar de ser jurista; ou de ater-se ao direito, como jurista; ou de procurar atingir a justiça; ou ainda de conceber a justiça em outros termos que não sejam os do que é simplesmente dado; ou poderá, ainda, procurar uma ordem social na qual o ordenamento jurídico não é parte essencial. Ou ele poderá recolher as suas bandeiras de combate. *Cultiver son jardin juridique*. Está por ser redefinido o conceito de escapismo”. MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante da constituição e da política do direito. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 174-175.

²²⁶ Ibid., p. 271.

²²⁷ Ibid., p. 272.

²²⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 134.

²²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 187, p. 193-200, 2010.

constitucional, parte, *bem como em outras áreas do direito*, das circunstâncias de fato, i.e., do tipo legal, que ele formula profissionalmente”.²³⁰ Isso mostra-se relevante para combater as problemáticas (ainda) atuais, uma vez que no estado da arte que o Direito se encontra, onde além da busca por celeridade, se mostra presente uma aleatoriedade de sentidos como uma determinação entificante, subsiste uma crença equivocada na possibilidade de se descobrir a vontade da lei ou do legislador.

O fato de se assumir, dentro de um paradigma positivista, categoricamente uma ou outra posição (subjetivista/objetivista), buscando moderar a radicalização de seus efeitos ao assumir a possibilidade de uma discricionariedade “forte ou fraca”²³¹ (o que se mostra fortemente no âmbito das tutelas provisórias), não permite a confirmação de que, a cada nova decisão, hão de (re)surgir (novos) sentidos. O processo de interpretar não se esgota a partir da afirmação de superamos o positivismo exegético, ou mesmo que “superamos Kelsen”. Os sentidos jurídicos, a concretização e/ou interpretação/aplicação sempre exigirão uma (nova) análise do *caso concreto*, e é essa a responsabilidade jurídica-política²³² daqueles que operam com o Direito.

Nesse sentido, o trabalho jurídico está “ligado” as normas estabelecidas (textos normativos), devendo se legitimar regularmente perante elas, as quais foram politicamente determinadas e implementadas. Assim, “ciência e prática do direito

²³⁰ MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante da constituição e da política do direito. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 150-151.

²³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 51. Diga-se, nesse especial, que adota-se o posicionamento de Darci Guimarães Ribeiro quanto à discricionariedade judicial, deixando de diferenciá-la em *forte* ou *fraca*, tomando como referência aquilo que Karl Engisch define como *poder discricionário*: “O autêntico *poder discricionário* é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o processo justo (correcto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada a decidir em concreto, porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu *próprio ponto de vista*”. ENGISH *apud* RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 67.

²³² Quanto à responsabilidade jurídico política, assevera Müller: “O estado do dever-ser, o estado fático de uma metódica jurídica conforme ao Estado de Direito, bem como o respectivo grau de (não) convergência entre ambas essas dimensões, [...] têm importância diretamente política. Para além dos conhecidos preceitos do Estado de Direito metodicamente relacionados, isso pode ser expressado de forma normativa no direito fundamental à igualdade de aplicação do direito. Dito mais precisamente: trata-se de um preceito constitucional para concretização igualitária, metodicamente correta e honesta em todas áreas do trabalho jurídico; portanto, também nas funções primariamente geradoras do direito, que foram perspectivadas muito pouco ainda devido à atenção convencional do saber jurídico à administração pública em com grande ênfase, ao judiciário. Desse “direito fundamental à igualdade de método”, que merece ser discutido mais de perto, devem ser tiradas, eventualmente, conclusões jurídico-materiais, processuais e jurídico-políticas”. MÜLLER, Friedrich. **Metódica jurídica e sistema político**: elementos de teoria constitucional II. Traduzido por Michael Kosubek. 1. ed. Joinville: Bildung, 2014. p. 163.

situam-se em uma posição dependente e de auxílio mútuo”, já que “o fundamento do trabalho jurídico está politicamente à disposição”.²³³

A respeito do trabalho jurídico, cabe dizer ainda que incidem “[...] decisões políticas em forma de normas metodicamente referidas (postulados do Estado de Direito, de direito processual). Além do mais, ‘política jurídica’ é *política* [...]”.²³⁴ Através disso, pode-se demonstrar que, quando da análise de âmbitos normativos, tem o juiz o ônus de proceder de maneira igualitária, tanto em intenção *concretizante* quanto em intenção *jurídico-política*.²³⁵ Até mesmo porque, partindo da premissa de que o Estado Democrático de Direito engendra-se nas Constituições, só se pode afirmar que há um paradigma realmente democrático a partir da análise do modelo de processo que ele possui.

El sistema procesal debe ser reflejo del modelo de Estado de Derecho democrático, o dicho en otras palabras, una de las formas posibles para conocer si un Estado es democrático es examinando el modelo procesal que posee. Es necesario, por tanto, que el modelo procesal incluya la exigencia y la obligación de motivación y fundamentación de las sentencias judiciales. Este aspecto debe estar regulado y contenido en la ley como una exigencia democrática, y no debe dejarse al arbitrio de los jueces la realización o no de la motivación de una sentencia. El constitucionalismo moderno incluye normas que exigen al poder judicial la motivación y la fundamentación de las resoluciones judiciales. No como un derecho de los jueces, de querer o no querer ejercerlo, sino, como un derecho de los ciudadanos y una obligación judicial.²³⁶

3.3.1 A Presença da Pré-Compreensão Dentre os Elementos Clássicos da Interpretação: um fator metodologicamente diferenciador

Desde já, do ponto de vista metódico, depreende-se que a TED revela-se importante auxiliar da decisão fundamentada, diretamente vinculada à norma, sem

²³³ MÜLLER, Friedrich. **Metódica jurídica e sistema político**: elementos de teoria constitucional II. Traduzido por Michael Kosubek. 1. ed. Joinville: Bildung, 2014. p. 31.

²³⁴ Ibid., p. 31.

²³⁵ A acepção jurídico-política é aquela dada por Passos, para quem: “Direito impotente para efetivar decisões de conflitos de interesses é impensável. Solução de conflitos sem impositividade do que for decidido será atividade desenvolvida para nada. Conseqüentemente, toda decisão de conflito é um ato de poder e de poder político. Disto resulta a conseqüência inocultável de que o magistrado, aquele a quem se defere o poder de decidir os micro-conflitos de interesses socialmente configurados é, como o legislador e o administrador, um agente de poder político institucionalizado”. PASSOS, José Joaquim Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 70.

²³⁶ BENÍTEZ GIRALT, Rafael. **El papel del juez en la democracia**: un acercamiento teórico. 1. ed. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. p. 80. Disponível em: <<http://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/publicaciones/papeldejuezenla-democracia.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

impedir que os princípios no sentido da tópica entre em jogo, tanto na concretização geradora da norma quanto na integração da pré-compreensão,²³⁷ estando assim apta a melhor racionalização daquilo que preceitua o art. 298 do CPC/15.

Quanto à pré-compreensão, cabe enaltecer que surge como um fator metodologicamente diferenciador, na medida que passa a pertencer ao enfoque indagativo pelo qual a interpretação é guiada. Entretanto, não significa dizer que passa a ser introduzida de forma racionalizada e controlável no nexos da fundamentação jurídica, pois do contrário poderia-se incorrer em erros sem responsabilização. Logo, no primeiro e segundo critério da TED – conforme destacado no ponto acerca dos 11 passos da estruturação-, reconhece-se que a decisão estará constrangida pelos “dados reais” (*Realdaten*), ou seja, pelos impedimentos e percepções do ambiente comum. Igualmente, encontram-se aí presentes os “dados linguístico” (*Sprachdaten*), que também fazem parte da pré-compreensão dos participantes –aqui, encontrar-se-ão as alegações acerca da existência do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”, por exemplo.

Desse modo, a TED busca alçar na ciência jurídica o máximo de especificidade possível,²³⁸ no que concerne a necessidade de o operador utilizar da metódica para esmiuçar as particularidades do caso (permitindo motivar seu convencimento de modo claro e preciso consoante preceito do art. 298, CPC/15), pois para ele, consoante já asseverado, a norma só “é” no seu caso.

A pré-compreensão se manifesta em princípio como a relação vital do sujeito compreendente com a coisa a ser compreendida, sem a qual a possibilidade da compreensão sequer poderia ser fundamentada. A interpretação no caso individual não coincide com a auto-interpretação do homem e a sua interpretação de mundo, mas não pode ser descolada delas, ao menos nas ciências humanas.²³⁹

Assim, a concretização do direito, impossível fora da linguagem, se mostra co-caracterizada por esse horizonte universal, pré-jurídico da compreensão. “Prejuízos [*Vor-Urteile*] nesse sentido, a opinião prévia [*Vormeinung*] geral do uso da linguagem, bem como pré-compreensões conteduísticas devem ser vistas na sua função produtiva

²³⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 81.

²³⁸ Entendida aqui não de uma maneira ingênua: “Uma ciência jurídica sem valoração e decisão não seria nem prática nem real. A exigência de objetividade não diz respeito à eliminação, mas à revelação de valorações necessárias”. Ibid., p. 91.

²³⁹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

como pressuposto e condição da compreensão”.²⁴⁰ Diga-se que, aqui, o conceito de círculo hermenêutico adquire uma fundamentação que transcende a relação do sujeito-objeto entre o intérprete e o texto, pois a pré-compreensão deixa de ser “gratuita”, pois “A tarefa metodológica que ela formula, transforma-se por si mesma no enfoque indagativo material, do qual ela já é co-determinada preliminarmente”.²⁴¹

Porém, essa tarefa esbarra em dificuldades, as quais surgem quando os preconceitos produtivos, que ensejam materialmente a compreensão, merecem ser separados dos que impedem a compreensão correta, a própria concretização conforme a norma.

A separação tem que se dar na própria compreensão. Daí que, deve haver uma racionalização dos preconceitos, tanto os produtivos como os destrutivos. Impõe-se que sejam introduzidos de forma “[...] racionalizada e controlável no nexa da fundamentação jurídica, sob pena de permanecerem fontes de erros sem responsabilização, posto que irracionais; com isso não se daria nenhum passo além do positivismo, que os ignorou ou silenciou”.²⁴²

Diante disso, pode-se então dizer que a metodologia da TED se mostra de grande valia às decisões que concedem tutelas provisórias no direito brasileiro, já que estão calcadas no objetivo principal de evitar que “[...] o tempo comprometa a frutuosidade da decisão final, decorrente de uma tutela intempestiva ou incapaz de viabilizar, no plano do direito processual, a tutela pretendida pelo direito material”,²⁴³ onde há juízos de probabilidade. Nesse especial, o julgador poderia, fazendo uso dos elementos do programa normativo – onde se encontra o *elemento gramatical* – fazer a mediação entre o texto normativo (ponto de partida do sujeito concretizador) e os elementos do caso (realidade). Poderia-se dizer, ainda aqui, que a pré-compreensão se

²⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

²⁴¹ Ibid., p. 80.

²⁴² Ibid., p. 81.

²⁴³ RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º, do art. 273, do CPC. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 131, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/1a034d61d6fd822fd04ac3ebcbd9b5_bd.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. No mesmo sentido, já aduziu Nicolò Trocker: “a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição”. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 276-277.

aproxima das já mencionadas *presunções judiciais* (já reconhecidamente utilizadas nessas tutelas), onde

[...] o legislador não quis legalmente presumir o fato desconhecido, deixando, em especial, ao juiz fazer o *raciocínio necessário*, a fim de chegar à descoberta do fato desconhecido, utilizando, para tanto, a *experiência comum* ou técnica, a fim de obter o *convencimento necessário*, vale dizer, o juiz irá se apoiar em uma *regra de experiência*, comum ou técnica, como fato conhecido para descobrir outro fato que lhe é desconhecido.²⁴⁴

Isso é importante para afirmar-se que, na atual perspectiva, seja a partir de dados conferidos, seja na necessidade de descoberta do fato desconhecido, certo é que para se chegar ao “convencimento necessário” não se pode conceber um juiz/sujeito concretizante eminentemente subjugado aos termos literais do texto normativo. O *elemento gramatical* não deve guardar consonância apenas com a formulação linguística abstratamente considerada, já que não é a precisão ou a imprecisão em termos léxicos que demonstra a “clareza” ou a “obscuridade” de uma prescrição jurídica, mas a referência ao âmbito material ou ao âmbito do caso.

Ademais, nesse especial, diga-se também que a teoria intermediária da interpretação de Guastini,²⁴⁵ que parte do dualismo entre textos claros e obscuros para permitir o trabalho das dicotomias objetividade-subjetividade e descrição-criação, não se sustentaria na teoria de Friedrich Müller.

No mesmo sentido, também não se enquadraria na visão mülleriana a distinção presente em Philipp Heck,²⁴⁶ entre núcleo e auréola do comando normativo, ou mesmo

²⁴⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. A sistematização das presunções no novo código de processo civil. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2016. p. 36.

²⁴⁵ A Teoria intermediária da interpretação, nas palavras de Riccardo Guastini, “sostiene que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y, a veces, una actividad de decision discrecional. Esta teoría subraya la irreducible ‘textura abierta’ (es decir, la vaguedad, la indeterminación) de casi todos los textos normativos, que son habitualmente formulados en lenguaje natural por medio de terminus clasificatorios generales. De la misma manera en que puede ser complicado establecer si un sujeto es o no ‘calvo’ o ‘joven’[...], también puede ser difícil establecer si una determinada controversia o no bajo el dominio de una cierta norma. En el seno del significado de todo texto normativo puede distinguir-se un ‘núcleo esencial’ luminoso y, en torno suyo, una indefinida ‘zona de penumbra’”. GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. Trad. Por Marina Gascon e Miguel Carbonell. 5. ed. México: Editorial Porrúa, 2003. p. 16. Para um estudo mais aprofundado da Teoria de Guastini, consultar GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

²⁴⁶ É de Philip Heck a paradigmática imagem da lâmpada de leitura, em que entre o foco de luz e a escuridão há uma zona cinzenta, ou seja, trata-se de uma metáfora do núcleo e do halo conceitual de um conceito jurídico indeterminado. Quanto à essa imagem, Karl Engisch assim elucida: “Com Philipp Heck, podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um *núcleo* conceitual e um

ainda os pressupostos de Hart, sobre a ideia de zona de penumbra.²⁴⁷ Na TED, o elemento gramatical²⁴⁸ não diz respeito somente ao texto da norma, mas a própria norma, razão pela qual é dependente dela.

[...] a interpretação gramatical evidencia depender da estrutura da norma. Isso não se deve ao fato da norma estar substancialmente presente no texto da norma. Os teores materiais jurídicos não estão ‘contidos’ nos elementos lingüísticos dos enunciados jurídicos. Conceitos jurídicos não coisificam enunciados. O conceito jurídico dogmático só tem valor de signo. Além disso o aspecto gramatical (só aparentemente unívoco) freqüentemente obriga a decidir-se por um entre vários modos de utilização dos conceitos usados, entre significados na linguagem cotidiana e na linguagem jurídica e em parte também entre diferentes significados jurídicos. Isso somente é possível porque também o ‘método’ gramatical não diz respeito ao texto da norma, mas à norma. Já aqui o possível sentido da norma deve ser interpretado por antecipação, o que implica o abandono da esfera da interpretação literal de cunho filológico.²⁴⁹

Sendo assim, os “[...] conteúdos da pré-compreensão a serem distinguidos de acordo com o programa normativo, o âmbito normativo e a estrutura do caso aumentam o número de pontos de vista que necessitam de fundamentação”, possibilitando, assim, que 1) se possa nomear de maneira mais clara os conteúdos que tradicionalmente permaneceriam tacitamente sob o pretexto da metódica puramente jurídica, e ii) que se indique quais as “[...] razões da solução do caso foram desenvolvidas de modo racional [...] e quais foram obtidas a partir da avaliação mais imprecisa”.²⁵⁰

halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 208.

²⁴⁷ A tese de Hart sobre a zona da penumbra sustenta a existência de vagueza e ambiguidade da norma. Para aprofundar o estudo, ver HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. De A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, especialmente p. 137-168.

²⁴⁸ Diga-se que o autor não se utiliza unicamente do elemento gramatical na sua metódica. Afirma que fazem parte desses “elementos “metodológicos” no sentido mais estrito: as interpretações gramatical, genética, histórica e sistemática; outrossim, as figuras específicas da interpretação, características do Direito Constitucional; e também a argumentação “teleológica”, que no entanto suscita problemas. Em sentido mais amplo fazem parte dos dados lingüísticos os elementos dogmáticos, os referentes à técnica de solução, os referentes à política constitucional e os elementos teóricos. Em perspectiva sistemática, opõem-se a todos eles os já mencionados elementos do âmbito da norma.” MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 134.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 63.

²⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 267.

Tais premissas, tendo em vista que a escolha do agir torna imprescindível a *justificação* do juiz, possibilitaria identificar com maior racionalidade aquelas decisões tidas por arbitrárias, principalmente em sede de tutelas provisórias, onde se denuncia uma “abertura”²⁵¹ de critérios racionais e se evidencia a discricionariedade judicial.

3.3.2 A Realização/Concretização do Direito: desvelando a separação entre Lex e Jus

Neste exato ponto, pode-se afirmar que na TED a atividade do cientista do Direito/do jurista passa a obedecer a estrutura da concretização, aproximando hermeneuticamente a ciência jurídica²⁵² da atividade do julgador, onde o resultado passa a ser o grande ponto diferenciador: é encontrado a partir do próprio processo de concretização. São introduzidos os seguintes elementos no “jogo”:²⁵³ a) metodológicos ‘*strictiore sensu*’ (interpretações gramaticais, históricas, genéticas, sistemáticas e “teleológicas”, bem como princípios isolados da interpretação da Constituição); b) elementos do âmbito da norma; c) elementos dogmáticos; d) elementos de teoria; e) elementos de técnica de solução e f) elementos de política do direito e política constitucional.²⁵⁴

Nesse viés, na Teoria (e Metódica) Estruturante do Direito de Friedrich Müller os

²⁵¹ Essa “abertura” diz respeito ao critério subjetivo, que segundo Darci Guimarães Ribeiro: “O critério subjetivo é o que mais nos preocupa, na medida em que o processo é cada mais dialético, adotando-se, *v.g.*, o comportamento processual das partes como meio de prova, os suportes informáticos, e salvo melhor juízo, o que tem mais importância para o *staff jurídico*, posto que o cerne da prestação jurisdicional se traduz numa sentença justa prolatada por um juiz? A convicção (critério subjetivo) ou os meios utilizados para formá-la (critério objetivo). Como se sabe, o juiz, para sentenciar, deve eliminar, o máximo possível, as dúvidas acerca dos fatos alegados e provados pelas partes, isto é, ele deve possuir o máximo de certeza sobre as assertivas apresentadas em juízo, para só então julgar.” RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 66.

²⁵² Descata-se que para Friedrich Müller “a ciência jurídica deve ser definida como ciência social normativa”. *Ibid.*, p. 93.

²⁵³ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 105-106.

²⁵⁴ Sobre os elementos de política constitucional, aduz Friedrich Müller: “O estilo de raciocínio da política constitucional refere-se à ponderação das conseqüências, à consideração valorativa de conteúdos. Em contrapartida, tal *raisonnement* não consegue indicar pormenores de modos de trabalho metódicos. Elementos de política constitucional fornecem valiosos pontos de vista de conteúdo à compreensão e implementação prática de normas constitucionais. Mas os aspectos por eles aduzidos só podem ser introduzidos para fins de comparação, delimitação e clarificação, não podem ser introduzidos como premissas por assim dizer normativas. Nesse sentido, todo e qualquer ato de normatização cortou, no âmbito da ordem vinculativamente normatizada e com a reserva de uma alteração da constituição, outras discussões de política constitucional. O trabalho do direito constitucional está embebido em pontos de vista de política constitucional. Mas com isso nem o caráter vinculante do direito constitucional, lá onde ocorreu uma pré-decisão normativa, nem a racionalidade e objetividade exigidas pelo Estado de Direito, até onde ela é em princípio possível na ciência jurídica, devem ser questionados”. *Ibid.*, p. 90.

juízes “criam” as normas para os casos concretos, isto é, o resultado da “criação”²⁵⁵ é a própria “norma de decisão”.

Para a análise desse *trabalho jurídico*, pode-se partir do questionamento “Se, por exemplo, a *função decisória do litígio* se apresenta como a função do ‘juiz real’, que recorre à sua sabedoria individual”, ou se esta “se apresenta na ‘imagem profissional’ de trabalhadores jurídicos especializados, burocráticos e investidos da condição de funcionários públicos”?²⁵⁶ Destaca-se que a resposta para esses questionamentos não está determinada apenas em razão do momento fático do caso. Pelo contrário! Se torna importante analisar que esta é “[...] uma questão – cientificamente analisável – relativa ao contexto social de funções, estruturas e modos de trabalho”, pois o “*Trabalho jurídico* designa a atividade metódica de profissionais; nem de adeptos do jogo das contas de vidro [...], nem de honoráveis do tipo dos que caracterizaram uma parte decisiva do direito romano”.²⁵⁷

A partir disso, diga-se que a concretização não induz a uma reconstrução. A concretização de uma norma significa a construção de uma norma jurídica, de onde se extrai a norma-decisão/decisória.²⁵⁸ Assim, a concretização com vista a produção da norma/criação do direito se manifesta através da função judicial, pois é nela que “[...] a hierarquia dos interesses em sociedade serve de diretriz ao juiz em sua tarefa de aplicar os valores que anteriormente essa sociedade estabeleceu como sendo essenciais”, balizando o “[...] que é socialmente justo para *criar o direito* no caso concreto”.²⁵⁹

Portanto, tem-se que na Teoria Estruturante do Direito não são as normas, nem

²⁵⁵ A respeito da criação de normas pelos juristas, ainda que a partir de um posicionamento teórico diferenciado, aduz Guastini: “Quando os juristas não se limitam a descrever a ‘moldura’ das muitas interpretações oferecidas por uma norma, mas propõem (aos órgãos incumbidos da aplicação) ‘uma’ interpretação da norma, de preferência às outras igualmente possíveis, não produzem ciência jurídica: produzem política do direito. O seu discurso não pode ser qualificado como um discurso descritivo, científico. Interpretando enunciados legislativos, os juristas não descrevem normas preexistentes, mas num certo sentido ‘criam’ normas. Se empregamos ‘norma’ para nos referir ao conteúdo de sentido dos enunciados legislativos, não existem absolutamente normas antes da interpretação e independentemente desta”. GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 96-97.

²⁵⁶ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 203.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 203.

²⁵⁸ Na tradução em francês da passagem original: “La concrétisation n’est donc pas une re-construction. La concrétisation d’une norme signifie la construction de une norme juridique, de laquelle il reste encore à dériver la norme-décision.” MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 229.

²⁵⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34.

os seus textos, muito menos as vantagens das instruções metodológicas que resolvem uma questão do direito, são os juristas.

Ce sont les juristes, en tant qu'il agissent, qui, suivant le fil directeur des textes de normes et les limites qu'ils imposent dans un Etat de droit, décident, justifient, communiquent et, le cas échéant, engagent l'exécution concrète de la norme-décision.²⁶⁰

O “[...] travailleur du droit, *qui produit la norme*, guidé par les méthodes, résoud l'espèce au moyen d'une norme-décision qui doit découler de la norme juridique”, isto é, pode-se dizer que, ainda que o ponto de partida e o limite do “[...] criador do direito/jurista” seja o texto da norma/ordenamento jurídico em vigor,²⁶¹ guiado por métodos, ele resolve o caso concreto por meio da norma-decisão, que decorre de uma norma jurídica. Cria-se o *direito*²⁶² para o caso concreto.²⁶³

Ademais, destaca-se que essa concepção da *elaboração da norma jurídica* na TED, a partir do texto da norma e das circunstâncias do caso, não é tida como arbitrária ao olhar do Direito. O jurista estará “ligado” pela norma elaborada por ele no caso concreto: a norma-decisão *deve* ser retirada dessa norma. Essa submissão do

²⁶⁰ “São os juristas, na medida em que agem, que, seguindo o fio diretor dos textos das normas e os limites que eles impõem em um Estado de direito, decidem, justificam, comunicam e, se necessário, realizam a execução concreta da norma-decisão”. (Tradução nossa). Diga-se, aqui, que o resultado/reflexão do processo de concretização é a norma decisória, pois a concretização de uma norma significa a construção de uma norma jurídica, e é dela que é extraída a norma decisória.

²⁶¹ Nesse viés, a criação do direito através do processo de concretização não restaria ilimitado. Aduz Friedrich Müller que “il est tracé *une limite à la formation du droit par concrétisation*: le texte fixe les limites extrêmes ds variantes de sens fonctionnellement (législation – jurisprudence – administration) admissibles”. (MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 352). Segue tradução nossa: “existe um limite para a formação do direito por meio da concretização: o texto define os limites extremos das variáveis de significado funcionalmente (legislação - jurisprudência - administração) admissíveis”.

²⁶² Nesse especial, importante trazer a diferença ente lei (*lex*) e direito (*ius*), conforme lições de Paolo Grossi: “Sobresale el protagonismo de la ley, ya no entendida en la vaga acepción de la *lex* de santo Tomás inclinada a esfumarse en el *ius*, sino con el significado estrechísimo de la *loy*, ley en sentido moderno, colición autoritaria del titular de la nueva soberanía y caracterizada por los atributos de la generalidade y de la rigidez. [...] Existe mucha diferencia entre derecho y ley, el primero registra fielmente la equidade; la ley, por el contrario, es sólo mandato de un soberano que ejercita su poder. [...] El drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua, como decíamos al principio”. GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Trotta, 2003. p. 32-36.

²⁶³ Afirma Friedrich Müller que “cette notion vise le processus décisionnel au cours duquel une norme juridique générale est formulée à l'occasion de la résolution d'un cas concret et mise en relation avec un texte de norme grâce aux techniques méthodiques d'imputation. La norme juridique *ne* découle *pas* <du> texte de norme; *mais* la norme juridique est mesurée à l'aune du texte de norme et doit lui résister”. (MÜLLER, op. cit., p. 352). Segue a tradução da autora: “esta noção refere-se ao processo de tomada de decisão no qual uma norma jurídica geral é formulada por ocasião da resolução de um caso concreto e implementada em relação a um texto de norma graças às técnicas metódicas de imputação. A norma jurídica *não* decorre <do> texto da norma; mas a norma jurídica é medida pelo texto padrão e deve resistir a ele.”

jurista a uma instância normativa que ele entende como justa de constituir não é um paradoxo, mas uma descrição realista, desvinculada das ilusões tradicionais e das deformações conceituais que dela decorrem, uma descrição do que normalmente segue seu curso a ocasião de um ato de decisão sujeito ao direito.²⁶⁴

Contudo, partindo dessa concepção, não se pode negar que ao trabalho do jurista, que contempla todos os elementos da concretização de normas (onde há a intenção concretizante), afere-se também uma intenção jurídico-política,²⁶⁵ conforme já elucidado. E, por essa razão, é incontestável dizer que na TED “A jurisdição não trata de uma ‘decisão de conflito’ ao léu, sem bases. Ela está acorrentada à política dominante pela sua vinculação a conteúdos do debate político, formalizados, por sua vez, em um modo normativo”, bem como sujeita-se “[...] às vinculações formais e informais [...] e, nesses parâmetros, exerce poder”.²⁶⁶

O viés político não pode ser ignorado e se mostra plenamente presente da TED. De fato, a atividade judicial está a ele diretamente ligada, pois “[...] la independencia del juez sólo puede asumir su pleno significado en las democracias que se apoyan en el principio de las división de poderes”.²⁶⁷ Nelas que se tem no *processo* o meio adequado para realizar “[...] a participação efetiva da população frente as problemáticas individuais e sociais que venham a se por [...]”,²⁶⁸ dando-se a solução para o caso em espécie.

²⁶⁴ Nesse sentido, a tradução em francês da passagem original: “L’élaboration de la norme juridique à partir du texte de norme et des circonstances de l’espèce n’est pas arbitraire au regard du droit. Le jurist est lié par la norme élaborée par lui dans le cas concret: la norme-décision *doit* être tirée de cette norme. Cette soumission du jurist à une instance normative qui’il vient tout juste de constituer n’est pas un paradoxe, mais une description réaliste, débarassée des illusions traditionnelles et des déformations conceptuelles qui en découlent, une description de ce qui suit normalement sont cours à l’occasion d’une acte de décision soumis au droit”. Ibid., p. 229.

²⁶⁵ Conforme já asseverou Darci Guimarães Ribeiro: “Não há como discutir o vies jurídico sem a presença do político. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95. No mesmo sentido, Passos, para quem “Direito impotente para efetivar decisões de conflitos de interesses é impensável. Solução de conflitos sem impositividade do que for decududo será atividade desenvolvida para nada. Consequentemente, toda decisão de conflito é um ato de poder e de poder político. Disso resulta a consequência inocultável de que o magistrado, aquele a quem se defere o poder de decidir os mucro-conflitos de interesses socialmente configurados é, como o legislador e o administrador, um agente de poder político institucionalizado”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 70.

²⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. **Metódica jurídica e sistema político**: elementos de teoria constitucional II. Traduzido por Michael Kosubek. 1. ed. Joinville: Bildung, 2014. p. 112-3.

²⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 87.

²⁶⁸ THAMAY, Rennan Faria. A democracia efetivada através do processo civil. **Lex Humana**, Petrópolis, RJ, v. 3, n. 2, p. 86, 2011.

Portanto, somente nesse parâmetro de Estado é possível a aplicação da TED e a consequente análise do processo e da sua norma decisória como meio apto a efetivação/realização/criação do direito,²⁶⁹ onde o processo se desprenderia da sua condição de meio para realização de direitos já formulados, transformando-se em verdadeiro instrumento de formulação e realização dos direitos.²⁷⁰

Evidentemente, mostra-se então “iniludível que o ente estatal se tipifica, hodiernamente não só pelo adjetivo (Estado) de direito, como também pelo seu viés democrático”.²⁷¹ Esse paradigma “[...] se coloca como meio de realização da democracia”, pois passa a garantir direitos, “[...] efetivar justiça e realizar a função social de vários institutos de direito material que foram construídos visando a melhor condição de vida dos cidadãos”.²⁷²

Dessa maneira, deve o Estado propiciar que a cidadania, elemento essencial da democracia, seja exercida em sua mais ampla plenitude. Contudo, cabe ao próprio cidadão ativo pressionar as instituições para concretizar seus interesses.

²⁶⁹ Destaca-se, desde já, que quanto a criação do direito, Ronald Dworkin assevera uma diferenciação quanto a um sentido trivial e quanto a um sentido geral: “Num sentido trivial, é inquestionável que os juízes ‘criam novo direito’ toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição – por exemplo, de que a segregação é inconstitucional, ou que os operários não podem obter indenização em juízo por danos provocados por companheiros de trabalho – nunca antes oficialmente declarados. Em geral, porém, apresentam essas ‘novas’ formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido. [...] Portanto, o debate público sobre a questão se os juízes ‘descobrem’ ou ‘inventam’ o direito constitui, na verdade, um debate *se e quando* essa ambiciosa pretensão é verdadeira”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 9. Portanto, tem-se que para Dworkin, o juiz cria uma nova norma/regra quando for necessário *preencher lacunas* onde o *direito silencie*, tonando-o mais preciso onde for vago. Para tanto, utilizar-se-á de princípios. Vide, nesse viés: DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 34, n. 92, p. 119-158, 2001). Portanto, aproxima o autor a concepção de *lex* e *ius*, conforme também se extrai da seguinte passagem: “Precisamos estabelecer a distinção entre dois sentidos da expressão ‘lei’. Ela pode descrever uma entidade física de um certo tipo, um documento com palavras impressas, as próprias palavras que os congressistas ou membros do Parlamento tinham diante de si quando votaram para aprovar esse documento. Mas também pode ser usada para descrever o direito criado ao se promulgar um documento, o que pode constituir uma questão bem mais complexa”. DWORKIN, op. cit., 1999, p. 21. Tem-se que as considerações lançadas por Dworkin quanto a criação do Direito vêm de encontro com as premissas de Friedrich Müller, porém a análise da sua Teoria se mostra de extrema valia, especialmente quanto as ideias acerca de integridade e coerência no Direito, já que foram recentemente adotadas pelo Novo Código de Processo Civil, e onde se buscará, no terceiro capítulo desse trabalho, um diálogo entre os teóricos.

²⁷⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

²⁷¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95-96.

²⁷² THAMAY, Rennan Faria. A Democracia efetivada através do processo civil. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 3, n. 2, p. 87, 2011.

Nessa perspectiva, surge o juiz como ator determinante na efetiva criação do direito e na solução das legítimas pretensões sociais, de sorte que a própria democracia se realiza quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário.²⁷³

Entretanto, isso não implica dizer que o olhar não tem que se voltar atento para o papel do jurista/julgador-concretizador. Pelo contrário! “O que devemos estudar são suas decisões dos problemas jurídicos como *ação responsável*. A lógica do *puro* “dever-ser” não cria responsabilidades, mas a ação do *operador do direito*, sim!”²⁷⁴

A título de exemplo, aqui, pode-se refletir acerca dos casos em que deixa o magistrado de analisar tutelas de urgência satisfativas (não provisórias), em que satisfatividade estaria caracterizada pela irreversibilidade da medida, isto é, onde gerariam-se efeitos irreversíveis. Nesse viés, com maior razão a destacada importância da argumentação e da fundamentação jurídica, permitindo com maior clareza a compreensão da diferenciação entre um ato arbitrário e discricionário.²⁷⁵

Diga-se: “O *ato de julgar* é insofismavelmente *discricionário*, em sua verdadeira acepção, não obstante posicionamentos em contrário, pois a discricionariedade é elemento imanente do ato de julgar”, isto porque “[...] *sempre* deverá haver interpretação quando da aplicação da lei ao caso concreto”.²⁷⁶ Contudo, no momento da interpretação cresce ao jurista o dever de demonstrar que a sua decisão é a “melhor” possível, por meio de critérios racionais de argumentação, porquanto é pela (e na) jurisdição que se faz a integração entre as esferas material e processual, motivo pelo qual deve mostrar-se íntegra, estável e coerente.²⁷⁷ Daí, decorre a própria legitimação do Judiciário, uma legitimação procedimental, que se dá não só pelo acesso irrestrito, mas no contraditório, na publicidade e na fundamentação, que são “[...] os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia

²⁷³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

²⁷⁴ ENTREVISTAS. Teoria estruturante do direito - Fontes. Posição na história da ciência. Núcleo teórico e prático. Interdisciplinaridade. Importância para A democracia e justiça no Brasil - Entrevista com Friedrich Müller. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 277.

²⁷⁵ Discricionariedade não deve ser confundida com *conceitos juridicamente indeterminados*. Nesse especial, ver: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 66.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 66-67.

²⁷⁷ Nesse sentido o art. 926 do NCPC, que dispõe que “[...] os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

constitucional do Estado Democrático de direito, que o direito é realmente criado, e não a lei²⁷⁸.

²⁷⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104-105.

4 AS TUTELAS PROVISÓRIAS NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DO PROBLEMA DA (FALTA DE) ESTRUTURAÇÃO, COERÊNCIA E DO RISCO DE (RE)CAIR NAS ARMADILHAS DO PARADIGMA DAS TEORIAS DA CONSCIÊNCIA

Procurou-se demonstrar que o processo civil contemporâneo não pode ser reduzido a busca pela simples tutela do direito subjetivo, a realização do direito objetivo, ou ainda ao intento único de pacificação social. A máxima do processo civil precisa compreender a concessão da tutela de direitos em uma dupla dimensão: (i)particular e (ii)geral. Na dimensão (i) particular, a tutela dos direitos residiria na prolação de decisões justas, como meio particular de obtenção da tutela dos direitos, inclusive em cognição sumária; na (ii)dimensão geral, a tutela dos direitos visaria propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito a padrões decisórios, ao próprio tratamento jurisdicional paritário.

Dessa forma, deve-se analisar tanto *o modo* como os juízes decidem, como “[...] também é importante saber o que eles pensam que é o direito”,²⁷⁹ pois a partir disso se permitirá estruturar as premissas institucionais apregoadas. Não se pode mais aceitar a inversão da estrutura do chamado silogismo judicial, onde, antes de partir dos fatos,²⁸⁰ como ocorria no direito romano clássico, e através do normativismo exacerbado existente nos países de direito codificado, vê-se que “[...] os operadores forenses buscam, inicialmente, a regra (a norma legal) com a qual formam a ‘premissa maior’ do silogismo, para, em momento subsequente da operação exegética, ‘subsumir’ o ‘fato’ na ‘norma’”.²⁸¹

A interpretação do direito pressupõe sempre uma aplicação (*applicatio*), isto é, pressupõe o mundo prático. “E, ainda que alguém não tenha dada por superada a

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 5.

²⁸⁰ Nesse especial, diga-se que “[...] este estilo exegético é pressuposto por Ronald, que despreza os ‘fatos’, interessado apenas na compreensão da ‘norma’”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 75). Ademais, a mesma afirmação pode ser extraída da obra de Dworkin, quando assevera: “Este livro é sobre a divergência teórica no direito. Seu objetivo é compreender de que tipo de divergência se trata e, então, criar e defender uma teoria particular sobre os fundamentos apropriados do direito. É evidente, porém, que nele se aborda mais a prática judiciária do que os argumentos sobre direito, e o livro negligencia grande parte daquilo que a teoria do direito também estuda. Há muito pouco aqui sobre questões de fato [...]”. (DWORKIN, op. cit., p. 15-16.

²⁸¹ SILVA, op. cit., p. 75.

relação sujeito-objeto, tanto o fato como o direito fazem parte da causa de pedir, um dos elementos (indispensáveis) da ação”.²⁸² Nesse sentido, leciona Neves:

[...] o direito não pode prescindir do facto e que o facto não pode prescindir do direito. Na verdade, se por um lado não há validade que não seja validade de algo, e de algo que relativamente a essa intenção fundamentalmente se ofereça na contingência da facticidade, também a validade jurídica não poderá deixar de ter um contingente e material sujeito-objecto a predicar, e no qual se cumpra – o predicado não prescinde do sujeito e terá nele justamente de se afirmar predicado, uma *questio juris* é sempre a *questio facti*. Por outro lado, sendo os factos de um problema concreto de direito o objeto intencional da respectiva questão-de-fato, e por esta são determinados, não é menos certo que também eles não têm sentido sem referência à questão-de-direito, pois uma *quaestio facti* é necessariamente a *quaestio facti* de uma certa *quaestio juris*.²⁸³

Com efeito, se a fundamentação é um dever fundamental do juiz e um direito igualmente fundamental do utente – “direito-dever”²⁸⁴ diretamente ligado as premissas lançadas pelo caso concreto-, tem-se a inadmissibilidade do “livre convencimento” e “livre apreciação da prova”.

Seja do ponto de vista normativo ou performativo, o “[...] livre convencimento (ou livre apreciação da prova) não é o mesmo que decisão fundamentada”,²⁸⁵ e onde não se seguiria os intentos do art. 298 do CPC. Da “[...] perspectiva normativa do princípio que exige fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção para se convencer por qualquer motivo [...], mas deve explicitar com base em que *razões*, que devem ser

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. O novo CPC: a derrota do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo; BOECKEL, Fabrício Dani de (Org.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 161.

²⁸³ NEVES, A. Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito. In: NEVES, A. Castanheira. **Digesta, escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 511.

²⁸⁴ Sobre o direito-dever fundamental de as decisões serem fundamentadas, assume relevância o voto do Min. Gilmar Mendes no MS 24.268/04, onde ressalta-se que o cidadão que entra em juízo tem: a) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao de-fensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 24.268-0 - Minas Gerais. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União. Gerente de Recursos Humanos da Subsecretária de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda-Gerência Regional de Administração em Minas Gerais. Relatora originária: Min. Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 5 fev. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 17 set. 2004.

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

intersubjetivamente sustentáveis”,²⁸⁶ ele decidiu desta ou daquela maneira, com vista a concretização do direito.

Nesse especial, conforme analisou-se na TED, a *normatividade* aparece como uma construção intersubjetiva interna à realidade, muito embora não se deixe reduzir a uma simples força do factual. Assume-se assim, de um ponto de vista hermenêutico-crítico, que “[...] a realidade não é um obstáculo, mas é constitutiva, reflexivamente, do processo hermenêutico de concretização da normatividade”, conforme bem demonstram “[...] autores como Friedrich Müller ou Ronald Dworkin”.²⁸⁷ Sendo assim, num sistema jurídico em que a incerteza não é uma opção (não confundindo-se incerteza com probabilidade do direito), o juiz não está desonerado de seu dever ao simplesmente declarar “qualquer resposta”. Há uma ínsita responsabilidade de interpretação do ordenamento jurídico, com vista a enunciação da resposta judicial, pois ainda que haja uma interpretação errada, seu esforço *segue sendo um esforço de enunciação de uma proposição jurídica correta*.²⁸⁸

À respeito da *resposta correta*, tem-se, hodiernamente, que esta poderia ser assumida como um dever do magistrado pela *busca da melhor solução* ao caso concreto, compondo o próprio escopo político da decisão judicial,²⁸⁹ isto é, tutelando o direito em crise de efetividade, mesmo que provisoriamente. Então, muito embora não se possa exigir que o juiz atinja *verdades*, pode-se exigir que aja de maneira *responsável*, pois é exigência ínsita da própria democracia.

Portanto, diga-se que não se está a sustentar a *única resposta correta* de Dworkin. Dito de outro modo: que se possa exigir do julgador, no momento de decidir o caso concreto, seja em cognição sumária ou exauriente, a busca pelo estabelecimento da solução mais acertada, onde o sistema jurídico não lhe admita uma menor (ou maior) dose de *poder discricionário*.

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCP. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

²⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. O novo CPC: a derrota do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo; BOECKEL, Fabrício Dani de (Org.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 163.

²⁸⁸ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 152.

²⁸⁹ Diga-se, aqui, que segundo Dworkin, a “[...] doutrina da responsabilidade política [...]” implica que “[...] as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 137.

De fato, não é mais possível manter a premissa de que existe *uma única resposta correta*, que é a resposta certa, até mesmo porque seria afirmar ao direito um pressuposto invariante, conforme destaca Neves:

Contra a hermenêutica jurídica tradicional que encontrara a sua acabada definição em Savigny e paralelamente na École de l'exégèse, e segundo a qual o sentido normativo das normas jurídicas ou das prescrições legais seria determinável de modo jurídico cognitivamente *exato*, em termos de obter interpretativamente dessas normas ou prescrições uma *única* (a única jurídico-legalmente correcta solução para o caso decidendo [...]).²⁹⁰

Até mesmo porque se a interpretação/aplicação “[...] fosse uma ‘questão de sintaxe’ (análise sintática), um bom linguista ou professor de português seria o melhor jurista”.²⁹¹ Desse modo, rechaçado o caráter unívoco e conclusivo da lei, rechaçada também está a premissa de uma interpretação unívoca, pois “Non esiste né <interpretazione> né <applicazione> della legge, che non abbiano carattere costitutivo di diritto – il fatto che chi opera in pratica spesso non se ne renda conto non modifica affatto quanto detto”.²⁹²

Veja-se, desde já e sempre, a problemática relacionada ao *texto* e a *norma*. A ciência jurídica ainda necessita de uma reflexão “[...] sobre a *produção* do direito, não de uma ciência da justificação ao senso da legitimação de uma <ex>-plicação de texto.”²⁹³ Isto porque, considerando a afirmação de que a vida é *dinâmica*, inegável dizer que os próprios “*fatos*” serão *multiformes* e que o texto não dará conta de esgotar o seu tratamento.

Assim como são variáveis os fatos jurídicos, também, ao longo da *trajetória processual*, a situação inicialmente narrada pode se transformar, pois “Nota-se que a atividade probatória é, acima de tudo, uma atividade *tendencional*, desenvolvida pelas partes, visando a demonstrar a veracidade ou inveracidade das suas alegações.”²⁹⁴ Nesse especial, quanto ao objeto da prova, tem-se que se refere aos [...] fatos por

²⁹⁰ NEVES, A. Castanheira. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: NEVES, A. Castanheira. **Digesta, escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2, p. 390-391.

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. A velha discricionariedade e o positivismo: uma discussão que se impõe. In: ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 11.

²⁹² MARINO, G. Arthur Kaufmann. **Filosofia del diritto ed ermeneutica**. Milano: A. Giuffrè, 2003. p. 110.

²⁹³ “[...] la *production* du droit, pas une science de la justification au sens de la légitimation d’une <ex>-plication de texte”. MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 221.

²⁹⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 70.

provar-se, pois enquanto o sujeito direto da prova é o juiz, o seu objeto são os fatos”,²⁹⁵ podendo ser diretas (ex.: inspeção judicial, dos arts. 481 a 484 do CPC/15) ou indiretas (ex.: indícios e presunções). Essa modificação do arcabouço probatório inicial reflete diretamente no objeto do presente estudo e não só na decisão final (sentença), razão pela qual o novo Código de Processo Civil, no *caput* do seu art. 296,²⁹⁶ determina que a “[...] tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a *qualquer tempo*, ser revogada ou modificada”.

A “[...]própria lei chama o juiz para escolher o que é mais *justo* diante do caso concreto”.²⁹⁷ Daí que se depreende imperiosa a *serenidade*,²⁹⁸ já que “Direito é vida, são fatos em constante mutações, que o Estado, em vista do monopólio da jurisdição, deve resolver”,²⁹⁹ onde tanto o *tempo do direito*,²⁹⁹ como a *inexistência de um dogma da completude do ordenamento jurídico* se revelam pontos cruciais e ao mesmo tempo obstáculos ao “mundo técnico” (textos normativos). A isso acresce-se dizer que a “[...] busca de segurança, através do Direito (leia-se através do processo) leva necessariamente à estratificação do fenômeno jurídico, considerado em sua realização prática”, no próprio caso concreto, onde

Con la sentencia el derecho obtiene forma, aumenta su dimensión lingüística vertical, transcendental, gráfica; a partir de los conceptos de classe que establecen fronteras se obtienen conceptos de orden que comprenden conceptos globales de sentido (conceptos de función, tipos; [...]). Estos conceptos concretizados en la sentencia jurídica ya no son más unidimensionales, unívocos – en ninguna sentencia sobre la realidad aparece el concepto unívoco; y a ellos se debe estar permitido no serle: de otra manera no podrean cumplir su función de equilibrar las

²⁹⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 70.

²⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 dez. 2017.

²⁹⁷ RIBEIRO, op. cit., p. 126.

²⁹⁸ Usa-se a palavra serenidade no sentido daquilo que Heidegger denomina de atitude do sim e do não simultâneos em relação ao mundo técnico. Com ela, significaria que o “sujeito reflexivo” veria as coisas não apenas com o posto de vista da técnica, pois entende que em todo mundo técnico há também um sentido oculto. Daí afirma que “A serenidade em relação às coisas e a abertura ao segredo são inseparáveis. Concedem-nos a possibilidade de estarmos no mundo de um modo completamente diferente. Prometem-nos um novo solo sobre o qual nos possamos manter e subsistir (*stehen und bestehen*), e, sem perigo, no seio do mundo técnico. A serenidade em relação às coisas e a abertura ao mistério dão-nos a perspectiva de um novo enraizamento. Que um dia poderá mesmo conseguir recordar, de uma nova forma, o velho enraizamento, que agora se desvanece rapidamente”. HEIDEGGER, Martin. **Serenidade**. Traduzido por Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 25.

²⁹⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 154.

tensiones dentro de la idea de derecho, igualdad, seguridad jurídica y equidade.³⁰⁰

Perceba-se que, esse trabalho árduo e não muitas vezes breve para o “equilíbrio de tensões” com vista a dar “forma ao direito”, autoriza afirmar que a práxis da prestação jurisdicional demanda, invariavelmente, uma margem de discricção do magistrado.

Conforme já asseverado por Ovídio Baptista da Silva,³⁰¹ não se deve, contudo, confundir *discricionariade*³⁰² com *arbitrariade*, pois o juiz “[...] na verdade sempre teve e continuará tendo, queiram ou não, uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, ele permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado”.³⁰³

Na linha dessa proposição, seria possível se questionar como lidar com o princípio da proporcionalidade se for negado o poder dicricionário ao magistrado? De fato, há uma intrínscica indeterminação dos princípios,³⁰⁴ cabendo então aos juízes

³⁰⁰ KAUFMANN, A. **Filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 245.

³⁰¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 38.

³⁰² Destaca-se que Dworkin possui uma concepção diferente acerca da discricionariade. Para o autor, “A discricionariade, assim como o espaço central de um anel, não existe senão pelos limites que o contornam. Ele é, portanto, um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: ‘discricionário sob quais padrões? Ou ‘discricionário por relação à qual autoridade?’.” (DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 34, n. 92, p. 119-158, 2001). Ademais, faz o autor uma análise do tratamento da discricionariade em dois sentidos, forte ou fraco, pois analisa tanto os pontos de vista do tratamento da discricionariade pelos nominalistas como pelos denominados positivistas, para fins de demonstrar a “problemática” que disso decorre a partir da inserção dos princípios no julgamento de casos pelo Judiciário. Outrossim, na obra *Los derechos en serio*, é possível verificar o que ele considera por “poder discricionário”, a partir da divisão realizada em três grupos: 1) No primeiro grupo, se compreenderia os casos nos quais dizemos que um homem tem discricção se o I dever que lhe é atribuído acha-se definido por *Standards* que as pessoas razoáveis podem interpretar de diferentes maneiras; 2) No Segundo grupo estariam incluídos os casos em que a decisão tomada pelo agente é a derradeira decisão que nenhuma autoridade superior poderá anulá-la; 3) No ultimo grupo, se formaria a hipótese em que um conjunto de *standards* diferentes impõe uma determinada conduta, de modo que o agente acabe liberado de qualquer deles. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984. p. 131.

³⁰³ No mesmo sentido, Jerome Frank, ao afirmar que “[...] *ninguna norma jurídica excluye totalmente la discricionalidad*.” FRANK, J. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968. p. 74.

³⁰⁴ Acerca dos princípios e da discricionariade judicial, Roger Scruton elucida o pensamento de Ronald Dworkin: “Princípios, argumenta Dworkin, são menos mutáveis que regras, e mais fundamentais ao caráter do sistema legal. Sem eles, a adjudicação seria ou impossível ou comprometida. A existência destes princípios é estabelecida por hard cases, nos quais um juiz deve determinar os direitos e as responsabilidades das partes, sem a ajuda de qualquer lei que explicitamente os prescreva. A adjudicação de um caso tal não é um exercício de ‘discricionariade’, mas uma tentativa de determinar os verdadeiros - e independentemente existentes - direitos e deveres das partes. O juiz não pode pensar em si mesmo como o inventor desses direitos e deveres, nem pode imaginar que está exercendo alguma ‘discricionariade’ de que ele não necessite na conduta normal de sua profissão. Ele pode valer-se de princípios que têm uma validade diferente daquela das regras que

contar com uma parcela “[...] maior ou menor, segundo o caso concreto, de *discricionariedade*”.³⁰⁵ E assim, se “El derecho es comportamiento judicial”, isto é, “[...] lo que los jueces deciden en los casos concretos”,³⁰⁶ tem-se (principalmente) a discricionariedade ligada a análise judicial dos fatos, possibilitando o próprio comportamento judicial com vista a aplicação/croncretização do Direito. Assim, está a *discricionariedade* ligada tanto aos *fatos* e a *prova*, como a *interpretação judicial* que dá azo a *norma decisória*, dotada de *normatividade*.

Tratando diretamente do tema desse trabalho, qual seja “tutelas provisórias”, tem-se que a discricionariedade judicial encontra-se não só presente na análise dos requisitos autorizadores das tutelas – seja de urgência (art. 300, *caput*, do CPC) ou da evidência (art. 311, incisos I a IV, do CPC)-, mas também está diretamente vinculadas ao poder geral de cautela do magistrado. Assim, quando o Código permite que o juiz determine *as medidas* que considerar *adequadas* para efetivação da tutela provisória (art. 297, CPC/15), há, por assim dizer, um depósito de confiança nas mãos do julgador, para que, analisando as especificidades do caso concreto, dê a solução jurídica (provisoria) necessária.

Idêntica exegese se deve fazer do art. 301,³⁰⁷ CPC/15, que assevera que “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e *qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito*.”

Enaltece-se a necessidade de um olhar atento para os operadores do Direito e sua atitude judicial diante dos fatos (verossimilhança/probabilidade), da prova e do seu mérito, como condição de possibilidade de assinalar/prever de maneira mais coerente/lógica “[...] cuál será la decisión del juez respecto de los ‘hechos’ del caso”.³⁰⁸ Até porque o “[...] emprego da *discricionariedade* aparece no ‘caso’, não como uma ‘regra’, como supõe Dworkin, capaz de tornar os casos entre si *fungíveis*” quando

advêm da legislatura. Esses princípios (tal como o de ninguém poder lucrar com seu próprio erro) são características permanentes do processo judicial, invocados na aplicação da lei mesmo naqueles casos simples que seguem as linhas de alguma regra legal. Tais considerações servem para mostrar, assim acredita Dworkin, que as teorias da ‘regra mestra’ e da ‘discricionariedade judicial’ são mitos”. SCRUTON, Roger. **Pensadores da nova esquerda**. Traduzido por Felipe Garrafiel Pimentel. São Paulo: É Realizações, 2014. p. 44-45.

³⁰⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 39.

³⁰⁶ FRANK, J. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968. p. 13.

³⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 dez. 2017.

³⁰⁸ FRANK, op. cit., p. 13.

formarem um conjunto de casos idênticos, tornando possível sua inserção na *norma*, que “[...] é o limite de sua investigação, como de resto, é o que ocorre com nossos sistema processual, que igualmente foge do ‘caso’, em busca da lei (da regra), persistindo na metodologia jurídica da *subsunção*”.³⁰⁹

Apesar disso, ainda que o posicionamento do jusfilósofo americano não se aplique à discricionariedade, em Dworkin torna-se possível extrair as inerentes contradições entre o positivismo jurídico e a democracia contemporânea:

Jeremy Bentham, o primeiro filósofo a apresentar uma versão sistemática do positivismo jurídico, tinha grandes preocupações políticas. [...] À época, o positivismo tinha um quê democrático, e quando a democracia se tornou supostamente mais progressista, o positivismo tornou-se parre do hino desse progresso. [...] Contudo, a influência política do positivismo jurídico diminuiu muito nas últimas décadas, e esse sistema filosófico deixou de ser uma força importante tanto na prática jurídica quanto na educação jurídica. O Estado se tornou demasiado complexo para adequar-se à austeridade positiva. A tese de que o direito de uma comunidade consiste apenas nas determinações explícitas dos órgãos legislativos explícitos podem pretender suprir toda a legislação de que uma comunidade necessita. Contudo, quando a transformação tecnológica e as inovações comerciais superam o provimento do direito positivo – como ocorreu intensamente nos anos que seguiram à Segunda Guerra Mundial – os juízes e as outras autoridades judiciais devem voltar-se para princípios mais gerais de estratégia e justiça, de modo a adaptar e fazer o direito evoluir em resposta às novas necessidades. Portanto, parece artificial e despropositado negar que esses princípios também participam da definição do que é direito. Além disso, depois da guerra difundiu-se muito a ideia de que os direitos morais que as pessoas têm contra as instituições legislativas possuem força de lei [...] Repetindo, parecia cada vez mais sem sentido declarar que essas restrições morais ao Estado não eram, em si, parte do direito da comunidade. De maneira correspondente, o apelo do positivismo exauriu-se. Não mais se associava ao progresso democrático, mas ao maiorismo conservador; eram os juízes liberais que apelavam à moralidade para justificar uma maior proteção jurídica dos direitos individuais. A maioria dos juristas acadêmicos presumia que, se uma teoria geral sobre a natureza do direito fosse realmente necessária, deveria ser mais sutil do que o

Disso decorre que, no contexto de um Estado Democrático de Direito contemporâneo, combater o positivismo significa não só combater posturas arbitrárias ou voluntaristas, mas (também) combater posturas despreocupadas com uma

³⁰⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 34. Ademais, quanto à subsunção, enquanto o direito romano autêntico, sem lei escrita, criava o direito para o caso, o direito moderno primeiro cria a lei, para depois subsumir no texto os casos supostamente idênticos. Seria a jurisdição das uniformidades, onde repudia-se as diferenças do caso concreto. Sobre o tema, ver: *Ibid.*, p. 47-48.

reconstrução (e interpretação) da história³¹⁰ institucional do Direito, ou seja, se combatem condutas sem importância com a reconstrução que pode ser feita a partir da hermenêutica – inclusive, e principalmente, em tutelas provisórias.

Mostra-se imperiosa uma reflexão acerca da própria concepção de racionalidade do ato decisório, onde a “[...] ciência jurídica não pode renunciar, no Estado Democrático de Direito, a discussão otimizante de seus resultados e dos seus modos de argumentação”. Destarte, “[...] da exigência de *maior* racionalidade *possível* decorre a impossibilidade de uma racionalidade integral; e pressupô-la significaria ignorar o caráter da decisão e da valorização do direito”.³¹¹ Tem-se, portanto, um inegável descompasso do positivismo jurídico com o que se espera atualmente de uma teoria do Direito comprometida com os direitos e garantias fundamentais, com a necessidade de universalização de direitos humanos, com as complexidades de um mundo contemporâneo e globalizado, etc.

Nesse panorama, emergem novos riscos e crises,³¹² surgindo a necessidade de (re)arranjos das relações e conteúdos das funções e concepções tradicionais do próprio Estado, o que acaba por tornar a jurisdição também um espaço para o embate político,³¹³ pois assume uma postura que *vai muito além da adequação*, posto que é

³¹⁰ Diga-se que, à respeito da “interpretação histórica”, assinala Taruffo: “[...] a interpretação ‘histórica’ consiste na identificação de um significado que foi atribuído à norma à época da sua edição, mas isso não equivale a estabelecer o significado que essa tem ou possa ter num momento sucessivo.[...] Resulta claro, por consequência, que o argumento fundado na vontade do legislador histórico pode se somente – e na maioria dos casos – um *argumento auxiliar*, incapaz de justificar por si só uma conclusão interpretativa. Pode-se lembrar a propósito que no plano da teoria geral da interpretação a *intentio auctoris* é de regra considerada pouco relevante em face da *intentio operis* (ou seja, ao que diz o texto), e sobretudo à *intentio lectoris*, ou seja ao significado que lhe atribui o intérprete no momento da interpretação”. TARUFFO, Michele. O princípio dispositivo em matéria de provas. In: TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Organizado e traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 121-122.

³¹¹ “La Science juridique ne doit pas renoncer, dans l’Etat de droit démocratique, à la discutabilité optimale de ses résultats et de ses modes d’argumentation. [...] L’exigence de la *plus grande rationalité possible* découle de l’impossibilité d’une rationalité intégrale; la supposer signifierait méconnaître le caractère de décision et de valorisation du droit”. MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 218.

³¹² Acerca da crise na sociedade, não se pode olvidar que “Não há sociedade humana isenta de crise, assim como não se pode conceber a história sem transformações e mudanças sociais permanentes. Sobre isto, aliás, disse um ilustre filósofo contemporâneo ‘Por isso mesmo as épocas de crise – aquelas, precisamente em que o sistema cede lugar ao problema – são épocas de maturidade e de autenticidade espiritual’”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 99.

³¹³ Acerca do papel do processo e do político, assevera Chevallier: “Para além da reorganização dos aparelhos do Estado e da transformação do direito, é bem então uma redefinição em profundidade do vínculo político que se desenha: a reavaliação da concepção clássica de democracia representativa conduz ao mesmo tempo ao esforço de limitar a onipotência dos representantes e a tentar superar a lógica da representação pela aceleração dos mecanismos democráticos. Marcada pela *fragilidade*, em virtude de uma dúvida permanente sobre a legitimidade das decisões tomadas, regida pela

nesse ambiente jurisdicional que os indivíduos passam a buscar a consertação do Estado Democrático de Direito, tornando-a verdadeira instância de realização, balanceamento de poder e instrumento de *accountability*.

A partir disso, tem-se uma necessária volta do olhar para o indivíduo, para o seu papel de “[...] exigir do Estado a concretização das promessas ainda não realizadas e que dificilmente serão através do Executivo e do Legislativo”. Nesse aspecto, “[...] o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço do povo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais”,³¹⁴ pois nele a parte terá o meio adequado para buscar o *bem da vida*, cabendo ao juiz – sendo o caso de tutelas provisórias- prestar a “[...] tutela jurisdicional, senão imediatamente pelo menos num tempo brevíssimo”,³¹⁵ de forma fundamentada, dotada de coerência e integridade.

4.1 Um Modelo Coerente e Íntegro de Raciocínio Jurídico

Nesse diapasão, assumindo que o processo é condição de possibilidade a conferir o *bem da vida* através da *decisão/concretização judicial*, onde o *tempo do direito* em xeque não pode ser desconsiderado, menos ainda poderá a *fundamentação* da decisão, que é condição da própria *democracia*.³¹⁶

complexidade em razão da emergência de novos atores, e dominada pela *incerteza*, em razão de flutuação das relações de força, a política pós-moderna contrasta com as formas clássicas de exercício da autoridade [...]”. (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 258). Diga-se, por oportuno, que redefine-se a própria concepção de democracia participativa, conforme afirma Darci Guimarães Ribeiro: “para além da democracia participativa inserida nos âmbitos já citados, devemos concebê-la em seu aspecto verdadeiro: aquela visão de democracia em que o indivíduo está concretamente engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, ele é o verdadeiro protagonista dos rumos da sociedade e não mais os seus representantes. É ele, e somente ele, que sabe o que é melhor para si e, conseqüentemente, para os outros. Não há transferência de legitimidade a outros, pois só se transfere legitimidade, num regime verdadeiramente democrático, quando não se é capaz de, por si só, concretizar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104.

³¹⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 154.

³¹⁶ A relação da democracia como instituição do Estado de Direito aliada a práxis pode ser resumida nas palavras de Moreira Neto: “A democracia, enquanto conjunto de valores, é um modo de vida; enquanto instituição, conforma um regime político e, enquanto práxis, é uma técnica social para compor interesses diversos. Somente pelo exercício permanente do diálogo, da conciliação e do consenso, pilasstras da legitimidade, um povo aprende a vultivar a democracia como estilo de vida e a mantê-la como regime político”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. XVII.

Frise-se, por oportuno, que a partir da teoria da interpretação de Dworkin tem-se que a análise de uma decisão jurídica democraticamente correta deve ser confirmada através de dois crivos: i) interpretativo e ii) procedimental. No sentido da abordagem i) interpretativa, tem-se que o jusfilósofo sugere o tratamento dos conceitos políticos, morais e jurídicos como conceitos interpretativos. Aqui, através da *epistemologia* integrada, se teria o *direito* de ver o argumento levado em consideração quando se fizesse a sua apresentação de modo *responsável*. Quanto ao nível ii) procedimental, pode-se dizer que o procedimento deve garantir a *autonomia jurídica* dos indivíduos interessados, tanto num viés público como no privado. Assim, os resultados devem prestar contas àquilo que o jusfilósofo denomina de *princípios da dignidade humana*, isto é, no dever de o Poder Público devotar igual consideração e respeito às pessoas sob o seu domínio, bem como de preservar a responsabilidade dos indivíduos e suas próprias vidas. Diga-se: a decisão jurídica responsável em Dworkin seria aquela fundamentada em interpretações constitucionais que possam ser justificadas perante a *integridade*³¹⁷ do *Direito*, que exigiria uma *coerência* lógica elementar, “[...] quando requer fidelidade não apenas às regras, mas às teorias da equidade e justiça que essas regras pressupõem como forma de justificativa”.³¹⁸

[...] a *integridade* é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do *Direito*, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas voluntaristas.³¹⁹

Daí extrai-se que estará assegurada a integridade do *Direito* a partir da força normativa da Constituição, quando também existir coerência, isto é, quando os preceitos e princípios que foram aplicados em decisões anteriores o forem para os

³¹⁷ Acerca da integridade, assevera Dworkin: “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. Nosso maior interesse é o princípio jurisdicional [...]”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 213.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 225.

³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 14 out. 2017.

demais casos idênticos apresentador ao julgador. A *coerência* assegura o tratamento igualitário dos indivíduos/partes, isto é, um verdadeiro “jogo limpo”³²⁰/*fairness* (que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente). Significa, portanto, tanto i) igualdade de apreciação do caso, como ii) igualdade de tratamento.

“Coerência e integridade” foram diretamente adotadas pelo Novo Código de Processo Civil, que é a primeira grande regulamentação brasileira sobre Processo Civil a ser aprovada em período democrático, porquanto os Códigos de 1939 e 1973 foram aprovados em períodos de exceção. Vislumbra-se, assim, que a adoção por esse diploma processual da exigência de “coerência e integridade” *da/na* jurisprudência revela um grande avanço a proporcionar uma verdadeira *concretização* da garantia isonômica de regras e (principalmente) de aplicação principiológica. Nesse sentido, está a previsão do artigo 926 do CPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” Tal dispositivo legal também serve aos intuitos do famigerado art. 298 do CPC, pois reflete diretamente na justificação judicial. Diga-se: essa interpretação conjunta, revela uma carga epistêmica de infinito valor, pois evita a denominada “jurisprudência lotérica”, propiciando a “não surpresa” e o cumprimento do dever de *accountability* em relação à Constituição (artigo 93, IX). Outrossim, mostra-se diretamente ligado ao “bom funcionamento” de demais dispositivos legais de suma relevância: artigo 9º, parágrafo único, incisos I e II (prolação de decisores liminares em tutelas de urgência e da evidência); artigo 10 do CPC (proibição de não surpresa); artigo 371 do CPC (fim do livre convencimento); e o artigo 489 do CPC (que traz nos seus incisos uma “criteriologia” para decidir).

Contudo, ainda que se demande uma compreensão clara e precisa, essa não pode ser confundida com a “segurança jurídica”. Conforme assinala André de Carvalho Ramos, essa “consiste na faculdade de obstar a extinção ou alteração de determinado ato ou fato jurídico, posto a salvo de modificações futuras, inclusive legislativas”.³²¹ A segurança jurídica detém duas facetas: “a objetiva, pela qual se imuniza os atos e fatos jurídicos de alterações posteriores, consagrando a regra geral da irretroatividade da lei”, e “a subjetiva, que também é chamada de princípio da confiança, pela qual a segurança jurídica assegura a confiança dos indivíduos no ordenamento jurídico”.³²²

³²⁰ Sobre o argumento do “jogo limpo”, ver: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 235-237.

³²¹ RAMOS, Andre de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 566.

³²² *Ibid.*, p. 566.

O conceito de segurança jurídica³²³ norteia-se por duas ideias nucleares: primeiro, a ideia de *estabilidade*, já que as decisões dos poderes públicos não devem ser arbitrariamente modificadas, salvo quando houver fundamento material inequívoco; segundo, de *previsibilidade* aos cidadãos quanto à exigência de certeza e calculabilidade em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.³²⁴ Assim, explica José Joaquim Gomes Canotilho:

(1) relativamente a *actos normativos* – proibição de normas retroactivas restritivas de direito ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.³²⁵

Todavia, na integridade se tem uma *virtude política*, a ser adotada por uma autêntica comunidade de princípios (para além de uma associação de indivíduos meramente circunstancial, ou pautada num modelo de regras), se expressando pela coerência principiológica na lei, na Constituição e na jurisprudência. Ou seja, com a coerência e integridade a utilização dos argumentos pelo julgador deverá se mostrar coerentemente sustentável, o que incluirá, conforme asseverado, uma revisitação ao que já foi decidido/dito.³²⁶ A máxima aqui residiria na possibilidade de se afirmar que “Com a coerência e integridade, é possível combater os resquícios da filosofia da consciência”, dando-se um “[...] salto para um contexto intersubjetivo de significação”.³²⁷ Até mesmo porque a

³²³ Para uma análise detalhada do tema, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

³²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 256.

³²⁵ *Ibid.*, p. 264.

³²⁶ Sobre isso, afirma Dworkin sobre a melhor maneira de aplicar a interpretação da prática jurídica com base na integridade: “Do meu ponto de vista, a melhor maneira de aplicar a interpretação da prática jurídica com base na integridade é adotar, no estágio doutrinário, condições de veracidade que tornem a pergunta acerca do que é o direito, quando aplicado a quaisquer questões, ela própria uma pergunta interpretativa. Afirmo que uma proposição de direito é verdadeira se decorrer de princípios de moralidade pessoal e política que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 22. Destaca-se que o jusfilósofo norte-americano apresenta três contextos distintos em que se usa a palavra “direito”, traçando, então, três conceitos distintos: (1) no sentido sociológico, onde se fala no direito das comunidades primitivas; (2) no sentido aspiracional, quando celebra-se o Estado de Direito; (3) no sentido doutrinário, quando se pretende afirmar o que é o direito sobre determinada matéria.

³²⁷ STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e o novo código de processo civil: apontamentos sobre coerência e integridade. In: STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do

Coerência não é simplesmente se ater ao fato de que cada nova decisão deve seguir o que foi decidido anteriormente. Claro que é mais profunda, porque exige consistência em cada decisão com a moralidade política (não a comum!) instituidora do próprio projeto civilizacional (nos seus referenciais jurídicos) em que o julgamento se dá. A ideia nuclear da coerência e da integridade é a *concretização da igualdade*, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana.

A *integridade* quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do Direito um ‘jogo limpo’ [...]. Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o drible da vaca hermenêutica* na causa ou no recurso, do tipo ‘seguindo minha consciência, decido de outro modo’. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento (lembremos do artigo 10 do CPC) que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva ‘porque quer’ (ou porque sim).³²⁸

Por isso, no novo Código de Processo Civil não há espaço para um “livre convencimento”, ou mesmo para uma “livre apreciação da prova”, pois conforme já referido, tanto do ponto de vista normativo quanto performativo, não se afeiçoaria ao que se espera da “decisão fundamentada” (arts. 298, CPC/15) dentro de um contexto histórico-institucional,³²⁹ em que afirmações jurídicas mostram-se verdadeiras “[...] opiniões interpretativas que [...] combinam elementos que se voltam para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.” Nessa perspectiva, “proposições jurídicas verdadeiras” podem ser identificadas quando constam ou derivam dos princípios de justiça, de equidade e devido processo legal, oferecendo a melhor interpretação *construtiva* da prática jurídica da comunidade.

Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 157-168.

³²⁸ STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e o novo código de processo civil: apontamentos sobre coerência e integridade. In: STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 157-168.

³²⁹ Nesse ponto, diga-se que “A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. [...] O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 273-274.

O direito como integridade surge “[...] mais inflexivelmente interpretativo do que o *convencionalismo* ou o *pragmatismo*”^{330,331}, pois desponta tanto como produto de uma interpretação abrangente da prática jurídica quanto é sua fonte de inspiração, onde “coerência e integridade” emerge como *vetores principiológicos* através dos quais *todo* o sistema jurídico deve ser lido - “[...] incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas.”³³²

4.1.1 O Papel dos Juízes Perspectiva Dworkiniana do Direito como Integridade: um diálogo entre o “romance em cadeia e a interpretação criativa” com a “atividade criativa da concretização do direito” mulleriana

Pode-se dizer, portanto, que o direito como integridade em Dworkin rejeita “[...] a questão de se os juízes decobrem ou inventam o direito”,³³³ mas “[...] pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é *estruturado* por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade e devido processo legal adjetivo”,³³⁴ que devem ser aplicados aos novos casos que se apresentem, de modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Premissas essas que devem ser utilizadas tanto em cognição plena, quanto sumária.

Ademais, quanto à “atitude interpretativa”, Dworkin sugere que esta se guie com relação aos fatos sociais, através da adoção de dois pressupostos: o valor e a suscetibilidade da prática interpretada. Aquele, remete ao *point*, ou propósito da prática social, enquanto esse remete a uma regra, uma conduta, etc. Por assim dizer, seria um

³³⁰ Para Dworkin o convencionalismo e o pragmatismo se oferecem *como* interpretações, mas não são, em si, programas *de* interpretação. Afirma o autor: “O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo”. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 272). Sobre o pragmatismo, aduz: “O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a idéia de bem-estar comunitário, por exemplo”. *Ibid.*, p. 272-273.

³³¹ *Ibid.*, p. 272.

³³² STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 14 out. 2017.

³³³ DWORKIN, op. cit., p. 271.

³³⁴ *Ibid.*, p. 291.

processo de atribuição de uma *intencionalidade* a uma instituição, para reestruturá-la de acordo com esse significado, onde “[...] valor e conteúdo se confundem”.³³⁵

Afim de justificar essa hipótese, o autor atribui ao argumento um desenvolvimento circular,³³⁶ pois para ele “[...] se uma comunidade faz uso de conceitos interpretativos, o próprio conceito de interpretação será um deles: uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos”.³³⁷

Contudo, ao intérprete não é dado uma “rol aberto” para fazer o que bem entender com uma prática, pois “[...] do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto”.³³⁸ Assim, pode-se dizer que muito embora o autor atribua ao intérprete uma *função ativa* (como, por exemplo, no poder geral de cautela), não implica atribuir-lhe subjetivismo, pois a perspectiva do sujeito é/deve ser constitutiva do objeto. Deve haver uma necessária interação entre “propósito e objeto”.

Em outras palavras, a interpretação criativa impõe uma intencionalidade (point) à prática interpretada, constituindo, assim, um novo tipo de objetividade não concebível dentro dos quadrantes de uma concepção absoluta de mundo. Desse modo, ‘segundo esse ponto de vista, um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica’.³³⁹

Para ele, portanto, a intencionalidade (point) do direito é a justiça (ou o exercício legítimo da coação coletivamente organizada), diferentemente do que seria afirmar que

³³⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 58.

³³⁶ A concepção “circular” da interpretação criativa pode ser lida a partir de Gadamer, para quem o intérprete (aquele que quer compreender um texto) realiza sempre um “projetar”, ou seja, tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete imediatamente prelineia um sentido do “todo”. Isso ocorre porque o leitor possui determinadas expectativas, que se formam na perspectiva de um sentido determinado – isso aparece nas reflexes dworkinianas como “propósito”. Assim, é na “elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido”, que consiste a compreensão. GADAMER, Hans- Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Univeritária São Francisco, 2004. p. 356.

³³⁷ DWORKIN, op. cit., p. 60.

³³⁸ Ibid., p. 64.

³³⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.

é a sua função.³⁴⁰ Além disso, existiria uma “coerção” exercida pela história em relação ao intérprete. Aqui, pode-se fazer uso do que Gadamer já denominou de *autoridade da tradição*, que seria aquilo que é consagrado pela tradição, tal como a educação e a realidade dos costumes.

Logo, “[...] nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento”.³⁴¹ Isto é, a tradição também conservaria algum direito, pois denota conservação, e conservação é ato de razão. Desse modo, “[...] encontramos-nos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio”; ao contrário, pois “[...] trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmo no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição”.³⁴²

Esse conceito de Gadamer sobre *autoridade da tradição* pode ser aproximado com a “atração” exercida pela integridade do Direito” de Dworkin. Aqui, torna-se relevante a metáfora do *romance em cadeia*, onde o jusfilósofo norte-americano cria esse “gênero literário artificial”, a partir de uma comparação fértil entre literatura e Direito, a qual, aqui, permite uma exegese da aplicabilidade conjunta dos arts. 926 e 298, ambos do CPC/15.

No romance em cadeia, um grupo de romancistas escreve um romance em série, sendo que cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Destaca-se que, cada um deve escrever da melhor maneira possível o romance em elaboração, e “[...]a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.”³⁴³

Dworkin afirma que deve-se esperar dos romancistas/juizes que “[...] levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade”, pois devem “[...] criar um conjunto, até

³⁴⁰ Dworkin utiliza conceitos distintos de interpretação e intenção daqueles utilizados por Dickson e Raz. Para esses, a intenção é uma função, enquanto para Dworkin ela envolve uma intencionalidade (point) dotada de significado valorativo.

³⁴¹ GADAMER, Hans- Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Univeritária São Francisco, 2004. p. 372.

³⁴² Ibid., p. 374.

³⁴³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 276.

onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”.³⁴⁴ Diga-se: deve o romancista/juiz *criar uma história* como se fosse obra de um único autor, pois somente assim se obteria a melhor teoria da arte - que demanda um único criador, ou, havendo mais de um, que cada qual exerça algum controle sobre o todo.

O juiz aparece como esse romancista *na cadeia*. Esse alguém que tem o papel de *conservar* a história institucional do Direito, ao mesmo tempo que tenta dar a esta a melhor interpretação possível para o futuro. Ou seja, a ele, ainda que presente o poder discricionário, cumpre realizar a interpretação segundo a melhor forma à realização dos valores que representam o *point* (a intencionalidade daquela prática).

Portanto, retomando o quanto já aduzido, para Dworkin a interpretação, que é um fenômeno social, só se mostra possível quando se seleciona uma prática social (gênero) a partir da qual interpretar, onde a seleção pressupõe diretamente suposições acerca dos objetivos e valores que orientam esse gênero. Tais suposições, diga-se, são frequentemente inconscientes. Daí, surge possível também afirmar que na teoria dworkiniana (assim como na TED), estão presentes as pré-compreensões, que guiam a interpretação do texto, onde cada interpretação é, simultaneamente, aplicação ao estado atual de consciência do intérprete, em que o resultado é a transformação sucessiva do próprio texto em um texto diferente (na TED apareceria como a “norma decisória”).

Sendo assim, a interpretação correta decorreria de uma “[...] fusão entre os horizontes do texto (sempre lembrando que o Direito e a sua história institucional assumem, aqui, o estatuto de ‘texto’), que é um evento e o horizonte do intérprete, também situado historicamente”.³⁴⁵ A interpretação se dá, assim, intersubjetivamente, para além de uma relação sujeito-objeto, onde o material interpretado, em sua melhor luz (*in its best light*) é uma atividade ambivalente: depende da interação entre *propósito* e *objeto* (intencionalidade).

A partir disso, o jusfilósofo norte-americano também compara “[...] o juiz que decide sobre o *que é* o direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadão da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige”, mas ao “[...] crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em

³⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 276.

³⁴⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3148>>. Acesso em: 17 out. 2017.

uma peça ou um poema complexo”,³⁴⁶ àquele sujeito que tem que buscar que a jurisprudência mantenha-se “íntegra, coerente e estável” (art.926, CPC.15).

A isso corresponde dizer que na perspectiva dworkiniana os juízes seriam tanto autores como críticos. Contudo, isso não os aproxima dos legisladores, pois o autor adverte que “[...] quando os juízes elaboram *regras* de responsabilidade não conhecidas anteriormente, não têm a liberdade que [...] afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores”. Isso porque para ele, “Os juízes devem tomar suas decisões sobre o ‘*commum law*’ com base em *princípios*, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam *direitos* e deveres legais ‘novos’ que eles aplicaram na época”.³⁴⁷ Assim, Hércules, sendo partidário do direito como integridade, buscaria uma interpretação do que os juízes fizeram no passado, isto é, uma interpretação passada que ele aprova, já que estará de acordo com as suas convicções (politicamente neutras³⁴⁸) sobre as duas virtudes que constituem a moral política considerada por Dworkin: a justiça e equidade.

Entretanto, a integridade é diferente da justiça e da equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade. Assim, a escolha final de Hércules da interpretação que ele considera mais bem fundada na tua totalidade – mais equitativa e mais justa na correta relação – decorre de seu compromisso inicial com a integridade.³⁴⁹

Certo é que Hércules é um mito e que “Nenhum juiz de verdade tem seus poderes”, razão pela qual Dworkin o utiliza como *modelo* apto a demonstrar a “[...] estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica.”

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 275.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 292.

³⁴⁸ Cumpre destacar que para o jurista comprometido com os métodos científicos, tudo o que possa ir além da demonstrabilidade objetiva seria metafísica, ou *juízos de valor* que, ainda pensam eles, brigariam com a *neutralidade*, o pressuposto básico de qualquer ciência. Mas essa sonhada neutralidade científica há muito caiu em desuso. Essa neutralidade, comum ao jusnaturalismo e ao positivismo, tem o direito como *pressuposto*. (NEVES, A. Castanheira. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. *In*: NEVES, A. Castanheira. **Digesta, escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2, p. 305). Tanto por isso que Ovídio A. Baptista da Silva afirma que “As sentenças podem ser justas ou injustas, muito justas ou muito injustas, escandalosamente injustas, assim como, ao contrário, podem ser sentenças excepcionalmente Justas. Aqui reside o problema fundamental dos juristas ‘cientistas’, de que faz parte Dworkin, para os quais falar em *justiça* seria fazer metafísica, ou cair no *arbitrio*, posto que a justiça de uma sentença não podendo ser *quantificada*, como as experiências empíricas, seria necessariamente uma proposição imprestável, além de arbitrária. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 41.

³⁴⁹ DWORKIN, op. cit., p. 314.

Todavia, diga-se que o jusfilósofo reconhece que essa tarefa diária é feita pelos juízes “comuns” de forma menos metódica, apontando Hércules como um *modelo* de “[...]eficiência e capacidade de administrar com prudência”³⁵⁰- muito embora seja um modelo difícil de ser utilizado em função da numerosidade de processos, como reconhece o próprio autor.

Diga-se nesse ponto que, através de um diálogo entre teóricos, tem-se que Friedrich Müller também se preocupou com a metódica da decisão judicial, tanto por isso que desenvolveu a sua Teoria (e Metódica) Estruturante do Direito. Porém, nela a função judicial aparece muito diferenciada. O juiz não está apto a criar *regras*, mas reflete-se naquele sujeito que, através do uso do “programa da norma” (Normprogramm) e do “âmbito da norma” (Normbereich) – aquele referido conceito composto que torna o problema do “ser” e “dever ser” operacional e maleável – resolve o caso concreto, “filtrando” os dados reais, em vista da concretização da norma, momento que surge a normatividade. Diga-se: em Müller o juiz também poderia ser concebido como um crítico e um autor, mas aqui, será ele o *autor do direito*, não de regras.

Ademais, na TED, esse papel de autor/criador a ser desempenhado pelo juiz não surgiria unicamente nos *hard cases*, mas seria função ínsita a ser cumprida em “*todos os casos*” apresentados ao Poder Judiciário. Logo, abandonaria-se a característica de “cientista”, descabendo falar em *veracidade* ou *não* das sentenças/decisões judiciais, daí que perfeitamente possível sua aplicabilidade em cognição sumária.

A verdade é que, por ser a TED uma teoria considerada pós-positivista, assume-se a “[...] dificuldade de compreender que os juízos históricos não comportam o padrão epistemológico do ‘certo’ e do ‘errado’, próprio das matemáticas e das ciências experimentais”, assim como deixa-se de analisar o passado como “fixo”, “[...] mas essencialmente plástico, cambiante, por isso que hermeneuticamente *compreendido*”.³⁵¹ Na TED, passa-se a falar na presença de “[...] elementos metodológicos *strictiore sensu* (interpretações gramatical, *histórica*, genética, sistemática e — com restrições — teleológica)”, que surgem como “[...] imperativos da interpretação em conformidade com a constituição e da correção funcional do

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 316.

³⁵¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 267.

resultado”,³⁵² diretamente referidos a normas e plenamente aptos a maior racionalidade prática do art. 298 do CPC.

Isso permite a Müller “[...] oferecer - apenas em função auxiliar metodicamente limitada, do mesmo modo como os elementos de técnica de solução, os elementos de política constitucional e os elementos de teoria - sugestões para possibilidades de detalhamento, delimitação e elucidação”³⁵³ do conteúdo da norma decisória a ser (re)elaborada.³⁵⁴ Assim, os elementos são utilizados no “passo-a-passo” da concretização da norma, em que rechaça-se concepções de “certo ou errado” (Dworkin), pois há uma utilização direta de elementos no caso individual (como a análise da verossimilhança/probabilidade do direito), onde estes

[...] podem ser graduáveis conforme a solução que puder ser compatibilizada ‘melhor’, ‘mais corretamente’, ‘mais plausivelmente’, ‘mais univocamente’ ou ‘mais conforme à finalidade’ com os resultados parciais dos elementos diretamente referidos à norma ou com a função limitadora dos textos das normas. Nesses processos de seleção trata-se de valorações cujo caráter subjetivo não é evitável, nem deve ser velado.³⁵⁵

Propõe-se uma *metodologia jurídica*, que é uma lógica concreta.³⁵⁶ Observa-se que a técnica jurídica de resolução de casos se mostra uma técnica da decisão que tem por função a direção e a estabilização, a distribuição e a harmonização do trabalho, e sempre também funções de *justificação* de situações de dominação e, mais geralmente, de justificação de condições (art. 298, CPC), contextos ou mudanças sociais. Assim, a metodologia jurídica da TED parte da reflexão sobre as técnicas de trabalho, a formulação e a motivação das decisões, e por isso revela-se também uma técnica de *imputação*, tanto de “normas-decisórias” como de normas jurídicas aos textos de normas no sentido formal, profissional e político.³⁵⁷

³⁵² MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 91.

³⁵³ Ibid., p. 92.

³⁵⁴ Afirma o autor, quanto a uma reformulação/reconcretização de normas: “[...] a formulação das normas de decisão já concretizadas e absorvidas da jurisprudência, da práxis e da ciência, que devem ser situados no espaço de atuação da norma jurídica reconcretizando hic et nunc”. Ibid., p. 92.

³⁵⁵ Ibid., p. 93.

³⁵⁶ Nesse sentido, aduz Müller: “La méthodologie juridique est une logique concrète.” MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 370.

³⁵⁷ Ver, nesse sentido, Ibid., p. 370. Ademais, a *contrario sensu*, afirma Müller sobre a metodologia científica: “[...] en tant que méthodologie scientifique - c'est-à-dire rationelle, contrôlable et discutable -, d'une part, elle produit au plan instrumental la prévisibilité nécessaire à la société commerçante bourgeoise [...], d'autre part, elle est la condition de l'ouverture des processus de décision à la critique

Em suma: abandona-se aquele juiz que decide, “subsume” de acordo com o paradigma de Montesquieu. Isso porque fazia-se à maneira “silogística”, subsumindo o caso jurídico aos conceitos de uma norma jurídica previamente dada, que justamente deve ser idêntica ao texto contido no código legal. A lei, era concebida como *lex ante casum*, devendo ser *aplicada* por meio do silogismo judicial, onde o ordenamento jurídico é suposto como sistema manuseável sem dificuldades fundamentais. Do ponto de vista da Lingüística Jurídica, o mito consistiria na suposição de que para cada caso jurídico a solução una/correta, que já estaria disponível nas leis, que são textos (regras, em Dworkin). Em oposição a esse mito, a TED desenvolveu uma concepção nova, pós-positivista da teoria do direito, onde a norma jurídica não está já contida em Códigos, nos textos legais. Estes conteriam apenas formas preliminares, sendo denominados de “textos das normas”. Por sua vez, se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, a ser primeiramente produzida, ou seja, “trazida para fora” em cada processo individual de decisão jurídica. Além disso, o âmbito da norma surge como parte constitutiva da própria norma. Assim, a “norma jurídica” se transforma em conceito complexo, composto por programa da norma e âmbito da norma, em que a “atividade concretizante” não é mais sinônimo de tornar mais concreta uma norma jurídica genérica que já estaria contida no código legal; ao contrário, passa a significar mais, já que a partir de uma ótica e reflexão realista, a construção da norma jurídica passa a ser feita no caso individual.

E é nesse viés que os elementos do trabalho textual se tornam crescentemente “mais concretos” de uma fase a outra (do programa da norma ao âmbito da norma). Isso dinamiza o trabalho dos juristas no eixo norma, pois tem-se um trabalho de modo realista, como um processo também temporal: “[...] texto da narrativa do caso; texto do ‘conjunto de fatos’ profissionalmente reformulado; textos das normas na codificação; textos do programa da norma e do âmbito da norma; texto da norma jurídica e da norma de decisão (a parte dispositiva da decisão)”.³⁵⁸ Se alça maior racionalidade ao trabalho jurídico, dificultando a manutenção de arbitrariedades.

Todavia, diga-se que a dinamização próxima à realidade apreende também o eixo da norma, isto é, a própria realidade, pois o âmbito da norma co-constitui a norma

et au contrôle et, partant, à l'éventualité légitimatrice de l'approbation, du compromis et du consensus”. MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 370.

³⁵⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 129.

jurídica. Ele é desenvolvido a partir do âmbito material e do âmbito do caso, mostrando-se diferenciado e operacionalizado, de acordo com as peculiaridades concretas – como, por exemplo, a demonstração do preenchimento do disposto no *caput* e parágrafo 3º do art. 300, do CPC/15; ou mesmo do disposto no art. 311, do CPC/15.

Portanto, se tanto a “norma jurídica e o texto da norma”, como a “norma jurídica e a norma de decisão”, forem distinguidas sistematicamente, a concepção acerca do “direito vigente” se esclarece: designa-se através do uso desse termo o conjunto dos textos das normas, que serão desenvolvidas apenas *no caso*, na direção de normas jurídicas e de acordo com regras de método, sendo que essas normas jurídicas deverão ser desenvolvidas na direção de normas de decisão. Esclarece-se, outrossim, que nas premissas de Müller, “[...] ‘unidade’, ‘integralidade’ e ‘coerência’ foram confundidas com a positividade e equivalência hierárquica das normas de uma codificação, bem como com a identidade do estoque de normas consigo mesma”.³⁵⁹

4.2 Cognição Judicial e Tutelas Provisórias: eliminando modelos para construir o juiz “responsável e coerente” do Estado Democrático de Direito

Com efeito, a relação de nossos magistrados com a justiça “[...] jamais poderá ser *abstracta* – portanto despida de fatos -, [...]” pois a justiça não pode ser *normatizada*. “Haverá de ser descoberta laboriosamente em cada caso concreto, observados, porém, determinados critérios capazes de impedir que a natural (e inevitável) *discricionariedade* do ato jurisdicional se transforme em *arbitrariedade*”.³⁶⁰ A superação do positivismo, “[...] para recolocar o Direito (especialmente o processo) no campo das ciências hermenêuticas”, é condição de possibilidade a tornar as decisões judiciais “[...] um reflexo da constelação de valores válidos para as circunstâncias históricas que os produziram”.³⁶¹ Tem-se que regressar ao ponto em que o Direito, longe de expressar-se através de uma linguagem unívoca, é aceito como essencialmente problemático, incapaz de admitir um raciocínio dedutivo, próprio das ciências exatas.

³⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 170.

³⁶⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 86.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 36.

É fundamental não retroceder, tratando de “[...] refletir teoricamente, de tematizar dogmaticamente e de resolver metodicamente”.³⁶² Superar o dogmatismo é uma imposição das novas realidades históricas, já que a problematicidade do Direito inexoravelmente o aproxima do “caso”, dando azo a sua criação jurisprudencial (e a criação do próprio direito, segundo a TED). Nesse contexto, tem-se que as premissas lançadas por Dworkin acerca do “certo” e do “errado” merecem uma (re)análise que supere um raciocínio matemático,³⁶³ porque toda resposta situa-se, consoante já ressaltado, em determinado contexto histórico, o que dá margem a diversos questionamentos: é certa (até) *quando*? Para ontem (passado), para hoje (presente) ou para sempre (futuro)?

São demasiados conhecidos os estreitos vínculos entre o direito e a linguagem, razão pela qual até mesmo aqueles que aclamam o “*linguistic turn*” não escapam da constingência de que a linguagem é historicamente contextualizada, pois sensivelmente variável no próprio tempo e espaço. Há movimento, há mudança, há história. “Ser é ser no tempo; logo, o tempo tem de ser. Ele contém tudo, envolve tudo, carrega tudo: tudo o que acontece acontece no tempo, e nada, sem ele, poderia ser nem devir. Ele é exatamente, a condição do real”.³⁶⁴

Sendo assim, quando Dworkin afirma que “[...] devemos defender nossa escolha como a *melhor justificação* da complexa prática da legislação”, que exige que essa seja defendida “[...] no contexto de uma concepção específica de moralidade democrática, ou de outra forma de política”,³⁶⁵ pode-se dizer que sua teoria (ainda) revela préstimos para uma teoria democraticamente adequada da decisão jurídica, e para a correta exegese do art. 298 do CPC (motivação nas decisões acerca de tutelas provisórias).

Sobre a decisão jurídica em Dworkin, assevera Franciso José Borges da Motta em sua tese doutoral, quando apresentou as bases para uma teoria democraticamente

³⁶² MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 107.

³⁶³ Nesse especial, acerca do raciocínio matemático em Dworkin, enaltece Ovídio A. Baptista da Silva: “Embora o tema não seja destacado por Dworkin, sou induzido a supor que ele, como os *iluministas*, ainda raciocina com os critérios matemáticos do ‘certo’ e do ‘errado’, próprios da linguagem científica, de que fora precursor, no direito moderno, o filósofo alemão Gottfried Wilhelm Leibniz [...]”. SILVA, op. cit., p. 39.

³⁶⁴ COMTE-SPOINVILLE, André. **O ser-tempo**: algumas reflexões sobre o tempo da consciência. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 22. No original: “Être, c'est être dans le temps; il faut donc que le temps soit. Il contient tout, il enveloppe tout, il emporte tout: tout ce qui arrive arrive dans le temps et rien, sans lui, ne pourrait ni être ni devenir. Il est, exactement, la condition du réel”. COMTE-SPOINVILLE, André. **L'être-temps**: quelques réflexions sur le temps de la conscience. Paris: Presses Universitaires de France, 1999. p. 12.

³⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 26-27.

adequada da decisão jurídica utilizando como fio condutor a obra do jusfilósofo norte-americano:

[...] uma decisão jurídica deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser produto de um *procedimento* constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin trata por *participação moral*; por outro, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação que, dirigida à integridade, honre a *responsabilidade* enquanto virtude. Outra maneira de dizê-lo é: a resposta jurídica e democraticamente correta tem uma dupla dimensão, a saber, procedimental e interpretativa.³⁶⁶

Poderia-se afirmar, assim, uma necessária “[...] *simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin*”³⁶⁷, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única nem a melhor: simplesmente se trata da ‘resposta adequada à Constituição’”.³⁶⁸ Assim, em cada caso, deve-se ter presente que a função fundamental da decisão judicial “[...] consiste em resolver uma controvérsia segundo critérios legais e racionais *controláveis*”, e “[...] que tal função se realiza quando o juiz faz uma *escolha*” (poder discricionário) dentre as diversas soluções hipoteticamente possíveis no conflito e adequadamente inserida no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, “[...] o juiz é obrigado a motivar – ou seja, a justificar – a sua sua decisão, uma vez que dessa forma opera princípios constitucionais e normas processuais ordinárias e que, ao configurar este ‘discurso justificativo’, o juiz *constrói* a sua narrativa”,³⁶⁹ relativamente ao fatos e aos aspectos jurídicos que o levaram a tomar tal decisão. Daí, surge a importância da dupla *dimensão dialética*³⁷⁰ no processo, pois

³⁶⁶ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3148>>. Acesso em: 17 out. 2017.

³⁶⁷ Escarece STRECK: “é preciso compreender que – do mesmo modo que *Gadamer*, em seu *Wahrheit und Methode* – *Dworkin* não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que ele sustenta *não* é produto da atitude de um *Selbstsüchtiger*); *Dworkin* superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz “Hércules” é apenas uma metáfora para demonstrar que a *superação* do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) *não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto*”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 690.

³⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 690.

³⁶⁹ TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil**. Organizado e traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 101-102.

³⁷⁰ Sobre a dimensão dialética, aduz Michele Taruffo: “Essa dimensão é na realidade dupla: pode-se, de fato, falar de uma dimensão dialética diacrônica que se articula no tempo e ao longo do curso do processo, e de uma dimensão dialética sincrônica, que diz respeito à estrutura de narrativa que o juiz desenvolve na decisão final”. *Ibid.*, p. 102.

determina tanto a exposição das sequências narrativas, quanto a estruturação do próprio procedimento.

O processo não é um monólogo, é um diálogo, uma troca de proposições, de repostas, de réplicas; um verdadeiro cruzamento de ações e reações, de estímulos e contraestímulos, de ataques e contra-ataques. É, por assim dizer, “[...] um duelo de persuasões e um confronto de argumentos”,³⁷¹ em que a dialeticidade mostra-se triangular (*tres personae faciunt processum*), e onde “O êxito do processo e, portanto, a sorte da justiça depende do amigável e leal desenvolvimento dessa conversação”.³⁷²

Disso decorre também dizer que no processo é indispensável o contraditório, não para aumentar a litigiosidade das partes, mas no sentido do interesse da justiça e do juiz, que, mesmo na contraposição dialética das defesas opostas, encontra o melhor meio de iluminar os mais diversos ângulos das exposições. Logo, surge indispensável o papel dos necessários interlocutores desse *diálogo* (contraditório), que tanto autoriza a *influência nas convicções* do magistrado, como o bom funcionamento da justiça: os advogados. “Se, no regime de democracia, o processo deve ser, ao contrário uma conversação civil entre pessoas colocadas no mesmo nível humano, é fácil entender que seja, em um ordenamento democrático da justiça, a importância do advogado”³⁷³ a própria condição de concretização do processo dialético.

Juízes e advogados assemelham-se, no processo, a um sistema de vasos comunicantes: cultura e lealdade se mantêm constantemente, para os juízes e para os advogados, no mesmo nível, elevando-se ou diminuindo, para uns e para outros, em medida igual e constante. Bons juízes fazem bons advogados e vice-versa [...].³⁷⁴

Ademais, a colaboração entre ambos, possibilitaria traçar melhores contornos a problemática assinalada por Marinoni à respeito da utilização do art. 298 do CPC, onde denuncia que a “[...] falta de critérios também impede o advogado de poder controlar a decisão do juiz, uma vez que, se a decisão sequer tem *adequada justificativa*, toma-se impossível argumentar que a decisão é incorreta”.³⁷⁵

Assim, esse “vínculo” criado entre os sujeitos do processo (art. 6º, CPC) ditaria o

³⁷¹ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 84.

³⁷² Ibid., p. 89.

³⁷³ Ibid., p. 89.

³⁷⁴ Ibid., p.89.

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 72. Livro eletrônico.

rumo e o ritmo do processo. Acerca do ritmo, diga-se que “De acordo com [...] sua espontaneidade ou preguiça, eles podem se tornar os seus aceleradores ou os seus retardadores”,³⁷⁶ o que desponta com extrema relevância no caso de tutelas provisórias.

Nesse sentido, poderia-se atribuir a hodierna lentidão dos processos não só ao resultado de causas contingentes, a manutenção do compromisso com a ordinariedade, mas também de um costume forense, isto é, de uma falta de colaboração. Diga-se: uma falta de *confiança recíproca* (solidariedade, sociabilidade, compreensão) que interfere nas complicações e retardos do andar do processo – fala-se, aqui, nas *cautelae ad protrahendas causas ad longum* e nos próprios mecanismos processuais a tratar essas complicações/retardos ocasionados por um adversário de má-fé (dentre eles as tutelas provisórias).

Um dos exemplos mais típicos dessa desconfiança é a falência da oralidade³⁷⁷ e a cristalização burocrática do *juiz instrutor*, aquele reduzido, frequentemente, “[...] a um mecanismo registrador de abertura de vistas, [...] que não aprecia a conversação direta com os advogados, que poderia servir para simplificar a causa e deixar claros os pontos essenciais”,³⁷⁸ permitindo a “aceleração” do próprio processo.

³⁷⁶ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 90.

³⁷⁷ Segundo Chiovenda, “o processo romano foi eminentemente oral, na plenitude da significação desse termo e pela razão íntima e profunda de que assim o exigiria a função da prova”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1, p. 126. Sobre o declínio da oralidade, assevera Darci Guimarães Ribeiro: “A oralidade como postulado no processo começou a declinar com a influência exercida pelo processo romano (a partir de Justiniano com o *corpus iuris civilis*) e o processo canônico. A oralidade veio a surgir, novamente, com a adoção de numerosos princípios do processo sumário da Clementina *Saepe*, permitindo debates orais e reduzindo formalidades”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 161-162.

³⁷⁸ CALAMANDREI, op. cit., p. 93. Ademais, acerca do tema Calamandrei já ressaltou a mudança dos institutos processuais do Código de Processo Civil italiano: “Talvez o exemplo mais típico de como a desconfiança possa mudar a face dos institutos processuais se encontre no art. 180 do Código de Processo Civil, em que, quando o código entrou em vigor em 1942, se lia que ‘o trato da causa diante do juiz instrutor é sempre oral’. Depois, o ‘sempre’, com a reforma de 1950, foi suprimido. O artigo continua a proclamar que o trato ‘é oral’. Mas a abolição do ‘sempre’ demonstra que pode não chegar a sê-lo. Em realidade, inclusive diante do juiz instrutor, a oralidade caiu em desgraça. Aquela fase instrutória, que deveria ser, na ideia do legislador, um diálogo confidencial entre defensores e juízes convidados para uma mesma mesa, transformou-se, como no velho rito, numa série interminável de dilações, concedidas voluntariamente pelo juiz, para permitir aos advogados trocarem reciprocamente, de vista em vista, suas petições”. Ibid., p. 92-93. Por oportuno, transcreve-se a previsão original (antes das modificações) do artigo 180 do Código de Processo Civil italiano: “Art. 180. (Forma di trattazione). La trattazione della causa davanti al giudice istruttore e' sempre orale. Di essa si redige processo verbale, nel quale si inseriscono le conclusioni delle parti e i provvedimenti che il giudice pronuncia in udienza”. ITALIA. **Regio decreto 28 ottobre 1940, n. 1443**. Codice di procedura civile. (040U1443) (GU n.253 del 28-10-1940). Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>>. Acesso em: 19 out. 2017.

Da oralidade, surgiria a necessidade de uma preparação imediata; enquanto a escritura permite a transferência com maior estudo e tempo para um momento posterior (um melhor momento). Diga-se que essa “postergação” tem se revelado a opção preferencial, tanto de juízes como dos advogados, diluindo o processo em um verdadeiro *exercício de escrituras*, que inexoravelmente foram pensadas, repensadas e elaboradas através da jurisprudência.

“O pior inimigo da oralidade é o medo de ‘se comprometer’”.³⁷⁹ Daí dizer que o “[...] prolema maior da oralidade não reside no campo do Direito, mas sim no da Filosofia e, em especial, na Ética, pois, na medida em que se agrava a crise ética, agrava-se a crise nas relações humanas”, isto é, “[...] uma desconfiança generalizada no ser humano, e, por conseguinte, na pessoa do magistrado. A oralidade corre em sentido contrário, na proporção em que pressupõe uma maior credibilidade, confiança na pessoa do homem-juiz”, em um maior comprometimento, já que “[...] um processo predominantemente oral significa aproximar o juiz do fato, permitindo uma análise fenomenológica”,³⁸⁰ que conseqüentemente exigiria a atribuição de créditos à capacidade objetiva de observação e análise imparcial dos dados observados.

Portanto, a oralidade refletiria numa valorização da pessoa do homem-juiz, estando imbricada, conforme ensina Darci Guimarães Ribeiro,

[...] no conceito *social* de processo, visualizado externamente como um instrumento de bem-estar social, capaz de garantir um acesso efetivo a uma ordem jurídica justa, pois, de acordo com Chiovenda, ‘il processo deve dare per quanto possibile a chi ha un diritto tutto quello e próprio quello ch’ egli ha diritto di conseguire’. E como *socializar* o processo, senão assumindo o magistrado uma posição proeminente frente às partes, capaz de não só promover o impulso [...] como também de participar mais ativamente, *v.g.*, no campo probatório, *na audiência preliminar*, etc.³⁸¹

É possível dizer que o novo Código de Processo Civil³⁸² buscou uma

³⁷⁹ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 93.

³⁸⁰ RIBEIRO Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 164-165.

³⁸¹ RIBEIRO Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. In: RIBEIRO Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 166.

³⁸² Sobre o Código de Processo Civil de 1973 e a oralidade, aduz Darci Guimarães Ribeiro: “[...] o fato de o próprio art. 131 do CPC prever a possibilidade de o juiz apreciar livremente, não só a *prova dos fatos*, como também *as circunstâncias constantes nos autos*, o que só pode ser feito mediante as regras da oralidade. O CPC não traz norma expressa adotando a oralidade, como registra o art. 180 do CPC italiano, mas somente de forma indireta no art. 132”. *Ibid.*, p.166. Ademais, o autor elucida,

(re)valorização da oralidade a partir da implementação do art. 695,³⁸³ que assevera que “Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694”. Nesse mesmo sentido, está a previsão do *caput* do art. 166, que determina que a “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, *da oralidade*, da informalidade e da decisão informada.”

Ademais, cabe dizer que a partir do referido art. 695 do CPC, sendo caso de concessão de tutelas provisórias, poderá o juiz designar outra *audiência*, a de *justificação prévia* – conforme o §2º do art. 300 do CPC. Sendo assim, muito embora se constate uma busca pela (re)inserção da oralidade no processo civil e da introdução de uma justice multiportas (art. 3º, CPC/15), a *práxis jurídica* ainda denuncia a presença da *desconfiança*. Verifica-se, na análise dos números, ainda um número ínfimo de casos envolvendo a preconizada audiência do §2º do art. 300 do CPC: 1.720 resultados no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul³⁸⁴, em um período compreendido entre 20/10/2017 a 05/04/1966 (51 anos). Outrossim, também não são melhores os resultados em outros Tribunais:³⁸⁵ no Supremo Tribunal Federal, encontrou-se apenas 1 resultado; no Superior Tribunal de Justiça, 27 resultados; no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 106 resultados; no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 14 resultados; no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 20 resultados; no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 7 resultados; e no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 9 resultados.

contudo, que diversamente já ocorria nos Juizados Especiais, onde há a previsão expressa no art. 2º da Lei nº 9.099/95.

³⁸³ Nesse sentido, as lições de Dario Ribeiro Machado Junior, comentando o art. 695 do CPC: “Da previsão procedimental de imediata realização de audiência de mediação e conciliação é extraída a *valorização da oralidade*, e de seus subprincípios da concentração dos atos processuais e imediação do contato entre o juiz e as partes (*caput*). São aplicáveis os ditames da parte geral quanto à audiência (art. 334, NCPC). MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro **Novo código de processo civil**: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Coordenação Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 174.

³⁸⁴ Pesquisa envolvendo as seguintes palavras-chaves: “audiência”, “justificação” e “liminar”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Busca**: “audiência”, “justificação” e “liminar”. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=audiência+e+justificação+e+liminar&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=justificação+e+prévia+e+liminar&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q+=&ulang=pt-BR&ip=189.6.242.110&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=990&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 20 out. 2017.

³⁸⁵ Resultado da pesquisa unificada feita no dia 20 de outubro de 2017. CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Jurisprudência unificada. **Portal da Justiça Federal**, Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 20 out. 2017.

Como já disse Calamandrei, “[...] a oralidade é destruída pela desconfiança”,³⁸⁶ uma desconfiança ínsita entre advogados e juízes, que acaba por refletir-se diretamente no procedimento, inclusive nessas situações onde a urgência é contemporânea a propositura da ação e o uso da oralidade poderia dar azo a maior efetividade, esclarecendo pontos que podem obstacularizar a apreciação dos requisitos autorizativos à *tutela do direito*, e, portanto, à própria *integridade do direito*.

4.2.1 A Estruturação e Coerência como Condição de Possibilidade para Alçar Maior Racionalidade aos Juízos de Probabilidade

Conforme já ressaltou Taruffo, “[...] a ‘descoberta’ da solução jurídica correta em relação aos fatos do caso e a conseqüente individualização da justa solução jurídica da controvérsia requerem do juiz um raciocínio que pode apresentar aspectos de grande complexidade”, até mesmo porque ao juiz cumpre indicar “[...] de forma logicamente *estruturada* as razões pelas quais [...] decidiu que aquela norma, com aquele significado, será aplicada àqueles fatos assim como resultam acertados”.³⁸⁷

Diga-se: toda decisão é dependente de “escolha” e de “justificação” dos caminhos procedimentais, isto é, da eleição de uma *técnica processual adequada*.

Quanto à “escolha”, diga-se que se está a falar no sentido de que poderá, à título de exemplo e conforme já referido, haver a designação de audiência de justificação prévia, ou mesmo, liminarmente, a prolação de decisão acerca de uma tutela de urgência. Já quanto à “justificação”, terá que fazê-la sempre presente, tanto em cognição sumária (art. 298, CPC/15) como em exauriente (art. 489, §1º, CPC/15). Ocorre que, muitas vezes a escolha da técnica e a conseqüente *estruturação* que dela decorre acaba por impor um *perigo de tardança* à tutela do direito e à sua *frutuosidade*.

Um direito só se mostra útil quando dele se pode fruir, isto é, se ele pode ser exercido. Nessa linha, um direito *atacado* por um ilícito é um direito que não permite fruição (seja parcial ou total); enquanto um direito *ameaçado* por um ilícito é um direito onde a frutuosidade também mostra-se ameaçada. Daí que a parte pode valer-se tanto de *tutelas satisfativas* (pronta realização, isto é, tutela de urgência antecipada e da

³⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 94.

³⁸⁷ TARUFFO, Michele. Sobre a complexidade da decisão judicial. In: RIBEIRO, Darci Guimarães (Org.). **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 106-107.

evidência), como *conservativas* (para realização futura, isto é, tutela de urgência cautelar).

É preciso perceber, portanto, que deve haver tanto uma distribuição isonômica do *tempo do processo* como uma *estruturação* que permita, desde logo, que seu desenvolvimento se dê à luz do direito fundamental à tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, CF). Tais observações forçam reconhecer que a atividade cognitiva do juiz em tutelas sumárias trabalha com a *flecha do tempo*,³⁸⁸ considerando tanto o passado que produziu o presente, assim como o presente que estará produzindo o futuro, e onde o pressuposto de *aplicação/concretização*³⁸⁹ do direito pressupõe a escolha e a interpretação³⁹⁰ *estruturada* do ordenamento jurídico que diretamente se aplica aos fatos da própria controvérsia ilustrada.

Contudo, falar em *estruturação*, não é falar em atingir a realidade, pois

Não se ‘atinge’ a realidade: quando falo em cadeira, falo em uma estruturação, que aparece na palavra, de uma realidade que é construída na linguagem. Não adianta buscar nada ‘por trás’ da cadeira. A verdade não aparece aí simplesmente como adequação, talvez como coerência de proposições entre si, sobretudo na teoria semântica.³⁹¹

A estruturação exige coerência (art. 926, CPC/15). E mais! Exige um olhar do julgador acerca das especificidades indispensáveis do caso concreto; do

³⁸⁸ Sobre o tempo e sua flecha, afirma Comte-Sponville: “Pourquoi parler de la flèche du temps et du présent comme flèche? Essentiellement pour deux raisons: parce qu’il y a devenir, et parce qu’il y a irréversibilité. Le devenir va de soi: on ne se baigne jamais deux fois dans le même fleuve. L’irréversibilité, s’agissant du présent, semble plus problématique. Qu’est-ce que cela peut bien vouloir dire? Mais Bernard Piettre, pour le problème qu’il soulève, apporte lui-même un élément de réponse. « Un présent irréversible, écrit-il, est, rigoureusement parlant, un présent qui ne revient pas. » Excellente remarque: le présent ne revient jamais, et c’est très exactement ce qu’on appelle *la fuite* (surtout chez les poètes) ou la *flèche* (surtout chez les scientifiques) du temps! (COMTE-SPOINVILLE, André. **L’être-temps**: quelques réflexions sur le temps de la conscience. Paris: Presses Universitaires de France, 1999. p. 70-71, tradução nossa). “Por que falar da flecha do tempo e do presente como flecha? Essencialmente por duas razões: porque há devir e porque há irreversibilidade. O devir é óbvio: ninguém se banha duas vezes no mesmo rio. A irreversibilidade, tratando-se do presente, parece mais problemática. O que isso pode querer dizer? Mas Bernard Piettre, para o problema que levanta, fornece ele mesmo um elemento de resposta. «Um presente irreversível’, escreve, ‘é, rigorosamente falando, um presente que não volta. » Excelente observação: o presente nunca volta, e é exatamente isso que se chama a *fuga* (principalmente entre os poetas) ou a *flecha* (principalmente entre os cientistas) do tempo!” Diga-se, por oportuno, que para o autor a flecha do tempo nada mais é que o presente como flecha, já que para ele o presente só tende para si mesmo em via de mudar, e porque não existe nenhuma outra coisa senão o presente.

³⁸⁹ Aqui, faz-se menção às concepções advindas da Teoria e (Metódica) Estruturante do Direito.

³⁹⁰ Aqui estará a denominada dimensão jurídica da decisão, que é essencialmente uma dimensão *hermenêutica* (no significado amplo do termo) na medida em que centra na escolha e interpretação dos textos normativos que regem o caso.

³⁹¹ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijuí: UNIJUÍ, 2008. p. 31.

preenchimento dos pressupostos que permitem uma tutela *diferenciada* para salvaguardar o direito *em crise* de efetividade.

O processo não é redutível a uma espécie de competição literária cujo fim é escolher uma ‘boa’ narrativa ou a ‘melhor’ narrativa (ou mesmo um instrumento dotado de padrão epistemológico de “certo” ou “errado”). Ao contrário! A decisão judicial funda-se, essencialmente, “[...] na correta aplicação de uma norma aos fatos do *caso concreto*”, porquanto “[...] o processo chega, na decisão final, a uma narrativa fática ‘verdadeira’ desde que seja fundada em uma avaliação racional das provas disponíveis”.³⁹²

Direito é práxis, pois “A vida do direito, antes de tudo, é a vida dos fatos”.³⁹³ Nesse viés, como já asseverou Neves, diga-se que a obra de Dworkin não vai além de um simples “[...] princípio regulativo a que falta apoio determinante de um definitivo esquema metodológico para o seu efetivo cumprimento”.³⁹⁴ Isso porque se trata de uma obra com menor preocupação com a práxis judiciária, encontrando-se presente a determinante separação entre “direito” e “fato”. E, nesse sentido, “É natural, sem preocupar-se com as complexíssimas ‘questões de fato’, que envolvem os concretos litígios judiciais, seja impossível a Dworkin sair da academia para encontrar-se com as questões forenses”.³⁹⁵

Tanto é assim que, na sua teoria, “Expulsa-se das decisões judiciais qualquer resquício de *subjetividade*, que naturalmente, não deve confundir com *arbitrariedade*”.³⁹⁶ Ocorre que, a parcela subjetiva (a discricionariedade) que está para o ato de julgamento é aquela que decorre dos valores dominantes na comunidade social, interpretados pelo julgador. Nisso, confirma-se o que Friedrich Müller já asseverou: “[...] uma ciência jurídica sem decisões nem valorizações não será nem prática, nem real”.³⁹⁷

³⁹² TARUFFO, Michele. Sobre a complexidade da decisão judicial. In: RIBEIRO, Darci Guimarães (Org.). **Ensaios sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 115.

³⁹³ COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Trad. Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 25.

³⁹⁴ NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. 1. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 359.

³⁹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 20.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 23.

³⁹⁷ "Une science juridique sans décisions ni valorizations ne serait ni pratique ni réele". MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 216.

A exigência de objetividade jurídica não pode ser colocada no sentido de um conceito ideal, mas, pelo contrário, como requisito de uma racionalidade verificável, questionável do trabalho do direito e como requisito de justiça concreta tomada como o caráter factualmente determinado das prescrições legal e como a incorporação dos elementos factuais da normatividade no processo de concretização.

A objetividade no sentido dessa determinação concreta (Sachbestimmtheit) mostra isso: a tarefa da ciência jurídica é circunscrita pela norma jurídica (que deve ser elaborada no caso concreto). Esta norma não pode ser novamente abstraída da realidade do campo normativo da regulação por meio de considerações já formuladas pela filosofia do direito. As tarefas que lhe são impostas precisam de objetividade em um segundo sentido: o da verificabilidade racional, prática, e portanto útil ao direito, da discussão e da decisão jurídica. [...] A exigência de objetividade não significa a eliminação, mas trazer à luz as avaliações necessárias e efetivamente implementadas.³⁹⁸

Assim, a aplicação/concretização do *direito vigente*,³⁹⁹ permite dizer que a motivação das decisões em tutelas provisórias (art. 298, CPC), ou mesmo que “a fundamentação da concretização ainda admissível no quadro de uma democracia ou de um Estado de Direito situa-se em todo o processo de trabalho apresentado na íntegra e com honestidade [...]”.⁴⁰⁰ Apenas assim, a integralidade do ordenamento jurídico não estaria reduzida a uma única resposta correta para a concretização do direito, pois não se aceitaria um dogma unitarista.⁴⁰¹

³⁹⁸ "L'exigence d'objectivité juridique ne peut être posée au sens d'un concept idéal, mais bien, au contraire, en tant que l'exigence d'une rationalité vérifiable, discutable du travail du droit et en tant que l'exigence de justice concrète prise comme le caractère factuellement déterminé des prescription juridique et comme l'incorporation des éléments factuels de la normativité dans le processus de concrétization. L'objectivité au sens de cette déterminité concrete (Sachbestimmtheit) montre ceci: la tâche de la science juridique est circonscrite par la norme juridique (qui doit être élaborée dans le cas concret). Cette norme ne peut être de nouveau mise à distance abstraite de la réalité du champ de réglementation normé par l'intermédiaire de considérations a posteriori formulées par la philosophie du droit. Les tâches qui son ansi imposées ont besoin d'objectivité en un second sens: celui de la vérifiabilité rationnelle, pratique, et donc utile au droit, de la discussion et de la décision juridiques. [...] L'exigence de objectivité ne veut pas dire l'élimination mais la mise au grand jour des valorisations nécessaire et efetivamente mises en oeuvre". MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris : Presses Universitaires de France, 1996. p. 216.

³⁹⁹ Sobre o termo, elucida Friedrich Müller: “[...] tanto a norma jurídica e o texto da norma quanto a norma jurídica e a norma de decisão forem distinguidas sistematicamente (por parte da Teoria Estruturante do Direito), a idéia do “direito vigente” se esclarece: costuma-se designar por esse termo o conjunto dos textos das normas, que devem ser desenvolvidos apenas no caso na direção de normas jurídicas, de acordo com regras de método, sendo que essas normas jurídicas por sua vez devem ser desenvolvidas na direção de normas de decisão. Esclarece-se, outrossim, que “unidade”, “integralidade” e “coerência” foram confundidas com a positividade e equivalência hierárquica das normas de uma codificação bem como com a identidade do estoque de normas consigo mesma”. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 170.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 142.

⁴⁰¹ Afirma, sobre o tema, Friedrich Müller: “A objeção tradicional aos dogmas unitaristas afirma desde a Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses e a Ciência Jurídica de orientação sociológica que a integralidade do ordenamento jurídico seria apenas um postulado, pois o juiz

Logo, o *direito como integridade* surge tanto como o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto é sua fonte de inspiração. Nesse vies, valendo-se das premissas dworkinianas adotadas pelo Código de Processo Civil (art. 926), que se faz uso para dar consequência às exigências da integridade, tem-se como necessário que o intérprete do Direito considere duas dimensões da interpretação da prática jurídica: o ajuste (*fit*) e o valor (*value*).

Destaca-se que, a melhor maneira de compreender essa proposta é retomar a célebre analogia entre o raciocínio jurídico e a interpretação literária, isto é, o romance em cadeia, em que cabe a cada romancista a criação de um capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo com seriedade a responsabilidade de criar, o quanto possível, um romance único, integrado. Note-se assim que, muito embora se conceba que a criação do direito está para o caso,⁴⁰² ela não pode desconsiderar o complexo já empreendido *na cadeia*, pois a esta deve coerência – que pode mostrar-se vetor de grande auxílio ao magistrado, principalmente em cognição sumária, já que fundamentará suas decisões em “juízos de probabilidade”.

Passa-se assim a entender o juiz como um “operador jurídico”, onde o “[...] sujeito da decisão jurídica não é ‘a lei’, ‘a norma’, mas o jurista efetivamente atuante. *Ele* é responsável pela sua deliberação vinculante, estando comprometido com o Estado de Direito e a democracia, no tocante à metódica do seu trabalho”.⁴⁰³

Logo, abandona-se o que tradicionalmente estava em jogo: “[...] a ‘aplicação’ de leis”, onde tinha-se um conteúdo determinado pela vontade do seu autor (legislante), que falava pela boca do juiz “[...] - decide, assume a responsabilidade, não o juiz. Quem fala não é um sujeito humano, mas um texto: o juiz como ‘bouche de la loi’”.⁴⁰⁴ Volta-se o olhar ao julgador, como forma de responder

sempre se veria diante da necessidade de “preencher lacunas da lei por meio de um ato de criação do direito” (Arthur Kaufmann). Tal crítica não é suficientemente ampla. Ela aponta para a experiência jurídica cotidiana da insuficiência lógica, para o fracasso dos ideais do “silogismo” e da “subsunção”. Ocorre que aqui o conceito da norma e as qualidades do que ele designa não são pensadas até as suas últimas conseqüências. Na sua imagem do direito como unidade, na sua compreensão da decisão como subsunção lógica, na sua eliminação de todos os elementos da ordem social que não foram dogmatizados no texto da norma, o positivismo com efeito seguiu e continua seguindo uma ficção”. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 169.

⁴⁰² Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>>. Acesso em: 15 jun. 2017. Ademais, sobre esse texto, rever nota 129.

⁴⁰³ MÜLLER, op. cit., p. 126.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 127.

O que, portanto, acontece efetivamente no trabalho jurídico? Não o procedimento da inferência lógica, que asseguraria a objetividade, mas — ‘em meio ao caos’ — o trabalho estruturável, comunicável e com isso controlável de semantização. Não há pontos fixos, mas processos: do trabalho jurídico em geral, da normatividade a ser produzida nele, os atos de fixação do significado e da referência, do trabalho de delimitação. Por isso só existem resultados intermediários nas estações parcialmente marcadas por prescrições processualistas: das primeiras hipóteses sobre o texto da norma e sobre o âmbito material até a decisão final transitada em julgado, que então já não estará mais abandonada ao Direito Processual, mas, isso sim, ao discurso continuado.⁴⁰⁵

Diga-se: ao juiz cabe *trabalhar* com os textos. Nesse sentido, tem-se que o uso da Metodica Estruturante permite um “trabalho com textos” (*travail avec les textes*), não apenas *sobre* textos (*travail sur des textes*), mas também trabalho direto *de* textos (*travail de textes*). “[...] Poder-se-ia dizer não sem recorrer a uma fórmula célebre de Dworkin, ‘em levar os textos a sério’”.⁴⁰⁶

Em verdade, “Textos de normas não são promulgados para serem ‘compreendidos’, mas para serem utilizados, trabalhados por juristas encarregados para tal fim”,⁴⁰⁷ de forma a resguardar a concretude do direito, o próprio direito em crise de efetividade, carecedor de uma tutela diferenciada.

A isso, corresponde o fato de que “[...] não se trata apenas de ‘interpretar’, quer dizer, tornar compreensível, sobretudo na formulação das razões da decisão ‘para público externo’.” Pelo contrário, “[...] trata-se sempre do trabalho *com textos* no âmbito de instituições normatizadas do Estado e de procedimentos normatizados, trata-se de uma semantização integradora ativa, de trabalho potenciadamente complexo⁴⁰⁸ *com textos*”.⁴⁰⁹

Sendo assim, este agir *com textos* da metodologia estruturante de Müller vem de encontro a inadequação da representação tradicional da norma jurídica às exigências

⁴⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 145.

⁴⁰⁶ JOUANJAN, Oliver. De Hans Kelsen a Friedrich Müller: método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. Trad. Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 267.

⁴⁰⁷ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 146.

⁴⁰⁸ A complexidade é marca inerente do trabalho desse “operador jurídico” *com textos*, tanto pelo número delirante de prescrições na sociedade atual, quanto pela estrutura. Nesse sentido, está o Brasil, conforme assevera Friedrich Müller: “Mas por que o trabalho com textos, desenvolvido pelos juristas práticos, e a estrutura do texto no quadro da democracia ou do Estado de Direito seriam tão complexos? Em primeiro lugar em virtude da sua quantidade e estrutura: em virtude do número delirante de prescrições na atual sociedade industrial desenvolvida, incluindo-se aqui — com referência ao Brasil e à Alemanha — as complicações advindas da natureza do estado federativo e - com referência à União Européia — as interferências supranacionais”. *Ibid.*, p. 150.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 145-146.

práticas, fornecendo indicação metodológica à clareza da concretização da norma, onde o método é o próprio “caminho da concretização do direito”, se empenhando pela plausibilidade. Isso conduziria a uma *exposição* racional das razões da decisão (fulcro ao intento do art. 298, CPC), como também a uma maior racionalidade da *aplicação* do direito.

Certamente, algumas “[...] reflexões da práxis recomendam ordenar ao menos a sequência hierárquica e a ordem de menção dos elementos reais da elaboração da sentença com retoques”. Contudo, “[...] satisfaz-se o mínimo exigido de honestidade quanto ao método, se os elementos da concretização, que se tornaram realmente eficazes *aparecem integralmente* e na sua função jurídica concreta na fundamentação”.⁴¹⁰ Ocorre que, nem sempre se verificam os elementos da concretização (disponíveis na Figura 1), principalmente nas decisões que envolvem tutelas sumárias, onde da análise dos requisitos autorizativos, denuncia-se um subjetivismo exacerbado.

Talvez por isso que, da análise dos resultados da jurisprudência do TJRS, se tem 932 resultados para a pesquisa envolvendo as palavras “tutela de urgência” e “tutela da evidência”.⁴¹¹ Dentre os resultados da pesquisa, repetidamente, há remissão dos magistrados que a concessão da tutela reclamada *pressupõe existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito reclamado pela parte autora e, ainda assim, se houver perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, consoante estabelece claramente o art. 300 do NCPC, ou ainda, na ausência de tais elementos, ficar caracterizada alguma das hipóteses do art. 311 do NCPC.*

De fato, a práxis denuncia que há uma famigerada formulação de pedidos alternativos de tutela de *urgência* antecipada com pedidos de tutela da evidência, o que se pode atribuir a falta de um “prognóstico seguro”,⁴¹² tanto da análise do julgador

⁴¹⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 83.

⁴¹¹ Pesquisa realizada em 27 de outubro de 2017. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Busca:** “tutela”. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tutela+e+urgencia+e+evidencia&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=189.6.242.110&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 27 out. 2017.

⁴¹² Diga-se, aqui, que dentre as hipóteses previstas no art. 311 do CPC, eleva-se a análise (discricionabilidade) do magistrado, principalmente nas hipóteses dos incisos I (ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte) e IV (a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável).

acerca dos fatos e das provas carreadas, como do próprio histórico de medidas concessivas que não seguem um critério coerente.

Sendo assim, do ponto de vista metódico, a TED poderia se revelar importante auxiliar da decisão fundamentada, diretamente vinculada à norma, sem impedir que os princípios no sentido da tópica entrem em jogo, tanto na concretização geradora da norma quanto na integração da pré-compreensão (e, aqui, também das presunções judiciais), pois passam a pertencer ao enfoque indagativo pelo qual a interpretação é guiada. Assim, despontaria a necessidade de o operador utilizar da metódica para esmiuçar as particularidades do caso.

Portanto, muito além da “adequação”, que também implica a escolha da técnica apta a lidar com as intempéries do tempo do direito, o agir do magistrado deve se mostrar “estruturado” (de acordo com as particularidades do caso) e “coerente” (com toda construção histórica), já que constitui uma solução de liberdade e de responsabilidade.

O direito sempre atua buscando o equilíbrio da conduta humana. “Ao lado da possibilidade, põe uma limitação; junto à liberdade, que é um poder, coloca a responsabilidade, que é uma forma de dever.”⁴¹³

Reflita-se sobre isso e promova-se um movimento de descolamento (libertação) do pensamento dogmático (doutrina e jurisprudência) da filosofia da consciência e do paradigma da subjetividade que a representa (esquema sujeito-objeto); se os sentidos do direito e o próprio direito que *são temporais* continuarem sendo bloqueados, continuará havendo um óbice ao efetivo *acontecer/concretizar*, assim como ao próprio dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, que é o reflexo de uma verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito.

⁴¹³ COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Trad. Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 34.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria Estruturante do Direito criou noções operacionais, instrumentos analíticos e metodológicos, a partir de ‘quatro pilares’: dogmática, metodologia, teoria do direito e da constituição, linguística do direito. Foi desenvolvida a partir dos anos 60, na Alemanha, partindo de um paradigma indutivo, isto é, da análise da jurisprudência e da prática do Tribunal Constitucional alemão, bem como de outros tribunais e cortes – por exemplo, o Superior Tribunal de justiça alemão, o Supremo Tribunal Administrativo, as cortes constitucionais dos Estados-membros, etc. Contudo, lá não se perde, podendo servir de horizonte a países que apresentem a forma de Estado Democrático de Direito, fundado nos direitos fundamentais das pessoas.

Sua metodologia inscreve-se no desafio consistente em se desfazer do positivismo objetivista, ao reconhecer que uma ciência jurídica sem valoração e decisão não seria nem prática nem real. Passa-se a exigir objetividade, não aquela que diz respeito à eliminação, mas sim à revelação de valorações necessárias.

Tem-se, assim, que presta-se às decisões que concedem tutelas provisórias no direito brasileiro, calcadas no objetivo principal de evitar que o tempo comprometa a frutuosidade da decisão final, decorrente de uma tutela intempestiva ou incapaz de viabilizar, no plano do direito processual, a tutela pretendida pelo direito material. Isto porque, essa é uma área da processualística que ainda denuncia-se a presença do livre convencimento, já que destoa com maior evidência a presença das pré-compreensões, diretamente ligadas a uma “discricionariedade maior” do magistrado, indispensáveis tanto para a análise do preenchimento dos requisitos autorizativos dessas tutelas (art. 300, *caput* e §3.º do CPC/15; e art. 311, CPC/15), como nos casos do poder geral de cautela (art. 297, CPC/15) e de *escolha de qualquer* medida idônea para assecuração do direito (art. 301, CPC/15).

Buscou-se demonstrar, que não se pode mais aceitar concepções de “certo ou errado”, adotados, à título de exemplo por Dworkin, pois deve haver uma utilização direta de elementos do caso individual, que destoam indispensáveis, principalmente, em casos de análise da verossimilhança/probabilidade do direito.

Trata-se, portanto, de buscar a decisão mais adequada aos parâmetros constitucionais. À esse intento, realizou-se um diálogo entre teóricos: Müller e Dworkin. Destarte, os dois autores preocuparam-se em suas obras com uma “metódica” da decisão judicial. Contudo, a função judicial aparece muito diferenciada

entre ambos: em Müller, o juiz não está apto a criar regras (Dworkin), mas reflete-se naquele sujeito que, através do uso do “programa da norma” (Normprogramm) e do “âmbito da norma” (Normbereich) –conceito composto que torna o problema do “ser “ e “dever ser” operacional e maleável – resolve o caso concreto, filtrando os dados reais, em vista da concretização da norma.

Logo, o juiz é concebido como um crítico e um autor, mas não como no romance em cadeia (Dworkin), pois na TED ele será o “*autor do direito*”.

Tem-se que esses conceitos teóricos se demonstraram aptos à análise das tutelas provisórias (arts. 294 a 311) instituídas pelo Código de Processo Civil de 2015, porque reconhecem a presença da *discricionariedade judicial na aplicação* do Direito, o que permite traçar perspectivas para a solução de algumas problemáticas envolvendo a temática, principalmente àquelas ligadas a permanência do “livre convencimento”.

Logo, o uso da TED e do integracionismo dworkiniano permite traçar maior racionalidade técnica e responsabilização na práxis processual do Estado Democrático de Direito, bem como coaduna-se com os intentos do art. 298 do CPC (dever de fundamentação das decisões em tutelas provisórias) e do art. 926 do CPC (coerência, integralidade e estabilidade das decisões judiciais).

Dentro desse contexto, estruturou-se o trabalho em três capítulos, sendo que no capítulo 2, teve-se por indispensável o debate inicial acerca das inovações advindas com o Novo Código de Processo Civil, no campo procedimental das Tutelas Provisórias – gênero do qual pertencem as tutelas de urgência e da evidência.

Nesse especial, analisou-se questões ligadas a gestão do tempo no processo e a consequente *destemporalização* do direito, onde também fez-se referência aos reflexos do paradigma racionalista e a presença das presunções judiciais (modalidade de prova indireta a convicção judicial).

Refletiu-se, inclusive, sobre a técnica processual dispensada às tutelas sumárias: sejam elas tutelas de urgência cautelar e antecipada (antecedentes e incidentais), conforme arts. 300 a 310; ou tutelas da evidência (art. 311 do CPC/15).

Nesse viés, permitiu-se realizar no capítulo 3 a inserção no contexto jurídico-filosófico. Assim, foram levantados alguns aspectos da Teoria Pura do Direito, como condição de possibilidade à análise do contexto em que surgiu a Teoria (e Metódica) Estruturante do Direito.

As considerações feitas revelaram que Friedrich Müller buscou superar o vácuo interpretativo deixado por Kelsen, enaltecendo a importância da *applicatio* no contexto jurídico.

Há na TED, portanto, um resgate da discussão do ato decisório como responsabilidade política e, respectivamente, a crítica com relação às dificuldades/limitações enfrentadas *na/pela* ciência jurídica.

A realidade passa a ser conhecida como influenciadora da construção da norma. Contudo, não prevê todas as suas possibilidades, que só surgirão no âmbito do caso.

Passa-se, portanto, a cindir a noção identitária de texto e norma. Nessa concepção teórica, a norma jurídica seria uma composição de “ser” e “dever-ser”; enquanto isso, o texto da norma é apenas um dado de entrada do processo de trabalho denominado “concretização”. A norma jurídica é criada *no* caso, passando a ser estruturada pelo “programa de norma” e pelo “âmbito de norma”.

Trata-se de uma teoria “pós-positivista”, expressão utilizada pelo jusfilósofo alemão não como um recurso teórico-retórico, mas com o intuito de trazer algo ruptural, que efetivamente superasse as limitações do positivismo e do antipositivismo.

Estabeleceu-se, assim, postulados para a (re)discussão da racionalidade judicial em tutelas provisórias, uma vez que a TED não concebe o julgador como um sujeito alheio, mas sim como um *participante ativo*, dotado da devida discricionariedade a fim de *criar o* direito no caso concreto.

Passadas as premissas da interpretação judicial em Müller, no capítulo 4, essa dissertação teve como objetivo realizar um diálogo de teorias, ao aliar a *estruturação* propugnada pela TED aos vetores de *coerência* e *integridade* de Dworkin.

Diga-se que, tais premissas mostraram-se extremamente atuais, pois o Novo Código de Processo Civil concebeu o integracionismo dworkiniano no seu art. 926 (coerência, integridade e estabilidade das decisões).

Ademais, através desse diálogo entre os teóricos, se possibilitou examinar a questão da *discricionariedade judicial*, que não pode ser confundida com arbitrariedade, pois está calcada dentro da legalidade e exige, obrigatoriamente, uma justificação na tomada da decisão considerada mais justa ao caso concreto – em tutelas provisórias, está o teor do art. 298 do CPC/15.

Em síntese final, considerando as inovações em Tutelas Provisórias e os aportes teóricos da TED e do integracionismo dworkiniano, é possível estabelecer alguns apontamentos conclusivos:

- a) ainda que a TED não seja a única teoria contemporânea que confronta-se com o desafio de superar o positivismo exacerbado, vem a acrescentar ao debate jurídico, pois, de um ponto de vista hermenêutico-crítico, assume que a realidade não é um obstáculo, mas é constitutiva reflexivamente do processo hermenêutico de concretização da normatividade. Tal perspectiva não é privativa de Friedrich Müller, mas também foi adotada por Ronald Dworkin;
- b) as teorias desses dois jusfilósofos se mostram aptas ao estudo das Tutelas Provisórias na vigência do Código de Processo Civil, porque permitem a análise do elemento subjetivo e da discricionariedade judicial - controlada pela intersubjetividade estruturante do direito-, que não pode olvidar a necessária coerência e integridade (art. 926, CPC/15). O processo de interpretar não se esgota na afirmação de que o positivismo exegético foi superado. Os problemas ligados aos sentidos jurídicos não são resolvidos a partir de um molde *ante casum*, que consiga prever todas as possíveis tessituras e possibilidades. Tem-se que, o interpretar/aplicar também tem que dar lugar ao concretizar, que exige que o julgador considere as circunstâncias de produção normativa que se apresentam. Daí, desponta a sua responsabilidade jurídica, política e ética;
- c) sendo assim, com a estrutura da concretização formulada por Friedrich Müller aliada ao integracionismo dworkiniano, não se está a afirmar que há uma “fórmula” mais segura a rechaçar arbitrariedades ou voluntarismos, mas pelo menos, um caminho mais racional para o trabalho do julgador. Faz-se necessário aperceber-se ser-no-mundo, como um verdadeiro participante no conjunto de possibilidades. Mostra-se tempo de abandonar as buscas por verdades, impossíveis de ser alçadas; a separação entre homem e mundo; a fratura entre sujeito e objeto; o apego a ordinariedade, ao intuito de possibilidade a construção de genuínas tutelas preventivas. Mas, acima de tudo, se deve (re)pensar a relação entre texto e norma para além de um abismo ou identificação. O texto é assumido como ponto de partida e o limite máximo da interpretação, isso porque no Estado Democrático de Direito, toda essa atividade se encontra vinculada a um trabalho *com* textos normativos, que também deve respeito a própria integridade *no/do* Direito (Dworkin).

Assim, todos os elementos constituintes da decisão estarão sujeitos a uma justificação metódica, aliando “adequação”, “estruturação” e “coerência” como uma solução de liberdade e de responsabilidade a motivação do julgador (art. 298, CPC).

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria da norma e do direito subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica**. São Paulo: Noeses, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross São Paulo: Nova Cultural, 1973. v. 4. (Os pensadores).

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. t. 2: Parte geral: institutos fundamentais.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1947.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENÍTEZ GIRALT, Rafael. **El papel del juez en la democracia: un acercamiento teórico**. 1. ed. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/publicaciones/papeldeljuezenla-democracia.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 de jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 24.268-0 - Minas Gerais. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União. Gerente de Recursos Humanos da Subsecretária de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda-Gerência Regional de Administração em Minas Gerais. Relatora originária: Min. Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 5 fev. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 17 set. 2004.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; Gomes, Nestor Castilho. **A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller**. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 95-114, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p95/13640>>. Acesso em: 22 de set. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádova: CEDAM, 1936.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Traduzido por Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CALAMANDREI, Piero. Verdade e verossimilitude no processo civil. In: CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

CIPRIANI, Franco. **I problemi del processo di cognizione tra passato e presente**. [S.l.], 2003. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rctj&q=&esrc=s&source=web&cd=11&ved=0ahUKEwjCibC88KvUAhWBjpAKHf-vBrw4ChAWCCEwAA&url=http%3A%2F%2Farchivio.rivistaaic.it%2Fmateriali%2Fconvegna%2Foma20021114%2Fdoc%2Fcipriani.doc&usg=AFQjCNE4Fr9uOUi2tBoRjUa4YhhuShNA5A>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

COMTE-SPOINVILLE, André. **L'être-temps**: quelques réflexions sur le temps de la conscience. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

COMTE-SPOINVILLE, André. **O ser-tempo**: algumas reflexões sobre o tempo da consciência. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 45**. I Jornada de Direito Processual Civil, Brasília, DF, ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/jornada-direito-processual-civil-cjf.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 48**. I Jornada de Direito Processual Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1064>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Jurisprudência unificada. **Portal da Justiça Federal**, Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 20 out. 2017.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988.

COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Trad. Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COUTURE, Eduardo Juan. **Proyecto de código de procedimiento civil** (con exposición de motivos). Montevideo: Impresora Uruguaya, 1945.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido R. Escopos políticos do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 34, n. 92, p. 119-158, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELMANN, Wilson. A lei processual e sua vigência temporal: aportes para uma teoria geral da (ir)retroatividade. In: ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo; BOECKEL, Fabrício Dani de (Org.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENTREVISTAS. Teoria estruturante do direito - Fontes. Posição na história da ciência. Núcleo teórico e prático. Interdisciplinaridade. Importância para a democracia e justiça no Brasil - Entrevista com Friedrich Müller. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 229-247.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Trotta, 1995.

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

FRANK, J. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GADAMER, Hans- Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Univeritária São Francisco, 2004.

GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Trotta, 2003.

GRUNSKY, Wolfgang. Reflexiones sobre la eficacia del derecho procesal civil en Alemania. In: RAMOS MÉNDEZ, Francisco **Para un proceso civil eficaz**. Barcelona: Belaterra, 1982.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretacion juridica**. Trad. Por Marina Gascon e Miguel Carbonell. 5. ed. México: Editorial Porrúa, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, J.; SIEBENEICHLER, F. B. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. De A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ontología**: hermenéutica de la facticidad. Versión de Jaime Aspiunza. Madrid: Alianza, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Serenidade**. Traduzido por Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

ITALIA. **Regio decreto 28 ottobre 1940, n. 1443**. Codice di procedura civile. (040U1443) (GU n.253 del 28-10-1940). Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>>. Acesso em: 19 out. 2017.

JHERING, Rudolf von. **L'esprit du droit romain das les diverses phases de son développement**. Traduit par O. de Meulenaere. Tome troisième. Bologna: Forni, 1969.

JOUANJAN, Oliver. De Hans Kelsen a Friedrich Müller: método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. Trad. Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KAUFMANN, A. **Filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

LARENZ, K.; LAMEGO, J. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1984, t. 1.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 25, n. 51, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15169/13795>>. Acesso em: 26 set. 2017.

LUCENA, Clarissa Santos. Prova inequívoca da verossimilhança e reversibilidade do “provimento” antecipado: breves considerações sobre a tutela antecipada e a efetividade jurisdicional. In: ARMELIN, Donaldo. **Tutelas de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro **Novo código de processo civil**: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Coordenação Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice** - la gestion du temps dans le procès. France: Ministère de la Justice, 2004.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Traduzido por J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica. 1927.

MARINO, G. Arthur Kaufmann. **Filosofia del diritto ed ermeneutica**. Milano: A. Giuffrè, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Livro eletrônico.

MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil atual**. Coimbra: Coimbra, 2010.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Traduzido por Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1989. p. 178.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**. Curitiba: Juruá, 2014.

MIOZZO, Pablo Castro. Prefácio. In: MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

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

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 4, n. 39, abr. 2005. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-384cb854644425079_baeec43aa82534f.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017.

MONROY GÁLVEZ, Juan; MONROY PALACIOS, Juan. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.); CARBONE, Carlos Alberto (Coord.). **Sentencia anticipada** (despachos interinos de fondo). Buenos Aires: Rubinzol-Culzoni: 2000. p. 165-208. Disponível em: <<http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/tutela.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MORO, Paolo (Org.). **Il diritto come processo**: principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano: FrancoAngeli S.R.L., 2012.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3148>>. Acesso em: 17 out. 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduzido por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Metódica jurídica e sistema político**: elementos de teoria constitucional II. Traduzido por Michael Kosubek. 1. ed. Joinville: Bildung, 2014.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. Nota prévia. In: MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MÜLLER, Friedrich. Positivismo. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 6, n. 10, 2008.

MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante da constituição e da política do direito. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 187, p. 193-200, 2010.

NEVES, A. Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito. In: NEVES, A. Castanheira. **Digesta, escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

NEVES, A. Castanheira. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: NEVES, A. Castanheira. **Digesta, escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. 1. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Tutela antecipada sancionatória. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 43, 2006.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada**. [S.l.], 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/12103602/Érico_Andrade_e_Dierle_Nunes__Os_contornos_da_estabilização_da_tutela_provisória_de_urgência_antecipatória_no_novo_CPC_e_o_mistério_da_ausência_de_formação_da_coisa_julgada>. Acesso em: 20 dez. 2017.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. **Novo CPC**: entre anarquia interpretativa, coerência e interesses. Justificando Conteúdo Cultural, São Paulo, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/08/21/novo-cpc-entre-anarquia-interpretativa-coerencia-eprecedentes/>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil** São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 137, jul. 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Expressão pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantica>>. Acesso em: 27 set. 2017.

OST, François. L'instantané ou l'institué? L'institué ou l'instituant? Le droit a-t-il pour vocation de durer? In: OST, François. **Temps et droit**. Le droit a-t-il pour vocation de durer? Bruxelles: Bruylant, 1998.

OST, na obra **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PASSOS, José Joaquim Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PISANI, Andrea Proto. Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile. **Il Foro Italiano**, Roma, v. 123, n. 10, p. 241-250, Ott. 2000. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23195589?seq=4#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 06 jun. 2017.

RAMOS, Andre de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RESTREPO, Sebastián Betancourt. **Filosofía del derecho procesal**. Universidad Autónoma Latinoamericana. Facultad del Derecho. Teoría General del Proceso. Medellín, 2008.

RIBEIRO Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. In: RIBEIRO Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no §6º do art. 273 do CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus relexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 22-23, jun. 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º, do art. 273, do CPC. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/1a034d61d6fd822fd04ac3ebcbd9b5bd.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. In: RIBEIRO, Darci Guimarães **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 89.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A sistematização das presunções no novo código de processo civil. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. La ejecución civil: experiencia del derecho brasileño. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual Civil**, Belo Horizonte, n. 65, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O processo cautelar no Mercosul. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 243.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Questões relevantes da prova no novo código de processo civil. In: ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo; BOECKEL, Fabrício Dani de (Org.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Tendências modernas da prova. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 65, p. 324-349, 1995.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Teoria geral da ação cautelar inominada. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela Jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Busca**: “audiência”, “justificação” e “liminar”. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=audiência+e+justificação+e+liminar&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date: D:S:d1&as_qj=justificação+e+prévia+e+liminar&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=189.6.242.110&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=990&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 20 out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Busca:** “tutela”. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tutela+e+urgencia+e+evidencia&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=189.6.242.110&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 27 out. 2017.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho**. Madrid: Aguilar Ediciones, 1970.

SCRUTON, Roger. **Pensadores da nova esquerda**. Traduzido por Felipe Garrafiel Pimentel. São Paulo: É Realizações, 2014. p. 44-45.

SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma no processo civil**. São Paulo, Saraiva, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 796 a 889; do processo cautelar. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. v. 11.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. v. 3.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 218.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Da função à estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 99.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STEIN, E. **Racionalidade e existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijuí: UNIJUÍ, 2008.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e o novo código de processo civil: apontamentos sobre coerência e integridade. In: STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A velha discricionariedade e o positivismo: uma discussão que se impõe. In: ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCP. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni de (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 14 out. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O novo código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015. p. 49. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O novo CPC: a derrota do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *In*: ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo; BOECKEL, Fabrício Dani de (Org.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio. **Precedentes?** Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc>>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Organizado e traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARUFFO, Michele. O princípio dispositivo em matéria de provas. *In*: TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Organizado e traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARUFFO, Michele. Sobre a complexidade da decisão judicial. *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães (Org.). **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. Introdução à tutela provisória. *In*: ROCHA, Marcelo Hugo da. **Tutela provisória**: à luz do novo código de processo civil. Curitiba: Juruá, 2016.

THAMAY, Rennan Faria. A democracia efetivada através do processo civil. **Lex Humana**, Petrópolis, RJ, v. 3, n. 2, p. 86, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

TROCKER, N. **Processo civile e Costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: A. Giuffrè, 1974. (Studi di Diritto Comparato, 12).

TROCKER, Nicòlo. Il valore costituzionale del “giusto processo” in convegno elba, 36 ivi 45; CECCHETTI, Giusto processo, 606 *apud* BERTOLINO, Giulia. **Giusto processo civile e giusta decisione**. 2007. Tese (Doutoral in Diritto Processuale Civile). Disponível em: <http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf>. Acesso em: 04 de jun. 2017.

TROCKER, Nicólo. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

TROPER, M; VENEGAS GRAU, M. **Por una teoría jurídica del estado**. Madrid: Dykinson, 2001.

TUCCI, Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015.

WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**: legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi, 1992

ZAVASKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1 Região, Brasília, DF, v. 7, n. 3, jul./set. 1995. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15394-15395-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.