



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

PRÓ – REITORIA ACADÊMICA

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

STEEL RODRIGUES VASCONCELLOS

**Cláusula de exceção ao perigo inverso: uma análise interpretativa
acerca dos pressupostos de concessão de tutela satisfativa**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Recife, 2017

STEEL RODRIGUES VASCONCELLOS

**Cláusula de exceção ao perigo inverso: uma análise hermenêutica
acerca dos pressupostos de concessão de tutela satisfativa**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco como requisito à obtenção do grau de Mestre, sob a orientação do Professor Alexandre Freire Pimentel

Recife, 2017

Autor: Steel Rodrigues Vasconcellos

Título: Cláusula de exceção ao perigo inverso: uma análise interpretativa acerca dos pressupostos de concessão da tutela satisfativa

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção de grau de mestre em Direito.

Área de concentração: Processo e Hermenêutica

Banca Revisora:

Professor Doutor Alexandre Freire Pimentel (UNICAP)

Professor Doutor José Mario Wanderley Gomes (UNICAP)

Professor Doutor João Maurício Leitão Adeodato (UFES)

Professor Doutor Ricardo Tinoco de Goes (UFRN)

Às mulheres da minha vida: Tia Fátima, Tia Betânia, Mainha e em memoriam à Vovó Marina.

“Sempre foi prerrogativa das crianças e dos estúpidos dizer que o imperador está nu. Mas as crianças continuam crianças, os estúpidos continuam estúpidos e o imperador continua imperador”

(Neil Gaiman – Entes Queridos)

“Há uma providência especial na queda de um pardal. Se tiver que ser agora, não está para vir, se não estiver para vir, será agora; e se não for agora, mesmo assim virá. O estar pronto é tudo: se ninguém conhece aquilo que aqui deixa, que importa deixá-lo um pouco antes?”

(Hamlet – William Shakespeare)

“Se Leonardo dá vinte, por que é que eu não posso dar dois?” (Bezerra da Silva)

Agradecimentos

Ao meu orientador Alexandre Freire Pimentel: pela confiança, pela paciência e sobretudo pelo exemplo.

À 12ª turma do programa de pós-graduação da Unicap; o viajar já é mais do que a viagem – os amigos que se acumulam no caminho é mais precioso do que qualquer título.

Às *black sheeps*: por confabular e aliviar os percalços acadêmicos.

À minha mãe: sempre ela.

VASCONCELLOS, Steel. *Cláusula de exceção ao perigo inverso: uma análise interpretativa acerca dos pressupostos de concessão da tutela satisfativa*. 2017 (dissertação de mestrado). Programa de pós-graduação em Direito – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2017

RESUMO

O presente estudo de pesquisa cuja metodologia foi revisão de literatura – enfoca em um profundo estudo acerca dos pressupostos de concessão da tutela provisória – urgência – satisfativa: especificamente o *periculum in mora* e o perigo de irreversibilidade da tutela; ambos provenientes do art. 300 do Código de Processo Civil de 2015. A análise feita partiu da premissa do estudo pragmático acerca do direito vivo das liminares que considera o pressuposto do *periculum in mora* prevalente único prevalente no momento da concessão liminar. Para o presente estudo foi identificado que no próprio art. 300 do Código de Processo Civil há uma antinomia valorativa imprópria. O que impossibilita aplicar critérios clássicos de soluções no ordenamento jurídico. Além do que, sustentou-se que a força principiológica normativa não é o suficiente para resolver a falta de critérios normativos. Estudou-se também as concepções argumentativas do Direito e os fundamentos retóricos; além de ter debruçado a importância axiológica dos direitos da personalidade. Destarte a cláusula de exceção ao perigo inverso defende que no procedimento de cognição sumária – ao considerar a concessão de tutela, quando houver a colisão entre direitos patrimoniais com extrapatrimoniais, estes devem prevalecer.

Palavras-chave: Tutela de urgência, *Periculum in mora*, Antinomia

VASCONCELLOS, Steel. *Cláusula de excepción al peligro inverso: un análisis interpretativo acerca de los supuestos de concesión de la tutela satisfactoria*. 2017 (master). Programa de postgrado en Derecho - Universidad Católica de Pernambuco, Recife, 2017

RESUMEN

El presente estudio de investigación cuya metodología fue revisión de literatura - se enfoca en un profundo estudio acerca de los supuestos de concesión de la tutela provisional - urgencia - satisfactoria: específicamente el *periculum in mora* y el peligro de irreversibilidad de la tutela; Ambos provenientes del art. 300 del código processual civil. El análisis efectuado partió de la premisa del estudio pragmático acerca del derecho vivo de las liminares que considera la tutela de urgencia extremada (hipertrofia estructural del texto) cuando uno de los presupuestos pesa bastante que compensa la falta del otro presupuesto: probabilidad del derecho. Para el presente estudio fue identificado que en el propio art. 300 del Código de Procedimiento Civil hay por supuesto una antinomia valorativa inapropiada. Lo que imposibilita aplicar criterios clásicos de solución en el ordenamiento jurídico. Además, se sostuvo que la fuerza principiológica no es suficiente para resolver la falta de criterio normativo. Se estudiaron también las concepciones argumentativas del Derecho y los fundamentos retóricos; Además de haber abordado la importancia axiológica de los derechos de la personalidad. Así la cláusula de excepción al peligro inverso sostiene que en el procedimiento de cognición sumaria- al considerar la concesión de tutela, cuando haya la colisión entre derechos patrimoniales con los derechos extrapatrimoniales, éstos deben prevalecer.

Palabras clave: Tutela de urgencia, *Periculum in mora*, Antinomia

Sumário:

Capítulo I	Diagnosticando o problema: contexto processual - 14
.....	Cerne problemático na perspectiva pragmática - 20
.....	Distinção do <i>periculum in mora</i> satisfativo e cautelar - 30
.....	Conceito de risco ressoante à concepção do <i>periculum in mora</i> - 32
.....	Consequencialismo: pautar-se em possíveis resultados- 34
.....	Antinomia valorativa – e a correlação com a linguagem – 36
..... Processo e ideologia - 40
Capítulo II	A fundamentação do art. 489 do CPC: O paradoxo dos conceitos jurídicos indeterminados com os pressupostos da tutela satisfativa - 45
..... Por uma função da argumentação jurídica- 50
..... Concepções da argumentação jurídica - 55
..... Formal - 57
..... Material - 58
..... Pragmático - 59
Capítulo III <i>Periculum in mora</i> sob o debate da ontologia com a retórica- 61
.....Relação entre significado e significante - 65
.....Fundamentos Retóricos - 69
.....Tópica (lugares comum) - 71
.....A nova retórica de Perelman – 76
.....Reafirmação da importância da doutrina - 80
Capítulo IVDa estrutura à função do <i>Periculum in mora</i> – 86
..... Último fim da norma: o conceito de direitos da personalidade - 90
.....Conclusão: cláusula de exceção ao perigo inverso - 97
Fontes bibliográficas - 108

Introdução

Optou-se em fazer uma análise epistemológica dos critérios de consideração da tutela de urgência. Desta forma a linha de pensamento dos referenciados autores utilizados para abordar uma análise profunda transcendendo inclusive a prática da dogmática jurídica processual tradicional da mera paráfrase de lei – ocupando uma contemplação superficial. Assim tais autores servem de parâmetro para os pressupostos da concessão de tutela.

Trata-se de um estudo predominantemente hermenêutico acerca dos pressupostos da concessão de tutela de urgência satisfativa. A técnica processual, obviamente também é levada em conta. O presente trabalho promoveu um corte epistemológico ao desconsiderar o terceiro pressuposto de existência de concessão da tutela: resultado útil do processo.

O objeto do presente estudo especificamente é o art. 300 do código de processo civil quando condiciona a concessão de tutela passando pelos seus pressupostos de probabilidade de direito e perigo de dano. Outrossim, §3 do mesmo artigo exige a não concessão da tutela quando houver o perigo da irreversibilidade. Numa escala de valores, a priori, é como se o perigo da irreversibilidade fosse ainda mais importe para o ordenamento jurídico como para os outros pressupostos da concessão de tutela.

O objeto do presente estudo especificamente é o art. 300 do código de processo civil quando condiciona a concessão de tutela passando pelos seus pressupostos de probabilidade de direito e perigo de dano. Outrossim, §3 do mesmo artigo exige a não concessão da tutela quando houver o perigo da irreversibilidade. Numa escala de valores, a priori, é como se o perigo da irreversibilidade fosse ainda mais importe para o ordenamento jurídico como para os outros pressupostos da concessão de tutela.

Para o presente estudo, considera-se o estudo pragmático do direito vivo das liminares: por conseguinte, há a tutela de urgência extremada – quando um dos pressupostos sobrepesa em demasia a ponto de compensar o outro pressuposto. O presente estudo acolhe tal direito vivo das liminares – por se diferenciar da frieza das doutrinas, dando as costas para a realidade e finalmente contemplando os reais comportamentos dos tribunais acerca da concessão da tutela.

Lembrando que ao contemplar um estudo de natureza pragmática não se desconsidera a dogmática, mas complementa-se com teorias voltadas para uma interpretação heurística.

O perigo da irreversibilidade é reputado como perigo da demora inverso. Uma das premissas do presente estudo é a identificação de uma antinomia: quando duas regras do mesmo ordenamento jurídico se contrapõem. Especificamente, a antinomia apontada no presente estudo é a valorativa imprópria: onde existem uma ambivalência de pressupostos: perigo da demora e o perigo inverso. E o próprio ordenamento não oferece critérios de resolução.

Sustenta-se, no presente estudo que as metaregras: critérios de solução (hierárquico, especificidade, e cronológico) são insuficientes para resolver tal questão. Assim como a própria força normativa dos princípios, pois os mandados de otimização não alcançam (refere-se à teoria principiológica de Alexy) solução para tal antinomia.

No primeiro capítulo, faz-se um diagnóstico do problema contextualizando a problemática da técnica processual em hermenêutica. Distingue-se a tutela cautelar da satisfativa.

O conceito de risco de *Luhmann* é importante para a concepção do perigo da demora, afinal, onde há risco, há perigo com tal probabilidade. Da teoria de Luhmann absorve-se que é uma construção social. O que mantém um sistema (ordenamento jurídico) vulnerável é a

ausência de manejamentos transparentes para reduzir tais riscos. Logo, a necessidade de critérios precisos e claros para diminuição de riscos é inerente para um funcionamento eficaz do sistema.

Outro assunto versado foi a natureza consequencialista da decisão dos pressupostos de concessão da tutela. O magistrado ao pautar-se em possíveis resultados, certamente escolhe qual especulação se adequa melhor para preservar tal probabilidade de direito de acordo com o sentido que for atribuído ao perigo da demora. Ao pautar-se em possíveis resultados, significa que a natureza do consequencialismo é avaliatória. O presente estudo, portanto, indaga quais critérios de análise para tal avaliação.

Importante destacar que diante de um estudo de natureza consequencialista e pragmático: a linguagem é tida como uma captação de decisões entre relações comportamentais dos sujeitos que compõem uma lide. Impossível, portanto deixar de destacar a função ideológica da interpelação das partes de uma lide e do magistrado. A axiologia induzida em cada instituto jurídico pode ser uma forma de influenciar a realidade de acordo com a premissa jurídica que convém ao intérprete.

No segundo capítulo, aborda-se o art. 489 do código de processo civil. A problematização consiste quando na própria tutela de urgência extremada requer um equilíbrio entre os dois pressupostos. Contudo, nota-se que na tutela de urgência extremada – não há equilíbrio, mas compensação de um pressuposto ao outro. Desta forma, ao formalizar uma decisão o magistrado tem o dever de equilibrar tais pressupostos através da própria argumentação utilizada. No estudo de Atienza, verifica-se que há três concepções para a argumentação jurídica: formal, material e pragmática. O que implica que existe uma possibilidade de mutação na argumentação jurídica de quem o alega.

Há um paradoxo no próprio artigo 489 do CPC quando veta a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, entretanto, há um sentido hermenêutico aberto no termo: *periculum in mora*.

No terceiro capítulo, após uma abordar a dicotomia entre ontologia e retórica: buscou-se explicar os fundamentos da retórica como técnica – reafirmando a possível mutabilidade de conceitos.

De tal forma, nos estudos de João Maurício Adeodato – frisou-se a separação entre o significado e o significante no Direito. A indagação sobre a quem legitima o ponto de partida hermenêutico da norma conduz tal problemática hermenêutica. Estudou-se a retórica material, estratégica e analítica para possíveis técnicas de mutação conceitual o que alcançaria também o objeto do presente estudo.

O estudo ocupou-se da análise e crítica acerca da lógica entimêmica, assim como autores consagrados pelo conteúdo da retórica: Viehweg com sua tópica e a nova retórica de Perelman.

Finalmente no quarto capítulo desbravou-se sob a função de um instituto, em específico o *periculum in mora* – do qual recai enorme importância ao presente trabalho acadêmico. Diante de uma reflexão de natureza jusfilosófica acerca do ente (ontologia) – se há valores no próprio ente. Conclui-se portanto que o instituto do *periculum in mora* deve resguardar o mais importante no ordenamento jurídico para evitar qualquer perecimento ou dano a direito. O último fim da norma: a resposta é propriamente os direitos da personalidade. Logo a cláusula de exceção se contextualiza em: quando houver colisão entre direitos patrimoniais e extrapatrimoniais deve haver exceção ao perigo inverso, pois o epicentro valorativo do ordenamento jurídico se encontram nos direitos da personalidade.

1 – Diagnóstico do problema: contexto processual

A etimologia da palavra *diagnosticu* (*dia – através de; gnosticu – conhecimento*), desta forma o intento é pela busca da identificação de problemas conceituais cujas ressonâncias afetam na instrumentalidade¹ processual.

Os fundamentos constitucionais da tutela provisória se encontram principalmente na Emenda Constitucional 45 onde consagra a duração razoável do processo judicial e administrativo assim como os meios que assegurem a celeridade – fortalecendo a inafastabilidade do poder judiciário e a garantia do devido processo legal ativo – correspondente às demandas sociais. O Pacto de São José da Costa Rica (convenção americana de Direitos Humanos) ratifica que a república federativa do Brasil faz parte do pacto. O art. 5º, . XXXV da Constituição Federal de 1988 garante a proteção jurisdicional da tutela tempestiva, efetiva e adequada.

Para compor uma celeridade e efetividade processual é necessário simplificar e racionalizar seus procedimentos para obtenção do próprio fim processual que é a efetivação do direito material. Busca-se formas e meios para solucionar conflitos com providências baseadas na legalidade.

Uma característica da tutela de urgência é a redistribuição do ônus do tempo quando o magistrado ainda não possui elementos seguros para o julgamento de mérito. Assim, evita-se alongar os efeitos do perigo da demora com uma decisão provisória – interlocutória.

A problemática do perigo da irreversibilidade de natureza satisfativa não começa com o advento legislativo do Código de Processo Civil 13;105/2015. Pois no código processual de

1973 já havia a previsão da irreversibilidade; art. 273 O juiz poderá a requerimento da parte, DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do seu convencimento.

Já no atual e vigente código: Art. 300. “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”. art. 300, §3: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

Numa análise breve é possível considerar que conteúdo não é o mesmo no sentido da análise dos pressupostos, pois no código anterior era mencionado: prova inequívoca e o convencimento da verossimilhança. Enquanto que no novo código contém elementos que evidenciem a probabilidade de direito e o perigo de dano ou risco resultado útil do processo. – a distinção é a técnica legislativa da linguagem, possivelmente no código atual pode ser considerada mais precisa do que outrora.

Os pressupostos de concessão se modificaram, ao menos nos termos o que infere outra percepção cognitiva da problemática. Mediante interpretação sistemática do código processual adjunto com o alinhamento valorativo da Constituição Federal é legítimo dizer que houve modificações quanto ao entendimento do instituto da tutela de urgência. A letra de lei pode permanecer ao longo do tempo, contudo a interpretação é alterada de acordo com o contexto legal – influenciado tanto pelos posicionamentos jurisprudenciais quanto propriamente pela doutrina.

A controvérsia do instituto da irreversibilidade da antecipação de tutela de urgência – especificamente satisfativa se demonstra ao conferir possibilidades de diferentes interpretações sistemáticas. Estas diferem quanto à aplicação do instituto da tutela provisória – especificamente, tutela de urgência pois um dos seus pressupostos: *periculum in mora* – nele consiste o epicentro

hermenêutico do qual ultrapassa as encruzilhadas de diferentes aplicações para aquilo que o julgador considera perigo da demora.

A técnica processual da tutela provisória satisfativa é construída sobre a ideia da preciosidade temporal. A tutela provisória tem o escopo de evitar o dano marginal². O Direito deve oferecer razoabilidade³ em gerir o devido processo legal em contrapartida com o perigo da demora processual ao antecipar os efeitos da decisão. A demora em proferir os efeitos de uma decisão judicial acarreta um perigo à efetividade da própria natureza jurídica da tutela – o seu escopo de efetivar o direito material⁴. Tal berlinda é o que o julgador se encontra. O ônus do tempo processual deve ser repartido em função do princípio da igualdade entre as partes. A característica do rito processual é de cognição sumária no sentido de apreciar a tutela de urgência, de eficácia imediata, por conseguinte possibilidade de modificação ou revogação da medida.

A providência jurisdicional é feita pela concessão da tutela de urgência. Esta deve ser norteadada pelos seus pressupostos: probabilidade do direito e o perigo de dano. Contudo, o presente trabalho faz um corte epistemológico acerca do resultado útil do processo – trataremos tão somente os dois pressupostos pois dois motivos: uma das premissas do presente estudo é a tutela de urgência extremada – o que significa o excesso de certeza de um dos pressupostos em detrimento da

² ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale. Corso de lezioni*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 28: (Termo utilizado para efetivação da jurisdição sem prejuízo com os efeitos da lentidão processual)

³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22: “Por não ser esse, como se disse, um direito absoluto, é legítima a intervenção do legislador ordinário, relativizando a “ampla defesa”, como ocorre, por exemplo, quando fixa prazos, limita o número de testemunhas ou cria preclusões. Tais restrições, para serem legítimas, devem (a) ter por finalidade privilegiar outro direito constitucional, o direito a uma prestação jurisdicional sem dilações impertinentes (CF, art. 5o, LXXVIII), e (b) preservar condições razoáveis de sustentação e de prova de alegações. O sentido e os limites da razoabilidade, nesse domínio, devem ser examinados caso a caso, mediante a devida ponderação entre a limitação imposta e o objeto da cognição”

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 723. “Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.”

incerteza do outro. Ademais a referência do termo resultado útil do processo também serve para tutelas cautelares o que não é objeto de análise deste trabalho.

A tutela de urgência tem como forma incidental ou antecedente.

A função⁵ da tutela provisória é de garantir resultado inerente a tutela final ou também chamada de definitiva – imediatamente afastando perigo de difícil reparação ou dano; característica de cognição sumária; a operacionalização da tutela é baseada no conteúdo de probabilidade da tutela final considerando os possíveis riscos do resultado útil do processo.

Incidental caso ocorra ao longo do processo, cumulado com a tutela definitiva. Ou seja, o requerimento é posterior ou contemporâneo à formulação do pedido. Somente as tutelas provisórias possuem caráter antecedente satisfativa e cautelar: do contrário não faria sentido a natureza provisória e principalmente de urgência.

Em regra, a competência jurisdicional para julgar a tutela é originária: o mesmo julgador do mérito deve julgar a tutela provisória. A legitimidade do pedido da tutela provisória assim como definitiva está associada ao direito material.

Um dos pressupostos do código processual de 1973: *verossimilhança ou prova inequívoca* – aplicam-se no mesmo sentido interpretativo da probabilidade do direito; - o que o dogmatismo processual confere em *fumus boni iures*; - fumaça do bom direito, pois onde há fumaça contém indícios de fogo, na metáfora - direito. Tal pressuposto não é absoluto para a concessão de tal medida. Basta a plausibilidade suficiente para o convencimento do magistrado.

Há divergências doutrinárias quanto aos termos utilizados para o pressuposto da probabilidade de direito. Para Watanabe⁶ há uma diferença entre a fumaça do bom direito com

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, vol 2, 16 ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2016, p. 865

⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil, RT, 1987; art. in Reforma do CPC*, Saraiva, 1996. pp. 33-34: “[...] prova inequívoca não é a mesma coisa que “*fumus boni iuris*” do processo cautelar. O juízo de verossimilhança, ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso ao mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, em prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o

propriamente o juízo de verossimilhança por conseguinte a prova inequívoca não resta dubiedade. Já a mera fumaça do bom direito permite ao juiz vislumbrar superficialmente o entorno da situação fática trazida em juízo. Ainda o mesmo autor ressalta que verossimilhança é considerada uma evidência indiscutível – em nossa opinião, dando caráter absoluto ao termo. Quem decide com base na plausibilidade, logicamente não é uma certeza plena, mas a imputação de uma suspeita sobre a veracidade dos fatos alegados. O juízo de probabilidade pode ser feito mediante provas de qualquer espécie admitidas em direito.

Em nossa opinião a distinção dos conceitos dos desdobramentos da probabilidade de direito perde força pragmática forense⁷; uma vez que o termo probabilidade do direito possui característica semântica elástica na medida em que é impossível impor a qualquer julgador qual concepção deve ser utilizada e o grau de relevância dos termos. Ainda que haja uma tentativa de graduar níveis de aparências para a composição da fumaça do bom direito, assim como Zavascki⁸ leciona. Este excesso dogmático encontrado no presente debate gera um infortunado efeito supervalorizar um problema conceitual encontrado exclusivamente no campo teórico e não no prático. Desta forma, não exploraremos tal debate vazio.

Já o *periculum in mora* transborda facilmente a compreensão didática de que a demora favorece ao perecimento do direito alegado, ao menos em tese – ao se referir à tutela extremada de urgência. A dimensão do perigo da demora é o risco da ineficácia jurisdicional. A

juízo assentado em simples “fumaça” que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito. Está nesse requisito uma medida de salvaguarda, que se contrapõe à ampliação da tutela antecipatória para todo e qualquer processo de conhecimento.”

⁷Há o pragmatismo jurídico como concepção filosófica e teórica do direito. E há a prática forense. No caso o debate para conceituar a fumaça do bom direito em espuma, grau de verossimilhança, não é proveitoso para o presente trabalho por se mostrar indiferente na observação empírica da prática forense.

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit., p. 84: “atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis à qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação. O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos”

curiosidade consiste na ironia de que há o perigo da demora tanto para o autor como para o réu – caso não tenha oportunidade de contestar uma decisão de natureza *in limini litis* (em regra). É de se considerar a utilidade específica do bem da vida quando o assunto contém direito sem conteúdo material: desta forma há uma dificuldade em pesar perdas e danos, devido à infungibilidade de certos bens jurídicos. Assim, tal pressuposto cumpre uma função preventiva no sentido em evitar o perecimento.

O perigo da demora inverso, chamado por aqueles que repercutem o perigo da irreversibilidade, caso seja considerado e concedido uma medida para o réu. Eis o motivo da existência do instituto do perigo da irreversibilidade.

No tocante à contracautela – a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito – certamente é um dispositivo do qual o magistrado pode utilizar para não conceber qualquer prejuízo ou dano a uma das partes, a exemplo da caução. Em regra, a parte que foi desfavorável a concessão de tutela. Contudo há danos que não são passíveis de substituição ou compensação por pecúnia. Desta forma a lógica de aferir menor dano a uma das partes é relativizada a medida em que a lide enfrenta problemas de natureza extrapatrimoniais.

A caução pode ser real ou fidejussória (garantia de fiança), entretanto, nem toda concessão de medida de urgência fica condicionada à prestação de caução pelo autor – depende das circunstâncias fáticas de cada caso e há de se considerar, inclusive a capacidade econômica de quem requer tal medida. No entanto, tal capacidade econômica nunca deverá ser pressuposto para concessão de tutela, assim o direito se estabeleceria meramente conservativo em prol de classes dominantes – de quem não necessita de tutela de urgência. Desta forma há a dispensa de prestação de caução pela parte quando há a comprovação de hipossuficiência econômica.

É mais apropriado explicar que definir os pressupostos de concessão da tutela de urgência. Por haver várias graus de urgência tendo o medidor a própria subjetividade do magistrado;

o *fumus boni iures* e o *periculum in mora* não se comportam como conceitos mas como notas ou traços tipológicos⁹.

Desta linha racional podemos concluir seus pressupostos de concessão da tutela de urgência não exercem potência hermenêutica absoluta, ou *juris tantum* (presunção absoluta) – o que se deseja obter é o suficiente para o convencimento do magistrado.

1.1 – Cerne problemático na perspectiva pragmática

Eduardo Costa¹⁰ faz uma distinção entre direito vivo e direito morto: eis que demonstra indispensavelmente uma teoria inovadora voltada para a prática forense (direito vivo) – recusando e afastando uma teorização restrita ao dogmatismo processual do qual não acompanha a vida dinâmica da prática forense. Portanto, o autor defende uma teorização mais empírica e realista do próprio sistema processual.

Presta-se uma importante distinção entre pressupostos, requisitos e condições. Pressupostos estão para a dimensão da existência. Requisitos estão para a validade e as condições estão para a eficácia¹¹.

É necessária a invocação da pragmática jurídica – ramo das ciências semióticas onde o Direito é compreendido como uma ciência de *linguagem em uso*¹² preocupada com soluções de casos. [...] *uma pragmática das tutelas liminares não ousa opor-se à lei e substituir a dogmática*

⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O “direito vivo” das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão*. São Paulo: PUC-SP [dissertação de mestrado], 2009, p.109

¹⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O “direito vivo” das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão*. São Paulo: PUC-SP [dissertação de mestrado], 2009, p. 18

¹¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O “direito vivo” das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão*. São Paulo: PUC-SP [dissertação de mestrado], 2009, p. 26: ““Pressupostos” são os elementos indispensáveis para que o suporte fático ingresso no plano da existência; “requisitos” são as qualidades que esses elementos têm de reunir para que ingressem no plano da validade; “condições” são os fatores extrínsecos dos quais os fatos jurídicos necessitam para produzirem seus efeitos no plano da eficácia. Daí por que a concessão da providência da urgência tem: no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, os seus pressupostos (de existência); na prática por juiz competente, um dos seus requisitos (de validade); na intimação do réu, uma de suas condições de (eficácia)”

¹² COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O “direito vivo” das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão*. São Paulo: PUC-SP [dissertação de mestrado], 2009, p. 20

*normativista tradicional, mas constituir-se em um complemento heurístico importante*¹³. Assim, a pretensão de uma análise cuja perspectiva pragmática convém ao presente estudo.

Ainda sobre a importância de uma análise heurística – apontamos para o que Eduardo Costa chama de *dessimetria por hipertrofia estrutural do texto*¹⁴: ao exemplificar apontar-se para a tutela de urgência extremada: quando apenas um dos pressupostos de concessão da tutela é preenchido, ou melhor – encontra-se tão evidenciado que compensa a ausência do outro pressuposto. Como é o caso de um *periculum in mora* em demasia enquanto o *fumus boni iures* ainda não é convincente.

Didaticamente, para aperfeiçoar uma melhor compreensão. É possível contribuir com uma metáfora para absorver com maior eficácia a representação da tutela de urgência extremada: imagina-se portanto uma balança desequilibrada – há dois pesos nesta balança; os pressupostos da concessão de tutela de urgência; - tanto o *periculum in mora* quanto o *fumus boni iures*. Representa-se ainda que o peso do *periculum in mora* é demasiadamente maior que o *fumus boni iures* – gerando um desequilíbrio nesta balança que preza o equilíbrio para a concessão da tutela. Eis a metáfora da tutela de urgência extremada.

O contexto de descoberta possui razão explicativa, envolve, então, a produção de uma hipótese e de uma teoria, a descoberta. A questão é saber se a descoberta realizada é autêntica – se a convicção é verdadeira ou falsa. Já no contexto de justificação conduz para uma análise acerca de aceitabilidade das premissas que justificam ou não uma decisão¹⁵.

Apesar de Atienza afirmar que a distinção entre contexto de descoberta e justificação desempenham uma função ideológica: afinal justificar uma teoria não é o mesmo que justificar uma

¹³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O “direito vivo” das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão*. São Paulo: PUC-SP [dissertação de mestrado], 2009, p. 20

¹⁴ *Ibidem*, 21

¹⁵ ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar editora, 2014, p. 128-131

decisão judicial. Manteremos a distinção útil para fazer uma associação nos pressupostos da concessão de tutela de urgência – pois tal metáfora tem finalidade epistemológica.

Em função de auxílio para uma construção de pressupostos zetéticos¹⁶; - a compreensão pragmática dos pressupostos da concessão de tutela de urgência podem ser compreendidos em função da sua racionalidade¹⁷. Foca-se nas justificações das premissas por isso o contexto de descoberta está para o *fumus boni iures*, enquanto que o contexto de justificação está para o *periculum in mora*. A racionalidade do contexto de descoberta está voltada para constatar um enunciado. Já a racionalidade do contexto de justificação procura explorar nas bases que sustentam as premissas.

A separação dos contextos é importante para a ciência e para o dogmatismo jurídico – na medida em que a mera alegação e o requerimento de uma tutela de urgência: metaforicamente o magistrado pode analisar como uma teoria – e para compreender, dominar e finalmente validar a teoria há os mecanismos dos contextos teóricos.

Em resumo o pressuposto de concessão da tutela de urgência *fumus boni iures* tem por característica a lógica descritiva. Enquanto o *periculum in mora* possui a lógica da prescrição.

Uma vez que o perigo da irreversibilidade também é considerado como *periculum in mora* inverso. Este instituto bem representado com a famosa frase de Aragão: *há certas liminares que trazem resultados piores que aqueles que visavam evitar*¹⁸. O perigo da demora reverso (o próprio perigo da irreversibilidade) – é um pressuposto negativo. O paradoxo aqui é: se de fato é um pressuposto negativo capaz de anular inclusive a consideração do preenchimento do *fumus boni iures* e *periculum in mora*. A pergunta é: numa perspectiva pragmática o magistrado escolhe qual

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2ed. São Paulo. Atlas. 2015, p. 22

¹⁷ ATIENZA, Manuel. op. cit., 5-10

¹⁸ ARAGÃO, Egas Moniz de.. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 42, 1990, p. 42

pressuposto predominará? E quais os critérios para tal escolha? O presente estudo busca conferir qual critério ou parâmetro interpretativo para tal faculdade.

Ainda sobre a reversibilidade do dano – eis uma ironia. Seja lá qual for a decisão do bem jurídico ameaçado – haverá dano para alguma das partes, irremediavelmente. Quando mais irreversível o dano que ameaça o autor¹⁹, maior a premência pela concessão da tutela liminar. Quando mais relevante é o bem jurídico ameaçado, mais aflitiva é a situação periclitante. Ou seja, quanto maior é o *periculum in mora* maior é sua irreversibilidade. A abrangência aqui refere-se à tutela de urgência extremada.

O perigo da irreversibilidade é o *periculum in mora* inverso cuja natureza é opor-se aos pressupostos da tutela de urgência. Leme²⁰ indica que o magistrado deve aferir a proporcionalidade e razoabilidade sobrepesando os efeitos da decisão. Contudo, como há dois pressupostos – dimensionados no plano da validade; pressupostos que se opõem – deduz-se que o magistrado deve optar entre apenas um deles. Então o que será determinante para a técnica processual é a consideração hermenêutica acerca da ideia do perigo.

No art. 300 do NCPC – conclama que: “*Art. 300. 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*”. Enquanto há uma contraposição no terceiro parágrafo: “*A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão*”. Depara-se portanto, diante de uma antinomia – situação das normas incompatíveis²¹ entre si. Ou: encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras (permitidas), aplicadas a eliminação do inconveniente não poderá

¹⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. op. cit., p. 136

²⁰ LEME, Fábio Ferraz de Arruma. *Diferenças entre requisitos para concessão liminar e da tutela definitiva no processo cautelar*. DireitoNet. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8152/Diferenças-entre-requisitos-para-concessao-liminar-e-da-tutela-definitiva-no-processo-cautelar>>. Acesso em: 18 de maio de 2017, p. 5

²¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 87-95: “A máxima latina presente em: ‘*nulla itaque in omnibus praedicta condicis membris antinomia*’”

consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das normas. *A ciência jurídica deve descrevê-lo em proposições isentas de contradição lógica, partindo do pressuposto de que os conflitos normativos podem e devem ser resolvidos pela via interpretativa*²²

Dos vários tipos de antinomia²³, há; **real** – quando há impossibilidade de conciliar as normas. **Aparente** – quando, simultaneamente dentro da mesma norma há colisão. **Própria** – quando há duas normas conflitantes carregando no mesmo conteúdo a permissão e a proibição. **Imprópria** – quando a regra protege valores e na norma há colisão de valores. Também há subtipos de antinomia imprópria: teleológica quando há colisão entre a finalidade da norma com meios propostos para efetivar a norma entram em conflito; e, antinomia imprópria de valoração – quando atribui-se pena mais leve, ou mais grave.

Neste presente estudo apontamos para uma inconsistência de critérios ao ofertar mecanismos transparentes – precisos acerca da concepção de *periculum in mora* – um dos pressupostos da concessão da tutela de urgência. Referente à tal inconsistência encontra-se portanto um tipo de antinomia que nomeamos como **antinomia valorativa**. Por haver uma colisão no art. 300 do novo código de processo civil – quando no seu terceiro parágrafo possui valor oposto ao do parágrafo principal. “*A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão*”. No momento em que os pressupostos da tutela de urgência estiverem presentes - *fumus boni iures* e *periculum in mora* - são suficientes para sua concessão. Contudo o perigo inverso proíbe a concessão da tutela de urgência ainda que os pressupostos estejam presentes. **Antinomia valorativa porque o que determinará qual regra do art. 300 será o valor atribuído do *periculum in mora*.**

²² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 29.

²³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 7, p. 15-16

Para Bobbio²⁴ a forma de harmonizar o ordenamento jurídico com coerência é aplicando critérios determinantes para solucionar antinomias. Encontrando-os nas máximas de *lex superiori derogat legi inferiori* – (critério hierárquico); *lex posterior derogat priori* (critério temporal); e *lex specialis derogat legi generali* (critério da especialidade).

O problema de dois pressupostos que se opõem (perigo da demora versus perigo inverso) aumenta na medida em que sua solução de antinomia são incompatíveis com as regras processuais – instrumentos para efetivar o direito material. Logo, não é possível utilizar os critérios da especialidade – pois tanto o perigo da demora como o seu inverso (perigo da irreversibilidade) – estão situados na mesma norma situada no mesmo artigo, mas em outro parágrafo; em outras palavras não há norma mais específica. O critério temporal também acarreta uma impossibilidade por causa de ambas as regras se encontrarem na mesma ordem cronológica. Também é falho o critério hierárquico, para a solução da antinomia valorativa especificamente, dessarte não há instrumento processual mais elevado hierarquicamente do que o código de processo civil. **Assim, a conclusão parcial sobre este presente raciocínio é de que os critérios são insuficientes.**

Quando há confronto entre regras constitucionais – onde o magistrado não possui alternativa senão optar por uma decisão que comprometa tais direitos fundamentais. Utiliza-se assim a força normativa dos princípios²⁵. De antemão é necessário distinguir princípios e regras: enquanto que princípios são mandados de otimização o que significa que é através do método da

²⁴ BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 116: “Podemos, efetivamente, definir a coerência como aquela propriedade pela qual nunca ocorre o caso em que se possa demonstrar a pertinência ao sistema e de uma determinada norma e de norma contraditória. Como vimos, encontramos-nos diante de uma antinomia quando nos damos conta de que ao sistema pertencem, ao mesmo tempo, tanto a norma que proíbe um determinado comportamento quanto aquela que o permite. Portanto, o nexo entre coerência e completude reside no seguinte: a coerência significa exclusão de toda situação em que pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de todas as situações nas quais não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Chamaremos de ‘incoerente’ um sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um determinado comportamento quanto aquela que o permite; ‘incompleto’, um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem aquela que o permite.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90

ponderação²⁶ do qual presta para não abolir ou extinguir uma norma sobre a outra. Desta forma, os princípios podem ser flexíveis num ordenamento jurídico predominantemente sistemática (alinhado com a interpretação de valores constitucionais). Já as regras possuem o método clássico da teoria geral do direito da subsunção²⁷ que significa tudo ou nada²⁸. Em outras palavras aplica-se a regra na sua totalidade ou parcialmente. Diferente da proposta principiológica.

Não se aplica, portanto o advento do 489 § 2: “*No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão*”. Porque a ponderação não se dá para a estrutura do art. 300 – pois este artigo exige uma subsunção – regra de tudo ou nada ao conceder a tutela ou não. Logo, não existe meio termo, nem balanceamento.

Para Zavascki²⁹ “*a reversibilidade diz com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão, e não com a decisão em si mesma. Esta, a decisão, é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as consequências fáticas decorrentes de seu cumprimento*”. O perigo da irreversibilidade tem características do consequencialismo – em almejar um resultado específico.

Luiz Rodrigues Wambier menciona que a solução para o instituto do perigo da irreversibilidade é a própria ponderação – quando maneja com o princípio da proporcionalidade: “*O princípio da proporcionalidade que recomenda que, ainda que esteja em jogo um interesse rigorosamente não indenizável, devam ser ponderados os valores em jogo, e, em função dessa ponderação, eventualmente, conceder-se a antecipação*”. Contudo defendemos que tanto os

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.117: “A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas as vezes tenham precedência, e as vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência tem como uma ilegalidade. As três parciais devem ser, portanto, consideradas como regras”

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 39: “As regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”

²⁸ Ibidem, p. 38

²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit., p. 97

critérios de resolução para antinomias (espacial, cronológico e da especialidade), como a ponderação não solucionam a irreversibilidade.

Identifica-se portanto que no caso do artigo 300 do NCPC, há uma **ambivalência de pressupostos** quando o *periculum in mora* é o pressuposto positivo e o *periculum in mora inverso* ou o perigo da irreversibilidade é o negativo. Ao desvendar uma ambivalência de pressupostos da validade cujos conteúdos são conflitantes – **temos um novo tipo de antinomia**. Até agora não foi encontrado qualquer critério para resolução. Sejam os critérios de hierarquia, cronológico e da especificidade. Ou a própria ponderação do qual o novo código processual consagra e legitima em pleno art. 489: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência da norma afasta e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. A ponderação para o presente imbróglgio não é o suficiente para resolver tal antinomia porque a estrutura normativa processual do art. 300 exige uma subsunção e análise dos pressupostos. E não um balanceamento do direito material que está em questão. Assemelhando-se assim a subsunção do “tudo ou nada” como ensina Dworkin.

Sobre a insuficiência da utilização de mandados de otimização – força normativa principiológica de Alexy no tocante à antinomia imprópria valorativa, porquanto o *periculum in mora* e o perigo da irreversibilidade são pressupostos ambivalentes de validade da concessão de tutela. Não se pondera pressuposto de validade, ao menos não com a teoria da argumentação jurídica de Alexy. Para a teoria deste autor é necessário dividir em a utilização dos princípios em três sub-regras (1) adequação; (2) necessidade; (3); proporcionalidade em estrito senso.

Referente à sub-regra da ponderação: proporcionalidade³⁰ – o sopesamento ou balanceamento consiste na colisão de dois direitos. Tal técnica de proporcionalidade não converge com a estrutura normativa do art. 300 do CPC, pois, a estrutura é típica para subsunção, afinal a concessão da tutela requer que dois dos seus pressupostos sejam preenchidos – *periculum in mora* e *fumus boni iure*. Não é possível fazer o balanceamento de dois pressupostos – a teoria de Alexy não previu tal aventura. Além do mais, o critério para concessão da tutela é concernente a uma regra processual – o que impossibilita mais uma divergência à teoria de Alexy, pois esta trata da colisão de direitos, ou seja, direito material e não processual.

Já Dworkin³¹ autoriza a discricionariedade do *decisionismo* pela proibição do *non liquet* e a inafastabilidade do poder judicial – logo, o juiz possui o dever de decidir e o próprio ordenamento jurídico legitima a autorização de promover um julgamento discricionário. Os fundamentos para a discricionariedade são: a) comprometimento moral do magistrado diante da sociedade; b) reconhecimento de que há subespécies de normas jurídicas para evitar lacunas jurídicas para decidir; c) existência de resposta correta para decisões ao aplicar um diálogo processual. A construção de um romance em cadeia para Dworkin é no sentido de respeitar os precedentes para em casos diferentes, seguir a ratio de diferentes decisões. O magistrado não pode fugir da sua responsabilidade de decidir e para tanto deve reconstruir o sentido de aplicação normativa a cada caso específico.

A dinâmica processual incorpora a legitimação da força normativa dos princípios, como consta no art. 489, §2: “*caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os*

³⁰ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. a. 91. v. 798. abr./2002, p. 41: “para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional”

³¹ DWORKIN, Ronald. op., cit., p. 34-41

critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência da norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. A problemática de praticar um afastamento de uma norma; para depois ponderar é que no art. 300 consubstancia os pressupostos: da probabilidade de direito e o perigo de dano para a concessão da tutela. É inviável o afastamento do §3 do mesmo artigo, pois: basta haver o perigo da irreversibilidade para não conceder a tutela. Ou seja, tal estrutura normativa não oferece estrutura teórica para a ponderação, porque há o (*all or nothing fashion*)³² - tudo ou nada na subsunção do art. 300 para concessão de tutela. Não se afasta, portanto a norma, mas um valor intrínseco aos pressupostos de concessão.

Assim como a força principiológica³³ também é incapaz de solucionar, pois como é uma antinomia – o que está em jogo é o perigo da demora do dano com o perigo inverso do réu (em regra). Ou seja, o magistrado terá de escolher apenas um dos pressupostos de validade da concessão da tutela de urgência. Estabelecendo assim a regra da subsunção – tudo ou nada. Além do que, o perigo da irreversibilidade não deixa de ser uma regra de natureza processual – o que impossibilita a análise do direito material para uma tutela provisória.

A conclusão parcial acerca do presente estudo é de que não há lacuna legislativa – há lacunas interpretativas para lidar com esta antinomia específica valorativa. Há ausência de critério valorativo. Aquele que detiver domínio da sobre o *periculum in mora* deterá o ponto de arquimedes³⁴ da tutela de urgência. Verifica-se, portanto, o conceito de risco/perigo

³² Expressão utilizada por Dworkin para identificar a natureza da regra da subsunção que se distingue de um princípio que prescreve um direito

³³ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 43: “Os princípios têm uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esse não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”

³⁴ “Dê-me um ponto de apoio e moverei o mundo” - célebre frase do filósofo Arquimedes

1.2 – Distinção do *periculum in mora* satisfativo do cautelar

Uma vez dito que o *periculum in mora* está em evidência no presente trabalho acadêmico – a importância da sua análise é demasiada.

Para compreender o que distingue a tutela cautelar da satisfativa é preciso buscar o conteúdo das duas naturezas da tutela: conservativa e antecipatória. A conservativa porque o resultado útil do processo possui o iminente risco do instrumento processual se deteriorará – ficar infrutífero, o que Calamandrei chama de *pericolo di infruttuosità*³⁵. Deste perigo demonstra não a ânsia em antecipar a tutela do direito material a priori, mas de resguardar a instrumentalidade do processo para ter todas condições de obter sua utilidade.

Já o perigo da tardança (*pericolo di tardività*) confere ânsia em antecipar o direito material. A lógica da consequência da não antecipação do direito material seria propriamente um dano irreversível. Almeja-se, então acelerar a satisfação própria do direito controvertido³⁶.

Para Ovídio Baptista³⁷ o perigo de dano se distingue em dano iminente e irreparável.

O *damnum irreparabile* instituto utilizado em período do direito medieval³⁸ era um pressuposto –

mas utilizado como medida para o encurtamento da prestação jurisdicional. A técnica se dá pela

³⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936. p. 17. Nas suas próprias palavras: "*Il periculum in mora che sta a base delle misure cautelari non dunque il generico pericolo di danno giuridico, al quale si può in certi casi ovviare colla tutela ordinaria; ma è specificamente il pericolo di quell'ulteriore danno marginale, che potrebbe derivare dal ritardo reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo. [...] è la mora di questo provvedimento definitivo, considerata in sé stessa come possibile causa do ulteriore danno, che si provvede a rendere preventivamente inocua con una misure cautelare, che anticipi provvisoriamente dli effetti del provvedimento definitivo*"

³⁶ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5.ed. Napoli: Jovene, 2006. p. 600.

³⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3. p.54-55: "o segundo elemento indispensável para a formação do conceito de tutela assecurativa (cautelar) é o que a doutrina costuma indicar como *periculum in mora* e que nós, por razões que ficarão claras no curso da exposição, preferimos tratar como perigo de dano iminente e irreparável. A locução *periculum in mora* não é incorreta, mas ambígua. Na verdade, a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse que submeter-se às exigências do procedimento ordinário. [...] Se, no entanto, estivermos a imaginar um remédio contra a demora (*periculum in mora*), provavelmente seremos levados a conceber algum meio de antecipar a proteção jurisdicional, outorgando, desde logo, a tutela que somente seria outorgada ao final do procedimento ordinário"

³⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 56: "o direito medieval que nos legou o conceito de *periculum in mora* jamais o empregou como sinônimo de tutela de segurança (cautelar), mas, ao contrário, sempre o reservou para os casos de execução provisória, valendo-se do conceito de dano irreparável quando a hipótese correspondesse à tutela cautelar"

própria aceleração procedimental. Entretanto a doutrina modernizou (no sentido de racionalizar) ao unificar o perigo de afastabilidade do dano com o perigo da própria demora. A crítica que o autor constrói acerca da unificação é a de que existe uma ambiguidade pois não há antecipação satisfativa mas execução provisória³⁹, segundo o autor.

A crítica feita para os dois tipos de perigo da demora é a de que em um determinado momento o risco do dano inevitavelmente se entrelaçará com o resultado útil⁴⁰ do processo devido ao seu escopo social, jurídico e político. Daí a técnica processual recebe uma forte interpretação teleológica – ou seja, buscar a finalidade da norma. Contudo, apesar de não olvidar a importância processual dos provimentos tutelares onde carrega uma interpretação predominantemente teleológica.

A antinomia da regra do art. 300 do NCPC exige uma interpretação axiológica na qual o juiz vislumbra os valores que estão inseridos em cada caso – obtendo assim, mediante sua avaliação conferir qual resultado deve ser rastreado. Ao tratar de tutela provisória, a preciosidade do tempo – dimensão fundamental da vida humana, – por isso que há uma dificuldade na avaliação do perigo; pois a pressão temporal existe e deve ser considerada.

Apesar da perspectiva filosófica temporal de que em um momento a função conservativa cautelar se confundirá com a função satisfativa causando confusão quanto o instituto da tutela provisória. A separação dos dois conceitos do perigo da demora é valioso na medida em

³⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 88: “eis a razão que nos impõe a opção pela categoria, criada desde o direito medieval e conhecida como iminência de dano irreparável ao direito a que se dá tutela jurisdicional, como pressuposto da medida cautelar. A outra categoria processual a que a doutrina denomina *periculum in mora*, como amplamente ficou demonstrado, sugere a ideia de antecipação da tutela satisfativa, precisamente porque o direito não se concilia com a demora. E isto não passa de execução provisória”

⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Tutela antecipada e tutela cautelar*. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 325: “o preenchimento desses requisitos (N.A.: está-se a falar do *fumus boni iuris*) no caso concreto, entretanto, não é o suficiente para a concessão da tutela de urgência, exigindo-se, além deles, o *periculum in mora*, na tutela cautelar, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, na tutela antecipada de urgência (art. 273, I, do CPC). Apesar das diferenças nas nomenclaturas, *periculum in mora* e fundado receio de dano representam exatamente o mesmo fenômeno: o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva funcionando como inimigo da efetividade dessa tutela. Em outras palavras, tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipada de urgência caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento de seu direito” (grifo nosso)

que pode influenciar na própria decidibilidade ao justificar sua concessão. A transparência de que tipo de perigo da demora importa para o tipo de defesa do qual o réu pode se preparar.

1.3 – Conceito de risco ressoante à concepção do *periculum in mora*

É pertinente realizar uma distinção entre risco e perigo propriamente. Lembrando que o ato de conceituar é uma construção do observador. Contudo, Luhmann⁴¹ contempla a ideia de perigo e risco diante da percepção social – e o quanto tal percepção coletiva consegue influenciar a percepção do indivíduo. A aplicação da abrangência desta didática acerca do risco é porque justamente o magistrado também é passível de tais influências como mencionado.

Para Luhmann a forma de percepção do risco é determinante para a construção da sua noção. A ambivalência do risco se dá entre aquilo que é desejado e aquilo que é indesejado. O risco não se encontra em falhas de fórmulas matemáticas, mas numa vulnerabilidade de sistemas (inclusive em subsistemas) sociais.

O risco está vinculado a decisões próprias, enquanto o perigo se associa à impotência. Este é resultado de uma escolha, mas por influência de um fator externo. Risco, por outro lado, é atribuído ao poder decisivo, diante de diversas consequências a de menor prejuízo.. A metodologia que o autor utiliza é observar a forma como o observador o faz – pois a determinação do risco é nisto que se comporta: “*en tanto que sistema, disponga de tiempo para cambiar la distinción y pueda, en consecuencia, en el sentido de una observación de segundo orden, observarse a sí mismo*”.⁴².

⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Universidad de Guadalajara, UNAM, 1992, p. 67

⁴² Ibidem, p. 60

A intenção em evitar o risco é reduzir complexidades. Contudo, em sua obra teoria *Sociología del riesgo* – o principal ponto de partida que afronta o autor: se é possível tomar decisões em ambientes/cenários caracterizados por uma conjuntura de incertezas.

Qualquer aspecto de segurança ou conhecimento não necessariamente certifica em diminuir o risco. O essencial é fornecer critérios claros e precisos acerca da diminuição do risco. Desta forma, podemos associar que a segurança jurídica de um ordenamento positivo não influencia na diminuição do risco – mas suas ferramentas para operacionalizar todo um sistema; - tais ferramentas necessitam ser precisas e transparentes. A utilização de tais ferramentas não foge à hermenêutica jurídica. Dessarte criar mecanismos hermenêuticos para diminuir a contingência de riscos é o intuito da dogmática jurídica.

Curiosamente o risco também pode ser considerado medida: “*En ocasiones el concepto de riesgo se define también como una medida*⁴³”. Os problemas de medida são problemas de convenção, pois o risco ou a ideia de risco não deixa de ser uma construção social.

O termo utilizado pelo autor supracitado: “consequências autológicas⁴⁴” –. O termo é sobre a influência de um observador de segunda ordem – este que pode influenciar o observador principal. Deste conteúdo é possível associar com as alegações do advogado ao requerer uma tutela de urgência – utilizando método para explicar os pressupostos da concessão da tutela de urgência. A influência de um observador da segunda ordem – portanto se mostra na medida em que suas alegações transferem para a percepção do observador primário.

A conclusão parcial é de que o pressuposto de validade da tutela de urgência: *periculum in mora* – depende da concepção de perigo do magistrado – perigo assim como o conceito de risco são construções sociais as quais dependem da percepção – análise do observador;

⁴³LUHMANN, Niklas. op. cit., p. 51: “*Los problemas de medida son problemas de convención y, en consecuencia, los problemas de medición (es decir, los problemas de medida) son algo diverso de lo que se mide cuando se habla de riesgo*”

⁴⁴ Ibidem, p. 71

no caso o julgador. É possível influenciar externamente a percepção de um terceiro, contudo a forma de vislumbrar o mundo – sua percepção e subjetividade são determinantes para conceber como perigo da demora ou como perigo irreversível.

1.4 – Consequencialismo: pautar-se em possíveis resultados

Obviamente que o instituto da tutela provisória tem a atribuição de antecipar os efeitos da tutela definitiva. Como já explorado: quanto maior o perigo da demora maior sua irreversibilidade (perigo da demora inverso). Dessarte a proporção do perigo da demora é o da sua irreversibilidade – no sentido de causar dano ou promover algum prejuízo para alguma das partes.

Ao tratar sobre efeitos nada mais razoável do que aferir nas consequências de uma decisão tomada visando os seus possíveis resultados. MacCormick⁴⁵ um autor pertinente para a presente temática pois busca examinar as decisões jurídicas. Investiga quais critérios utilizados para a prática judicial. Não basta analisar os critérios, deve-se também qualificá-los de acordo com as suas qualidades adequadas às decisões judiciais.

Há níveis dentro das decisões – não só jurídicas (mas não vêm ao caso, as outras). A justificação dedutiva contém dois níveis. A de primeiro nível qualifica a justificação como o suficiente para solucionar uma lide. No primeiro nível ou chamado de justificação da primeira ordem - a correlação entre a hipótese legal com o fato causa a conclusão lógica. No segundo nível ou justificação de segunda ordem⁴⁶, é quando o magistrado se depara com casos difíceis – casos em que o primeiro nível não basta para solucionar. MacCormick prescreve um caminho para solucionar tal caso: universalidade, consistência, coerência e consequencialismo.

⁴⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 166: “A argumentação consequencialista é aquela que testa deliberações propostas para verificar a coesão e a coerência com o sistema jurídico existente. Como a argumentação consequencialista é intrinsecamente avaliatória: a coerência conforme explicado anteriormente, envolve reflexão sobre os valores do sistema.”

⁴⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 137: “[...]a argumentação consequencialista é a argumentação que testa deliberações propostas para verificar a coesão e a coerência com o sistema jurídico existente. Com a argumentação consequencialista é intrinsecamente avaliatória: e como a coerência conforme explicado, envolve reflexão sobre os valores do sistema, as duas interagem e se sobrepõem[...]”

A universalidade diz respeito à generalização da norma – em casos idênticos é um critério para manter-se imparcial. Consistência é não produzir contradições lógicas entre as deduções fáticas e legais. A coerência significa que cabe ao magistrado manter harmonia num sistema de valores e regras. E finalmente o consequencialismo – cabe ao magistrado analisar dentre vários resultados que sua decisão pode proporcionar – a mais harmônica – a que cause menor dano e propicie consistência e coerência.

Para o autor – ao seguir os critérios de universalidade, consistência e coerência – visando o consequencialismo das normas; - impossibilita ou dificulta a discricionariedade do magistrado. É preciso esclarecer que as consequências que o autor se refere não são fáticas, mas à legal. O argumento consequencialista se refere às consequências da norma universal que fundamenta a decisão e não as consequências específicas da decisão para as partes individuais. Pautar-se em não fugir na norma universal.

Portanto, a conclusão parcial é de que a natureza do consequencialismo é avaliatória. Avaliar riscos de acordo com a conveniência e praticidade de cada caso. A questão é se o formalismo do positivismo permite tais desdobramentos?

Compreendido o conteúdo de natureza consequencialista então, como pode ser associado com pressupostos da tutela de urgência?

A priori – possivelmente recai uma dificuldade metodológica ao associar a teoria prescritiva de MacCormick com uma temática processual tão importante – tutela provisória. De fato, tal empecilho se confirma pelo embaraço em congregar com uma teoria da qual está vinculada com o direito anglo-saxão – *common law*. Além do que os exemplos que o autor atribui para esclarecer sobre os argumentos consequencialistas são de natureza do direito material e não processual. Em contrapartida, lembramos da famosa citação da qual representa melhor o perigo da

irreversibilidade: *há certas liminares que trazem resultados piores que aqueles que visavam evitar*⁴⁷. Inevitável, portanto separar o direito material do processual visto que este é o instrumento de efetivação daquele.

A lógica de associação através da teoria de MacCormick impossibilita de conceber o Direito a mera formalidade – mas à prática viva dos tribunais como consta o direito vivo das liminares. Ou seja, uma perspectiva pragmática da qual não ignora a dogmática normativista tradicional, mas constituir-se de um complemento heurístico importante⁴⁸.

1.5 – Antinomia valorativa – e a correlação com a linguagem

Acompanhando a crítica de Arruda Alvim sobre a crise processual⁴⁹- atribui-se não mais à ausência de técnicas processuais para o instituto processual da tutela antecipada. Estamos numa era excessiva de dogmatismos vazios, ocos como ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁵⁰:

⁴⁷ ARAGÃO, Egas Moniz de.. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 42, 1990, p. 42

⁴⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. op. cit., p. 20: “O direito [plano da validade] não é redutível a um conjunto de normas de conduta faticamente observadas pela maioria [plano da efetividade], no entanto, é indispensável que as discrepâncias entre o texto jurídico-normativo e os comportamentos sociais que por ele se guiam sejam estudadas e, por vezes, tomadas em consideração no processo de concretização jurídica.”

⁴⁹3 ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. vol 2, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 359: “O legislador, na conjuntura atual, encontra-se inserido numa sociedade em constante e ebulitiva evolução, em que os padrões tradicionais – e, no caso, o modelo do processo tradicional, principalmente o com audiência e recursos com efeito suspensivo, sucessivos à sentença – vêm tendo sua aplicação quantitativamente reduzida pelas leis. O processo ‘vive um momento de crise’, de que se pode ter como exemplo, este instituto da t.a. [tutela antecipada], com vistas a minimizar os efeitos dessa crise. E, para tentar resolver zonas de crise, nas sociedades, através do Direito, inviável será uma linguagem rígida, com mandamentos legais prenhes de elementos definitórios, pois isto retiraria a liberdade do juiz. Os mandamentos não de ser necessariamente vagos, dado que o juiz deve ser o artífice, ao influxo das solicitações dos jurisdicionados, pelos seus advogados, dessa mudança. O universo da realidade da vida e, mais do que isto, um universo em que hipóteses quantitativamente diferentes variam e aumentam muito, na civilização industrial-contemporânea, é indubitosa e incomparavelmente mais amplo do que qualquer conceituação ou do que qualquer definição, ou tentativa de definição, que fosse tentada pelo legislador. O que se constata, portanto, é que o legislador utilizou-se no art. 273, caput com a redação decorrente da Lei 8.952, de 13.12.94, de conceitos vagos ou indeterminados, dado que, se houvesse se servido de outra linguagem ou de outra técnica (precisa, casuística e minuciosa), certamente não se lograriam resultados úteis.

⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 207: “Como se verifica, o excesso de formalismo no contexto do direito brasileiro decorre, em princípio, mais da cegueira do aplicador da lei ou dos demais operadores coadjuvantes – desatentos aos valores do processo, pouco afeitos ao manejo das possibilidades reparadoras contidas no ordenamento ou ansiosos por facilitar o seu trabalho – do que do próprio sistema normativo. Nesse aspecto, influi também a excessiva valorização do rito, com afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com o sentimento de justiça”

“Como se verifica, o excesso de formalismo no contexto do direito brasileiro decorre, em princípio, mais da cegueira do aplicador da lei ou dos demais operadores coadjuvantes”.

No presente estudo mencionamos que o pragmatismo é uma ciência semiótica⁵¹ que enxerga o direito como uma linguagem em uso para solucionar casos, logo – uma ciência prática – “porque se baseia no princípio da aceitação sem discussão dos pontos de partida⁵²” que ajuda a reduzir descompassos de teorias à prática. Sabe-se que a linguagem é uma estratégia de comunicação – contudo o enfoque do pragmatismo não são as normas, mas o comportamento daqueles que as utilizam e as manuseiam. “Uma das funções é desvendar o sentido que um signo adquire em determinados contextos e situações concretas singulares, em função das pessoas, dos lugares, dos momentos e das razões que levam à comunicação”.

A crítica que se faz ao modelo pragmático é a seleção darwiniana dos argumentos mais convincentes. Desta forma, o argumento mais convincente não significa sustentável com o ordenamento jurídico ou coerente com ele.

Ainda assim, a questão que permanece ativa é: como incorporar uma filosofia de linguagem pragmática com uma antinomia imprópria valorativa⁵³ do art. 300 do novo código processo civil? A resposta possivelmente está na conexão dos comportamentos com os signos – a relação humana que o jurista possui diante do termo tão paradigmático como o *periculum in mora*.

⁵¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. op. cit., p.20-21

⁵² FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 16: “[...] é a decidibilidade dos conflitos o problema central da ciência do Direito contemporâneo, enquanto uma ciência prática. Esta ciência é prática porque se baseia no princípio da aceitação sem discussão dos pontos de partida. A proibição da negação dos pontos de partida (o dogma) obedece a uma razão técnica: a de permitir a decisão com base no Direito, que não pode ser posto em questão sob pena de não se alcançar, numa sociedade, a decidibilidade jurídica dos conflitos”

⁵³ BOAVENTURA, Bruno José Ricci. *A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis*. <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/66362/solucao_antinomias_juridicas_boaventura.pdf>. Acessado em 05/07/17. “A antinomia imprópria valorativa se dá quando o legislador não for fiel a uma valoração por ele próprio realizada, pondo-se em conflito com as próprias valorações. Um exemplo bem nítido quando uma norma prescreve pena mais leve para um delito considerado como mais grave ou ainda quando no sistema encontram-se normas que transcrevem penas diferentes para condutas iguais. Também não há como na consolidação esmiuçar sobre tal tipo”

Ou seja, a investigação do discurso com o comportamento do jurista – não só no manuseio do instituto, mas propriamente com a figuração do instituto da irreversibilidade.

A estrutura conceitual da teoria da pragmática da norma jurídica não se trata apenas da mera descrição da realidade jurídica e da correlação com institutos, mas de uma investigação no parâmetro da relação comportamento (práxis)– norma (texto de lei).

Admitir uma perspectiva pragmática ⁵⁴ do direito não significa ignorar a semântica e a sintaxe da estrutura comunicacional da linguagem. O princípio básico da pragmática jurídica é o da interação. O princípio da interação se dá entre o emissor e o receptor da mensagem não delimitando apenas o ato de fala isoladamente, mas a própria ação – ao agir, ao poder agir, ao querer agir. A articulação comportamental é o objeto de estudo da pragmática para o Direito. O ato de falar se revela reflexivo⁵⁵.

Normas são decisões e a interação do aplicador do direito com as decisões em conjunto com aquele que participa se dá pela forma de agir com a norma. Nesta lógica, através de decisões é que vislumbramos como outras decisões serão tomadas. “*Na decisão pragmática, o comunicador normativo não apenas diz qual a decisão a ser tomada - pré-decisão - mas como a pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado. Informação sobre informação*”⁵⁶. Isso, por si é um desafio ao formalismo jurídico clássico, afinal há o costume da norma deontica (dever ser). É uma perspectiva ímpar no sentido em que coloca os atos dos operadores jurídicos tão em evidência quanto o significado da norma.

Se a norma é decisão é preciso compreender como a pragmática se relaciona com a validade normativa: o princípio da interação encontra a validade da norma despreendida a linearidade abstrata – ou seja, considerando o contexto pelo qual está situada (não de criação

⁵⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10-11

⁵⁵ *Ibidem*, p. 17

⁵⁶ *Ibidem*, p. 50

legislativa – mas o contexto da correlação entre fato e direito). Destarte a aplicação da lei para o pragmatismo passa pela conexão comportamental considerando o contexto jurídico da qual a norma e os operadores estão inseridos.

Os comportamentos interativos dos operadores com a norma desempenham função justificadora – do campo valorativo, inclusive. Em outras palavras, incumbido na interação entre comportamento e norma – há de se encontrar uma justificação para o valor do qual o agente interpreta. A premissa do pragmatismo é de que a norma não é axiologicamente neutra.⁵⁷ E o papel pelo qual seleciona ainda que discretamente um valor entre a interação comportamental e a interpretação do agente é a própria ideologia. Nela que reside o processo de justificação do qual o dogmatismo absorve os valores e de como são preenchidos em argumentos para emitir um diálogo com os demais operadores.

Desta forma a técnica processual passa pelo crivo ideológico na medida em que a sua instrumentalidade serve para conferir força aos valores dos quais a ideologia se sustenta.

Convém mencionar que no art. 300 do Código de processo Civil, ao tratar da análise da antinomia valorativa: o pressuposto *periculum in mora* – pressuposto condiz com a dimensão da existência – é situado ao magistrado se deparar numa encruzilhada decisória: considerar – em um breve e delicado momento de decisão o perigo da demora para o autor, ou o perigo da demora inverso para o réu.

Uma linguagem pragmática estuda portanto as relações comportamentais do magistrado com forma de captação da decisão pré-definida dos pressupostos de sua concessão. A interação com o tipo de argumento utilizado para afirmar ou negar tal perigo. Considerando que é

⁵⁷ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 158: "sistema ideológico de controle de expectativas, isto é, um sistema em que o agente age de certo modo, porque os demais agentes estão legitimamente seguros de poder esperar dele tal comportamento. Um sistema, portanto, de controle de expectativas comuns e mútuas, controle este dado, em última análise, por uma decisão fortalecida ideologicamente e que assegura uma relação meta-complementar entre editor e endereçado".

uma antinomia valorativa: no próprio art. 300 do NCPC – fornece ao magistrado poder para dispor em ignorar os pressupostos (caso acate pelo perigo da demora), ou não conceber irreversibilidade na tutela (perigo da demora inverso). A linguagem pragmática, portanto – é atribuída pelo sentido comportamental do julgador ao designar tal sentido. E o que incumbe a significação é a interpretação axiológica que o magistrado imputa. Nesta imputação do sentido da antinomia a hipótese de influência ideológica ganha força.

1.6 – Processo e ideologia

Em jogo está a antinomia do art. 300 do CPC – antinomia pela qual não há critérios para solução da contradição legal: tanto o critério da especialidade, cronológico e hierárquico não são suficientes para desbravar e resolver tal contradição. Além do que a própria força principiológica normativa não alcança tal antinomia porque o método da ponderação também não é o suficiente.

O que resta, portanto é uma decisão discricionária da qual a lei legitima ao magistrado tomar. Apesar de tal legitimidade, não significa que existam critérios claros acerca dos limites dos pressupostos da concessão da tutela de urgência. Foi instaurado, logo – a hipótese de que como é uma antinomia valorativa; - o componente determinante será a ideologia para a tomada de decisão do magistrado.

A força material da ideologia é de interpelação dos sujeitos para modificar a realidade de acordo a percepção de mundo intrapessoal como dito anteriormente, o presente estudo pauta-se por uma linguagem pragmática – no sentido de focar nos comportamentos daqueles que interagem com o texto e pré-texto – a norma e a decisão advinda da norma.

As formas simbólicas para Thompson⁵⁸ são essenciais para compreender o conceito de ideologia do qual o autor insere em influência na realidade: associamos esta premissa a realidade jurídica, inclusive. Formas simbólicas são as que têm função de capacitar e re-interpretar: seu efeito é induzir a visão de uma mesma coisa – só que com modos diferentes.

A interpretação axiológica e a prática discursiva através da linguagem são meios dos quais as formas simbólicas se estruturam. Desfocalizar um problema – para conduzir outros problemas através de valores. A tutela de urgência também sofre esta estrutura. Nada (no sentido pragmático) impede que em casos idênticos – com os mesmos pressupostos da concessão de tutela de urgência, sejam tomadas diferentes decisões. O que vai atribuir a decisões diferentes em casos idênticos não é propriamente o critério da analogia ou equidade – mas a interpretação dos valores que o magistrado atribuir devidamente.

Ao analisar um comportamento amplo do magistrado é possível verificar que a técnica processual – bastante apurada no sentido de uma linguagem jurídica autônoma, esta pode servir como pretexto para condicionar tal instituto (o da tutela provisória, no caso) aos valores dos quais o magistrado considera como adequados.

Para Ovídio Baptista a relação entre processo e ideologia se dá pela forma de utilização do paradigma racionalista. Considerando paradigma o ponto de partida. O excesso racionalismo trazidas pela modernidade – criam uma ilusão de que através da racionalidade tudo será solucionado, até mesmo formas de geometrizar comportamentos da sociedade para finalmente alcançar uma suposta paz perene. O paradigma racionalista no processo é o responsável por flexibilizar um problema: atribuir um diferente valor ao problema. Assim como ocorre no dogmatismo jurídico brasileiro – o cientista jurídico escolhe qual problema o instituto jurídico enfrenta. E ao selecionar aos seus valores – recai portanto o fenômeno da ideologia

⁵⁸ THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica da era dos meios de comunicação de massa*. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 38

operacionalizando: “as revoluções científicas ocorrem esporadicamente quando um determinado paradigma deixa de oferecer solução para um número apreciável de problemas provocados pelas novas condições históricas e pelo próprio desenvolvimento da ciência⁵⁹”.

Qual seria o paradigma racionalista da tutela de urgência? A configuração dos seus pressupostos – a abordagem de uma necessidade de critério objetivo, contudo tal critério permite uma interpretação flexível e oca. A dogmática jurídica que tanto serve para o auxílio da compreensão de linguagem jurídica, logo de tomar consciência na aplicação do direito. Contudo o discurso da finalidade do dogmatismo jurídico em resolver aporias – serve para encobri-las.

O formalismo exacerbado do qual tanto serve o excesso de conceitualismo pode ser considerado uma fuga da realidade – entende-se realidade como uma disparidade daquilo que a sociedade demanda da justiça, e daquilo que esta não pode cumprir. Na verdade, podemos considerar não uma fuga, mas uma realidade paralela construída pelos supostos valores dos quais operadores do direito constroem. “É a mesma fuga da realidade empírica no rumo das abstrações que depois, fez nascer e alimentou a ciência processual, no século XIX⁶⁰”.

Ovídio faz uma distinção entre as tutelas cautelares e de urgência: *há que distinguir a tutela do direito da tutela do processo*⁶¹. Pois a tutela cautelar não defende o processo, e sim o seu direito subjetivo ou a sua pretensão, pois a defesa do processo cabe ao juiz não à parte. “*Umam cuidam de provisões de atendimento ao direito (satisfativa), com a designação já aceita de tutela de urgência; outras são de preservação da regularidade processual para a emissão da sentença*⁶².” Às vezes há uma confusão processual acerca de cautelar satisfativa porque não há distinção entre tutela do direito e tutela do processo.

⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 31

⁶⁰ Ibidem, p. 85

⁶¹ Ibidem, p. 101

⁶² Ibidem, p. 103

O paradigma racionalista influencia na criação das considerações acerca dos pressupostos da tutela de urgência. A racionalidade em formar parâmetros vagos e abertos transmite a ideia de segurança jurídica, contudo a fundo não há padrão que determina dimensões para a decidibilidade.

O jurista faz a lei falar. O discurso (não deixa de ser comportamento para a análise de uma linguagem pragmática) pode ser um instrumento de motivação – não para esclarecer mas para encobrir as intenções de quem emite o discurso. Há um abismo entre a intenção do discurso (ou até mesmo análise) com sua prática, travestindo assim sua real motivação.

As disposições do discurso e da análise podem ser modificados, revogados, até mesmos dissimulados. O que dizer então sobre uma análise possivelmente viciada dos pressupostos da tutela de urgência. Quando o *periculum in mora* pode se transformar em irreversibilidade – não pela alegação de uma das partes, mas pela adequação pelo qual o julgador considera de acordo com seus valores. “*Em outras palavras, o valor controla as reações possíveis do receptor no sentido de uma exigência de que elas venham a se adaptar a ela*⁶³”. No caso de como o juiz consegue fazer a lei falar, em outras palavras – pode fazer falar ou calar.

Há uma distinção entre julgar e decidir para Ovídio. Julgar tem função intelectual, decidir volitiva. Desta linha de raciocínio, o autor demonstra o paradigma racionalista – numa análise apenas teórica os juízes apenas julgam sem poder decisório. Entretanto o que é verificado na prática é de que os juízes decidem – de acordo com a sua vontade: “*A solução é fazer com que o juiz simule a construção de um silogismo para dar a impressão de que seu raciocínio seguira o modelo matemático*”⁶⁴.

O pecado do paradigma racionalista é o de tentar impor que a sociedade é um problema matemático, desta forma as lides judiciais devem ser solucionadas por fórmulas. O

⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 182

⁶⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. op. cit., p. 115

ordenamento jurídico através do dogmatismo “vende” a ideia de que o juiz é a vontade da lei: mas decide sua própria vontade com uma discricionariedade legitimada.

A forma de operacionalização da ideologia na aplicação do direito se dá no encobrimento de técnicas (inclusive processual) – ao sistematizar valores, formulando tipos de hierarquia – quem julga ressalta o que é mais importante. A avaliação ideológica é o que calibra o sistema dogmático, entretanto – o dogmatismo possui um alcance na validade da norma; por isso é importante não abandonar a ciência empírica do pragmatismo. Porque o direito vai além da dimensão pragmática.

A possibilidade de encobrir valores com o intuito de defender outros totalmente opostos: é a possibilidade do perigo da irreversibilidade, ou seja, existe a possibilidade de defender valores travestidos por outros. E o instituto do perigo da irreversibilidade é passível de tal possibilidade. A fundamentação com o intuito de resguardar um bem jurídico; - na verdade pode denegá-lo. Os pressupostos de concessão, portanto, dependem da forma de absorver ou assimilar os valores neles (implicados) – a assimilação pode estar maculada como um dado viciado. *A ideologia não só esconde os problemas como neutraliza a busca de solução para eles*⁶⁵- como ensina Tércio acerca da função ideológica da dogmática jurídica.

⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 187

2 – A fundamentação do art. 489 do NCPC: o paradoxo dos conceitos jurídicos indeterminados com os pressupostos da tutela satisfativa

No art. 489 do código de processo Civil constrói o que se considera de fundamentação, para tanto é necessário que não se limite à indicação, à reprodução ou a paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou questão decidida. O sentido da norma do art. 489 é evitar decisões mal fundamentadas⁶⁶, especificamente o magistrado tem a potência de usurpar o sentido normativo passando a julgar de forma solipsista: ignorante alguns argumentos das partes, por acreditar que sua fundamentação é o suficiente para sustentar uma decisão. O solipsismo carrega em si um sentimento pessoal de justiça.

O efeito solipsista possui um efeito danoso ao ordenamento que é comprometer a própria segurança jurídica por causa da vinculação do magistrado com a “vontade” da norma. O art. 489 possivelmente não evitará no direito vivo⁶⁷ das decisões de natureza solipsista, contudo exige o magistrado promova de forma transparente os seus critérios decisórios. Busca-se portanto, através do art. 489 uma fundamentação substancial.

O termo livre convencimento do magistrado não significa carta branca para fundamentar de acordo com sua consciência. O livre convencimento é de não haver amarras acerca da valoração de prova. O juiz é o sujeito cognoscente os fatos seriam o objeto cognoscível. A relação de conhecimento não se reduz a fenomenologia entre sujeito e objeto – pois o magistrado

⁶⁶ OMMATI, José Emilio Meduar. *A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código Processo Civil*. São Paulo: Método, 2009, p. 62: “Nesse sentido, a fundamentação deve explicar as razões pelas quais o judiciário aceita ou rejeita determinada interpretação e compreensão do e sobre o Direito estabelecida pelo cidadão. A fundamentação não serve para estabelecer o que determinado juiz, desembargador ou ministro acha sobre o Direito. Isso é motivação, algo irrelevante para o Direito democrático. A fundamentação tem como objetivo fixar a decisão juridicamente correta e, portanto, a partir da constitucionalização do Direito fundamental à fundamentação, não se pode mais falar em livre convicção motivada ou em decidir conforme a própria consciência, como muitos juízes e doutrinadores ainda teimam em fazer”

⁶⁷ Termo utilizado por Eduardo Costa: direito vivo das liminares.

não conhece o objeto de forma isolada – para tanto é necessário a participação das partes. Estas possuem o direito de influenciar a convicção do juiz. O magistrado não pode selecionar ao seu bel prazer quais provas serão admitidas.

O sistema hermenêutico processual condiz com a intersubjetividade do conhecimento onde as partes participam do processo de interpretação da norma. Interpretar é atribuir um sentido ao texto normativo. A aplicação da interpretação é uma atividade decisória, de produção normativa – e nesta produção o magistrado não é uma ilha – deve construir pontes para conseguir alcançar os fins metajurídicos. Não é sobre a justiça do magistrado, mas a justiça do magistrado da qual as partes fazem parte.

Também é vedado o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto da sua incidência no caso. Assim como também não se considera fundamentados os motivos que serviriam para qualquer outra decisão. O magistrado deve enfrentar todos os argumentos deduzidos.

Numa busca filosófica sobre o sentido de fundamentar, Medina utiliza o seguinte conceito: *apresentar racionalmente, as bases fáticas e jurídicas da decisão*⁶⁸. O autor lembra que motivação e justificação são diferentes pois motivo é aquilo que move alguém. Justificar fazer o justo. Através de uma interpretação teleológica do art. 489, vislumbra-se como é possível o juiz elucidar a trajetória de todos os passos fizeram chegar a uma decisão. A intenção de vincular o magistrado não com os fundamentos legais – mas aquilo que entrelaça – conecta o texto da norma com o texto da decisão sobrepesando o caso em concreto. O que se evita é uma decisão institucionalizada comprometida com generalizações vagas e difusas.

⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. 5. ed. rev., atual, e a ampl. - São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2017, p. 784

A fundamentação serve para revalorizar a verdade (verdade possível) termo utilizado por Taruffo⁶⁹. Abdica-se portanto a ideia de uma verdade absoluta, para uma verdade pautada na cognição possível do qual o magistrado teve acesso. A fundamentação serve para demonstrar em que aspecto se sustentou a convicção do magistrado.

Na fundamentação do magistrado existe uma função de duplo discurso⁷⁰: tanto endoprocessual quanto extraprocessual. Para as partes (endoprocessual) porque vincula o direito das partes inclusive, oportunidade para se defender se for o caso. E extraprocessual porque o juiz deve ficar atento, pois sua interpretação cria precedentes. É uma ótica de participação democrática – pela qual uma decisão não fica restrita mais a um caso isolado.

O dever de fundamentação racional da decisão judicial está conectado ao art. 371 do CPC pois deve indicar as razões na formação do seu convencimento. O código de processo civil portanto preza pela racionalidade ao exigir motivação racional da valoração de provas que levaram ao seu conhecimento. E controlabilidade pela decisão possuir cunho democrático com características de publicidade e acessibilidade – como já dito, a decisão do magistrado não é isolada; tem o potencial de afetar outras decisões pela força dos precedentes.

Ao vetar a mera transcrição do texto de lei – o dever de vincular a fundamentação com uma didática da qual transpareça uma linha de raciocínio límpida quanto aos fatos e convencimento.

Interessa o §2 do art. 489 do código de processo civil ao prescrever que em caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

⁶⁹ TARUFFO, Michele. "*Verità e probabilità nella prova dei fatti*". Revista de Processo (versão eletrônica). São Paulo: RT, v. 154, dez/2000

⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206

A respeito da fundamentação – não basta o magistrado fundamentar, mas expor a forma pela qual utilizou tal critério: seja através da ponderação (proporcionalidade ou razoabilidade), seja através da analogia, equidade seja através dos critérios para solucionar as antinomias (da especialidade, cronológico e hierárquico). Afirma-se que fundamentar é uma técnica e como tal deve ser explorada pelo julgador em função de outros juristas conseguirem acessar o entendimento da estrutura de parâmetros para solucionar qualquer entrave.

A respeito da antinomia do *periculum in mora*, do art. 300, §3º – cabe ao magistrado explicar quais critérios considerou para concluir se há perigo da demora ou o perigo inverso. A expressão fundamentos determinantes é utilizada no referido código, também chamada de *ratio decidendi*; - há diferentes níveis de *ratio decidendi* principalmente se estiver vinculado com a força normativa dos precedentes. Talvez o segundo caput do art. 489 seja o mais importante – pois é inevitável, imprescindível deixar de formular uma estrutura de parâmetros sem afastar os empregos de conceitos jurídicos indeterminados, indicar somente à mera reprodução de lei – parafraseando e não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo.

Há um paradoxo quando o artigo que trata os fundamentos determinantes (489) veta os conceitos jurídicos indeterminados⁷¹. Por conseguinte os pressupostos de concessão não deixam de ser conceitos jurídicos indeterminados. Desta forma o legislador peca ao exigir do magistrado uma estrutura de fundamentação de decidibilidade legitimando a utilização de conceitos jurídicos seja numa decisão interlocutória, seja de uma sentença.

“Fumaça do bom direito”, “perigo da demora” e “perigo da irreversibilidade”

consubstanciados no art. 300 – são conceitos indeterminados, pois são expressões⁷² que carregam

⁷¹BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito Administrativo*. RJ: Renovar, 2006. p. 220: “quando é possível identificar os fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, sobre as quais não há certeza sobre se se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite controle jurisdicional parcial”

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 21: “Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou criar uma nova para que

incertezas no seu conteúdo – ou se houver captação do seu conteúdo é de não completitude. Mello racionaliza o conceito jurídico como impossibilidade de substituição de outra palavra – pois se o problema fosse o signo, modificar-se-ia o signo. O problema é o próprio conceito inserido em um contexto hermenêutico.

Didier distingue conceito jurídico indeterminado de cláusulas gerais⁷³; estas se separam dos conceitos jurídicos porque elas preenchem o significado através de valores encontrados em contingências históricas. Além do que nas cláusulas não indicam consequências jurídicas – já os conceitos a indicam⁷⁴.

A angústia em ter de formular uma decisão utilizando conceitos jurídicos indeterminados é o de ameaçar justamente a incidência normativa: ou seja a própria subsunção normativa é comprometida.

desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes “urgente”, “interesse público”, “pobreza”, “velhice”, “relevante”, “gravidade”, “calvície” e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso apontável implicaria a alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por outro conceito – já agora preciso, portanto, um novo conceito – o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo”

⁷³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. José Lamago (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 1 “só as cláusulas gerais exigem concretização em vez de subsunção “Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de 'generalizar' o caso; tem também de 'individualizar' até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na 'subsunção'. Quanto 'mais complexos' são os aspectos peculiares do caso a decidir, 'tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção”

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011., p. 197, 198. Sobre a incidência de consequências jurídicas. “Assim, por exemplo, quando o Código Civil Brasileiro declara que “todo homem é capaz de direito e obrigações na ordem civil” (art. 2º) (cf. CC/2002, art. 1º), está empregando a palavra “homem” no seu sentido comum, que dispensa qualquer definição propriamente jurídica. Ao contrário, quando edita a regra de que “é nulo o ato jurídico quando praticado por pessoa absolutamente incapaz” (art. 145, I) (CC/2002, art. 166, I) o mesmo Código se utiliza de vários termos ou expressões que não encontram correspondência na linguagem comum, porque, justamente, não se referem a uma classificação tipológica da realidade social e sim àquilo que Ihering denominou “construções jurídicas”, isto é, conjuntos sistemáticos de normas, como “nulo”, “ato jurídico” e “pessoa absolutamente incapaz”. Esses últimos conceitos, correspondentes à *regulae* da sentença de Paulo, são mudos em matéria interpretativa, no sentido de que não podem constituir uma premissa para a solução do caso em espécie. O intérprete não pode partir de tais conceitos para extrair consequências jurídicas, mas deve, antes de tudo, perquirir qual o complexo de normas a que eles se referem e iniciar, então, a sua argumentação jurídica unicamente a partir desse conjunto normativo, condensadamente expresso pela *regulae*”

2.1 – Por uma função da argumentação jurídica

A necessidade de fundamentar decisões judiciais tem aumentado o interesse nas teorias da argumentação jurídica: geralmente mais envolvida com metodologia do que com hermenêutica para o dogmatismo clássico.

Apesar da carência de um estudo aprofundado na argumentação jurídica voltada para a pragmática, há fatores que demonstram um crescente interesse no fenômeno da teoria da argumentação jurídica. Pode-se apontar que o primeiro fator tem natureza teórica enfocando na dimensão argumentativa para construir teorias mais completas que preencham lacunas normativas. O segundo fato diz respeito à modificação de perspectiva dos operadores jurídicos. Onde não se restringe apenas para o juiz e o advogado; - o direito é utilizado por todos que argumentam. O terceiro fato diz respeito ao estado constitucional onde a produção, interpretação e aplicação do direito são construídos por argumentações, ademais influenciam propriamente nos mecanismos de controle de constitucionalidade. O quarto é o fator pedagógico, porque através das próprias teorias utilizadas, dependendo da forma argumentativa a didática explicativa de uma teoria também é fundamental para a funcionalidade do Direito. E por fim, inevitavelmente, pelo quinto fator: o político pois toda argumentação está incrementada ao exercício de cidadania⁷⁵.

As proposições normativas⁷⁶ devem ser acompanhadas de uma justificativa cujos fundamentos sejam transparentes. A preocupação de teoria da argumentação jurídica é de evitar uma racionalidade isolante pela qual somente o magistrado teria compreensão, domínio e acesso. Em

⁷⁵ ATIENZA, Manuel. op. cit., p. 20-26: “Explicações dos fatores que influenciam o fenômeno crescente do interesse na argumentação jurídica.

⁷⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 143: “Em uma grande quantidade de casos de aplicação das normas jurídicas resultantes do procedimento da criação do Direito, para uma mesma questão jurídica particular, várias proposições normativas são possíveis. Com isso, está colocada a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica para dar conta de que a proposição normativa particular seja acompanhada das melhores razões e, assim, melhor justificada racionalmente. Isso somente pode ser alcançado no marco do discurso jurídico racional entendido, então, como um caso especial (Sonderfall) do discurso prático geral”.

outras palavras a teoria da argumentação busca exatamente democratizar o acesso da racionalidade e influência da normatividade através dos argumentos utilizados.

A construção e a aplicação hermenêutica constitui um ponto de partida de que o Direito é uma prática argumentativa.

Nas últimas décadas as teorias da argumentação jurídica têm ganhado importância ou ao menos estão em evidência. Não se pode apontar o motivo exato pela causalidade do aumento do interesse, mas pode-se supor que o ordenamento jurídico complexo não pode ser preenchido com interpretações simplórias – a realidade dos tribunais e da prática forense exige coerência e segurança (não à famigerada segurança jurídica – ponto ápice do positivismo jurídico; a segurança é no aspecto de transparência de parâmetros legais para decisões).

Existe uma argumentação jurídica ou simplesmente a aplicação de um sistema de argumentação geral aos fenômenos jurídicos? No presente trabalho, atribui-se o sentido de utilizar a teoria da argumentação com o intento em superar as obsoletas dicotomias entre jusnaturalismo e juspositivismo.

Para Atienza⁷⁷ a dogmática da teoria da argumentação jurídica possui tais funções;

- a) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias;
- b) oferecer critérios para a aplicação do Direito, e;
- c) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico.

Ao depreender um sentido para uma teoria da argumentação jurídica – é preciso considerar sua importância; - antes de afirmar precisamente a função da argumentação jurídica é imperioso questionar a finalidade de uma teoria jurídica. Serve para explicar a realidade ou

procrastinar na vagueza da vaidade acadêmica? Do que vale uma teoria sem pretensão de ser

⁷⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teoria da argumentação jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p, 3

prescritiva?. Tantas teorias o dogmatismo jurídico tem a oferecer, contudo ainda registra-se crise na aplicação jurídica quando existe um desnorreamento evidente acerca da utilização dos fundamentos determinantes de uma decisão.

A aceitabilidade de uma decisão judicial do ponto de vista das partes ? (porque obviamente alguma delas se queixará); ou propriamente do ponto de vista do próprio magistrado que profere sua decisão (o que impossibilita inclusive uma autocrítica – não sob o conteúdo da decisão, mas sobre a formatação de critérios para decisão); ou o ponto de vista deve partir dos tribunais, até hierarquicamente haver a palavra final independente do descontentamento (o que beira a certo ponto o argumento de autoridade); ou o ponto de vista da aceitabilidade deve ficar encargo do cienticismo jurídico (já foi afirmado que tudo abrange a ideologia e dela nada escapa). Como, portanto, é possível justificar aceitavelmente a interpretação de uma norma jurídica?

Acompanhando a linha de raciocínio de Taruffo: não existe verdade absoluta – existe verdade possível a partir da participação construtiva das partes. A aceitabilidade, portanto não parte de um absolutismo, mas de um sistema aceitável de critérios cuja característica seja a própria transparência – portanto o ponto de vista da aceitabilidade deve conferir aceitabilidade de participação irrestrita (o processo publicizado) – não para aprovar ou reprovar, mas para ter condições de acessibilidade dos critérios e investigação. O ponto de vista da aceitabilidade de uma teoria não é feita para agradar alguma das partes, mas de todas as partes (tanto as que detém interesse como as que não detém) compreenderem a perspicácia das medida utilizadas para chegar numa decisão judicial.

Não basta eleger um critério para formular motivos determinantes e finalmente alcançar uma decisão judicial. Nada impede que o julgador modifique a metodologia de julgamento. Por isso, é necessário coerência para a utilização de uma teoria – principalmente da argumentação jurídica. É óbvio que o legislador não possui a prerrogativa sobre-humana de prever todas as

possibilidades circunstâncias para aplicação da norma. No entanto é inviável manter uma legislação que permeia e estimule aporias – inevitavelmente haverá discricionariedade judicial. Logo, uma teoria de argumentação jurídica não possui o escopo de reduzir a discricionariedade judicial, porém conscientizar qual a finalidade de uma discricionariedade para uma decisão judicial. Uma consciência para-jurídica – no sentido de ter lucidez epistemológica⁷⁸ acerca dos critérios.

A teoria da argumentação jurídica cuja função é fiscalizatória na medida que preenche uma consolidação democrática do próprio Estado de Direito. Pois, todos – não só os que argumentam ou os destinatários da argumentação jurídica, todos que participam do Direito seja como mero estudioso ou presenciador são possíveis fiscalizadores de critérios ao utilizar a teoria da argumentação jurídica. Ou seja, esta teoria permite uma participação ativa na cidadania ao supervisionar, inspecionar, revistar, investigar todos os critérios de aplicação do Direito através da argumentação. Logo, a função da teoria da argumentação coincide com sua importância.

A verificação da racionalidade da argumentação jurídica se ocupa então dos requisitos relacionados com os argumentos que se apresentam tanto no contexto de descobrimento quanto no contexto de justificação. O estudo da argumentação jurídica se preocupa com as normas que os juízes respeitam quando justificam suas decisões.

A dogmática jurídica cuja função⁷⁹ é sistematizar, analisar, interpretar e descrever as decisões jurídicas – passa a investigar a aplicação da racionalidade jurídica alegada. Contudo, para a

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 282: “A subsunção deve ser entendida no contexto paradigmático da relação sujeito-objeto, portanto nos marcos da filosofia da consciência, em que o sujeito é o encarregado de fazer essa operação mental entre a subjetividade e a coisa [...] mesmo na ponderação – compreendida nos marcos em que vem sendo apresentada pela(s) teoria(s) da argumentação jurídica –, por mais que se negue tal circunstância, ocorre a subsunção, quando se busca “subsumir” o geral (norma ou hierarquias primas facie) ao caso concreto (ou vice-versa) [...] Desse modo, pautas gerais (conceitualizações, etc.) sob pretexto do “esclarecimento” dos significados de cláusulas abertas, princípios e/ou conceitos indeterminados (ou, ainda, textos vagos e ambíguos), podem, sob o jugo do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, servir a esse desiderato[...].”

⁷⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 8: “[...] Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao *decisionismo* metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade)”

teoria da argumentação se estabelecer permanentemente conectada com a realidade é necessário um componente empírico. Vigiar constantemente entre as discrepâncias teóricas e práticas da forma como uma teoria é apresentada e diferentemente de como é exercida. Para tanto, indaga-se se a lógica jurídica deve ser predominantemente existente, válida ou eficaz?

Certamente tais níveis dimensionais não compõem somente eficácia sem ser existente. Como são diferentes graus, é preciso então implementar o raciocínio de que para alcançar sua eficácia é necessário passar pelos dois níveis. A existência de uma norma é abstrata, pouco interessa sua criação. O cerne é a validade da lógica jurídica. O que torna uma lógica válida é sua função ou sua legitimidade de acordo com o respectivo ordenamento jurídico pelo qual a estimula?

É preciso absorver que a lógica é um instrumento, e não um fim em si mesmo. Não são as premissas que constroem a lógica jurídica – e sim a lógica que constrói tais premissas. Nesta causalidade reside a validade jurídica.

A lógica *deôntica* é a finalidade do “dever ser” para o direito. Se houver contradições de normas, então também há contradição na lógica deôntica – afinal são indissociáveis. Atienza discorda: acredita que argumentação jurídica não significa lógica jurídica. *Outras perspectivas podem consistir em considerar a argumentação como uma actividade, uma técnica, ou uma arte dirigida a estabelecer ou a descobrir as premissas de determinadas teses; ou como uma interação social, um processo comunicativo decorre entre vários sujeitos*⁸⁰[...]

A confusão pela indissociabilidade da lógica com argumentação jurídica se dá por velhos vícios da doutrina em compreender o direito como ciência isolada. Uma argumentação tida como jurídica possui influência fora do alcance dos tribunais – repercutindo, inclusive em outras esferas ou subsistemas – como se queira denominar.

⁸⁰ ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar editora, 2014, p. 16

Tal polêmica importa na medida em que a lógica não é feita para um grupo seletivo de pessoas – e somente estas podem manuseá-la. O direito é contemplado tradicionalmente, não sob o ponto de vista do legislador ou sob a perspectiva abstrata do teórico ou do dogmático do direito.

A tentativa ou esboço da importância e abrangência da teoria da argumentação jurídica foi posta. Combinar-se-á a seguir as concepções do direito e a correspondência com os pressupostos da tutela de urgência.

2.2 – As concepções da argumentação jurídica de Atienza

Há uma distinção entre conceito e concepção – aqueles possuem forte carga valorativa. Concepções não.

Ao classificar as concepções, importa distinguir conceito de concepção, pois conceitos, para o autor, possuem uma forte carga valorativa. Já a concepção não. A análise do argumento não se confunde com o teor do argumento em si. Afinal, através da análise é possível compreender o que pressupõe a argumentação dentro de um contexto de um ordenamento jurídico.

A operacionalização argumentativa na forma de estudar um determinado problema; para tanto é necessário mensurar, experimentar, observar – ou seja, a natureza epistemológica não se separa da análise argumentativa. Argumentar e decidir são facetas da mesma realidade⁸¹. Argumentar está inserido no contexto da resolução. Nesta reside em demonstrar uma pluralidade de significados para a exposição de um determinado problema (seja abstrato, concreto, real, ou hipotético...). *Argumentar consiste em usar de certa forma a linguagem: dando argumentos (que, como é evidente, podem referir-se ao mundo, a fatos) a favor ou contra uma determinada tese*⁸².

⁸¹ ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar editora, 2014, p. 80

⁸² *Ibidem*, p. 94

Sobre pluralidades de significados – a argumentação pode ser utilizada a metáfora do jogo: um jogo de linguagem⁸³. Se argumentar é utilizar o jogo da linguagem – existem diversos jogos argumentativos – *pertencem a uma mesma classe definida por uma conjugação de propriedades essenciais ou definidoras*⁸⁴

Para Manuel Atienza através da dogmática jurídica cuja função é identificar os fenômenos normativos da argumentação na influência direta da norma jurídica. Portanto, há concepções que servem para diagnosticar o tipo de argumentação que um ordenamento jurídico possui de acordo com suas características, seja realista, seja cética, seja positivista e até naturalista⁸⁵.

Para categorizar o pluralismo de linguagem separa-se as concepções da argumentação jurídica em três: formal, material e pragmática. A metodologia utilizada será utilizar como parâmetro cada concepção da argumentação jurídica para construir uma análise acerca da antinomia impropria valorativa do perigo da irreversibilidade.

Primeiramente é necessário identificar as premissas e as conclusões utilizadas usualmente para cada dimensão argumentativa; distinguir os raciocínios dedutivos; traduzir as proposições e construir uma prova formal de validade para uma série de raciocínios⁸⁶. Em seguida, far-se-á a análise do perigo inverso.

2.2.1 – A concepção formal

Na concepção formal a principal característica é a inferência promovida por uma lógica dedutiva ao identificar as premissas e inferir dentro da norma jurídica. As proposições

⁸³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999

⁸⁴ ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar editora, 2014, p. 91

⁸⁵ *Ibidem*, 29

⁸⁶ *Ibidem*, p. 91: “método que o autor utiliza para construir uma teoria analítica nas concepções argumentativas”

lógicas estão dentro de um sistema que incumbe provas formais de acordo com o que é possível admitir em Direito.

Ao identificar a razão pelas premissas e conclusões, daí se dá a concepção formal pelos enunciados, independente de serem falsos ou verdadeiros. O fundamental para a admissão dos enunciados são que eles estejam dentro do formalismo para a relação da inferência da norma permitir⁸⁷.

A crítica feita contra a concepção formal é a de que reduz o direito a mera formalidade dedutiva. Ademais, a inferência não é suficiente para detectar paradoxos na própria norma. A linguagem, devido ao excesso formal, nem sempre é precisa quanto ao objeto das normas – o que às vezes impossibilita uma interpretação teleológica.

Entende-se por inferência o procedimento lógico-dedutivo de ter uma premissa maior que é a norma jurídica – adjunta de uma premissa menor que corresponde a própria situação fática – com uma conclusão, através da subsunção da norma – uma decisão judicial.

Numa norma processual identifica-se forte teor de formalismo normativo. Ao constatar que numa norma processual há antinomia: o jurista não possui muitos instrumentos hermenêuticos pois a lógica dedutiva de um sistema formal não retribui para solucionar. A inferência normativa gera uma contradição não do conteúdo, mas do próprio sistema de operacionalização de normas.

Na concepção formal o jurista está enclausurado na validade formal e na lógica dedutiva – aprisionado no sentido que não lhe resta outra reação senão argumentar de acordo com a concepção formal. O ponto fraco, portanto é a ausência de um critério proporcionado para controle de argumentos exclusivamente da lógica dedutiva. Ausência também de controle na qualidade dos argumentos. Art. 300. *“A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que*

⁸⁷ ATIENZA, Manuel. op. cit., p. 143

evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

art. 300, §3: “*A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão*”. Não se vislumbra portanto através da lógica dedutiva uma solução sem passar pelo grau de discricionariedade judicial. A questão é que o magistrado terá de fundamentar de acordo com o próprio formalismo. O que torna uma decisão oca – por ser maleável, passível de induzimento.

2.2.2 – A concepção material

Na concepção material, em contraponto ao formalismo, os enunciados devem ser rigorosamente verificados se são verídicos. A propulsão de verdade dos enunciados é o que determina a conclusão de uma concepção material: “*Na concepção material, as premissas e a conclusão são enunciados interpretativos, isto é, enunciados aceitos pelo que argumenta como verdadeiros ou corretos*”⁸⁸. Conclui-se que a concepção material aborda razões substantivas, ou seja razões sustentadas pelo poder de verdade dos seus respectivos conteúdos.

Pode-se afirmar que a concepção material trabalha no ponto fraco, vulnerabilidade da concepção formal – quando eleva a crítica à inferência ou propriamente a subsunção normativa. Valorizar mais as premissas em corretas foge do campo demasiadamente formal do Direito. O valor das premissas causa o efeito de contagiar a conclusão. A premissa da concepção material deixa de ser teórica (referindo-se à concepção formal, obviamente) para ser prática devido a sua produtividade na utilização ilimitada da interpretação proveniente do conteúdo da norma.

A crítica da concepção material é a de que ao utilizar um critério de forma absoluta a premissa que for correta – facilmente pode cair em armadilhas em tornar uma premissa em

⁸⁸ Ibidem, p. 117

ambiguidade ou falsa analogia. Ademais, o enfoque das premissas como aceitáveis, boas, corretas: geram um juízo valorativo, inclusive de moral.

Ao fazer uma análise da antinomia concorrente com a concepção material: o determinante, portanto será a premissa tida como real – verdadeira para a consideração do *periculum in mora*. E onde o magistrado encontrará a premissa? Na valoração das provas⁸⁹, possivelmente. A questão é como se comprova verdade numa consideração acerca do perigo da demora. O que torna a aplicação da concepção material ainda flexível quanto à resolução da antinomia.

2.2.3 – Concepção pragmática

Na concepção pragmática⁹⁰, eis que associada com uma racionalidade política segundo Atienza. Importa por fim, não necessariamente as verdades do conteúdo, ou a formalidade das inferências dos enunciados interpretativos. O determinante, na concepção pragmática é a aceitação do destinatário. Na concepção pragmática não há outro fim, senão convencer. A racionalidade encontrada aqui é a finalística. A construção racional desta concepção embarca precisamente num instrumento efetivo que conecta com um fim pela qual se persegue: a persuasão.

É inviável abordar acerca da argumentação pragmática e não falar sobre a linguagem da filosofia analítica. A pragmática linguística se sobressai à sintaxe e à semântica.

A linguagem é atividade – e não só um código que vincula o pensamento. A lógica da argumentação pragmática é dialética; ou seja é uma construção em cima da aceitabilidade dos

argumentos: sem entrar necessariamente no mérito do correto ou errado. *O que importa não são os*

⁸⁹ TARUFFO, M. *La prueba*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 132: “tem por objetivo estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a verdade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos em litígio”

⁹⁰ ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar editora, 2014, p. 120: “A ênfase, portante, recai agora sobre elementos pragmáticos da linguagem (e não na sintaxe e na semântica) e no resultado obtido: o que importa é a aceitação de uma determinada tese por outra pessoa, através de um diálogo ou **aceitação** pelo auditório (em geral, os efeitos que produzem em outros) e não (ou não centralmente) a validade lógica da inferência ou o carácter verdadeiro ou fundamento das premissas”

produtos de argumentação, mas os “procedimentos argumentativos” e “as normas que governam e dirigem o exercício dos papéis de defensor ou oponente”⁹¹.

Se é a lógica dialética que predomina: o auditório é determinante para a argumentação jurídica. O desempenho de cada argumento utilizado em uma construção dialética entre o oponente e proponente para influenciar terceiros – como um tribunal do júri por exemplo. Desta forma, a perspectiva é contrária à rigorosidade da inferência da argumentação formal. A interação na lógica dialética é constante. A configuração do discurso depende da aceitação do que é dito e contradito num auditório – lugar comum, para a persuasão.

A distinção da argumentação pragmática com material é a de que no pragmatismo o compromisso da argumentação é voltado para um auditório – socializando as premissas. Já a material é ais individual.

A análise da antinomia valorativa imprópria do art. 300 do novo código de processo civil com o parâmetro da argumentação retórica se dá não só na análise comportamental (discurso e ato) do magistrado, mas propriamente de quem alega o *periculum in mora*. Pois como dito, a lógica da argumentação pragmática é dialética. A edificação de premissas pragmáticas levam para uma decisão que transcende a inferência e o conteúdo material das premissas.

A curiosidade é: ao conceder uma tutela provisória (especialmente de urgência), em regra é *inaudita altera pars* – ou seja, a outra parte não tem oportunidade de se pronunciar diante do requerimento, apenas posterior à decisão judicial. Então, a lógica *in limini* compromete a dialetalidade.

Não é a construção dialética do julgador e requerente que chama atenção, mas o tipo de argumentação que o magistrado utilizará para conceder ou negar: considerar perigo da demora

⁹¹ Ibidem, p. 323

ou inverso. Caso siga a linha de raciocínio pragmático – intentar-se-á na aceitabilidade, não do autor ou do réu, mas do tribunal (órgão superior a sua jurisdição), afinal se é um auditório – o julgador terá de convencer a manter sua decisão pela aceitabilidade dos seus argumentos. Portanto, quem profere a decisão com argumentos pragmáticos: deve se deslumbrar da consideração do perigo da demora pela aceitabilidade daquele que pode ou não revogar seu julgamento.

3 – *Periculum in mora* sob o debate da ontologia e retórica

Há um debate clássico entre Parmênides e Heráclito acerca da ontologia e retórica. Enquanto que Parmênides afirmava que tudo permanece e nada muda. Heráclito se opõe afirmando que tudo muda e nada permanece.

A ontologia está para Parmênides assim como a retórica está para Heráclito – nesta possível alegoria; configura-se assim uma problemática para o direito acerca dos seus institutos e da sua utilização. Para a teoria geral do Direito a norma é propriamente ontológica ou passa pela retórica?

No debate pré-socrático tanto Heráclito como Parmênides refletem em cima de uma teorização acerca da unidade. Em toda unidade como ela se configura: indivisível, imutável. Desta forma é possível atingir sua identidade. O princípio da unidade para Parmênides implica a não-contradição partindo da premissa de que o ser não se confunde com o não-ser. Heráclito ensina que pela imutabilidade de cada ente: não é possível atribuir qualquer fixação de sentido para sua unidade.

“O ser e não pode não ser; o não ser não e não pode ser de modo algum⁹²”. Eis a célebre frase de Parmênides. Em algum momento a ontologia se confunde com a própria filosofia - às vezes utilizada como metonímia dos termos filosofia e ontologia. Pois neste debate há uma semelhança pelos dois conceitos, afinal ambos estão em busca do sentido e significado.

Na ontologia há a busca do ser – partindo da premissa de que os entes são imutáveis, destarte a sua essência é fixa. Para o Direito interessa tal busca pela análise substancial de cada conteúdo que dele (Direito) emana. Nesta busca pelo significado já pré-fixado, no caso da norma

⁹² Máxima conhecida sob a autoria de Parmênides

jurídica, resta então considerar uma aporia. Por conseguinte a ontologia pela observação do aplicador do sentido ou aquele que detiver a palavra final.

A contraposição de Parmênides encontra-se em Heráclito ao contemplar que a unidade é passível de modificações devido às multiplicidades de significados e determinações do ente. Pode-se associar tal diversidade com o Direito também. “Tudo fluir⁹³”, significa que até a característica intrínseca do ente muda – onde afinal, até mesmo o próprio universo está se transformando. “Não é possível entrar duas vezes no mesmo rio” - principal metáfora de Heráclito para a epistemologia reafirmando a permanente mudança. Ainda que o rio se mantenha geograficamente no mesmo lugar – a perspectiva filosófica é de que não é o mesmo rio, pois está fluindo.

A construção dos fatos – alegados, portanto; podem ser encontrados na formalidade do Direito – contudo propriamente remontam seu potencial de mutação. Pois a percepção dos fatos se altera. Os termos linguísticos utilizados para descrever os fatos permanecem intactos – associados à ontologia própria. Contudo a conexão entre os contextos e a interpretações que o observador por inserir de acordo com sua própria percepção modificam, logo – o direcionamento das alegações fáticas. É importante frisar sobre a construção de fatos pois as alegações remanescentes destes são determinantes para o encaixe de verossimilhança para consubstanciar e considerar o sobrepeso do possível *periculum in mora*.

A linguagem⁹⁴ serve para objetivar as distintas percepções de eventos correlatados. Pois os seres humanos se comunicam porque não conseguem absorver o mundo homogeneamente – assim como não conseguem transmitir suas diferentes generalizações.

⁹³ Máxima conhecida sob a autoria de Heráclito

⁹⁴ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e o direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 35-37

É comum em audiências de instrução a testemunha ser arrolada e ao ser inquerida ao responder, utiliza fatalmente a expressão: “eu acho”. A ordem normativa não permite que a testemunhe ache na construção valorativa de provas. Contudo a não menção, admissão ou ato de externalizar em palavras o termo “acho”, não significa que a testemunha separe a realidade da sua percepção. Desta maneira, é possível afirmar que o solipsismo é inevitável. Tanto para quem o alega, como para quem defende-se da alegação – sobretudo para quem decide sobre várias versões de fatos.

A retórica parte da premissa de mutabilidade dos conceitos. Se os direitos e conceitos são mutáveis difere portanto de uma realidade objetiva da qual a ontologia se preocupa. A multiplicidade contempla a unidade que pode possuir diversos nomes e significações. A retórica pode ser vista como técnica de argumentação da verossimilhança e não da verdade – esta fica a cargo dos ontológicos. E sobre o desprezo pela retórica implicam a decadência da democracia para Adeodato⁹⁵. Afinal, ainda que os ontológicos possuam boas intenções suas verdades tendem a fomentar uma cultura pró-intolerância.

Tal debate serve como epistemologia para desfragmentar o domínio cognitivo do termo *periculum in mora*. O âmago é compreender que tal dicotomia existe no direito e afeta inclusive decisões judiciais de acordo com os respectivos pontos de partida: ontológico ou retórico. Importante salientar que um instituto do direito pode ser compreendido como ontológico – por outro lado, utilizado de forma retórica.

O escopo aqui não é, portanto, buscar classificar se o pressuposto do *periculum in mora* é classificável como ontológico ou retórico. Mas de atribuir uma lucidez nesta presente decisão de que indissociavelmente ao seu conceito: a forma de aplicação atribuível é o que importa para uma ciência empírica. É nítido enxergar a carência de levantamento de dados e pesquisas

⁹⁵ Ibidem, p. 352

empíricas das decisões judiciais. Contudo, é preciso primeiramente reconhecer através da própria teoria a confissão de que o conceito e aplicação podem divergir.

Portanto, a conclusão parcial é que tantos os institutos, direitos e pressupostos são aprioristicamente ontológicos. Entretanto para concretizar o alcance do seu conceito não perpassa apenas um único caminho, mas vários. Os percalços ao longo do caminho podem ser encontradas retóricas. Em outras palavras o fim no Direito pode ser ontológico, mas seus fundamentos são retóricos.

3.2– A relação entre o significado e o significante com a retórica⁹⁶

Importa abordar acerca da mutabilidade teórica referente ao significado e ao significante. Entende-se significado o texto da lei. Entende-se significante o que lhe atribui significado, ou seja, texto da norma jurídica. “*A interpretação de um aplicador do direito parece ficar a meio caminho entre a tarefa descritiva de verificação de significado e a tarefa prescritiva de fixação de significados*⁹⁷”

A justificativa aqui é compreender se o juiz cria normas (*ex nihilo nihil*) criação no sentido de prover existência de algo. O limite do verbo criar é identificar o limite da autenticidade (não se confunde com a interpretação autêntica de Kelsen) interpretativa do juiz da própria paráfrase legislativa.

Adeodato⁹⁸ demonstra através de uma análise histórica sobre como a própria teoria confere a separação do significado ao significante.

⁹⁶ Ibidem, p. 61: “Como a realidade é a retórica material, que depende dessas relações entre significantes e significados, essa mesma realidade torna-se fugidia, com o seguido rompimento de acordos linguísticos que, de frágeis que sempre são, tornam-se inapreensíveis na sociedade complexa. [...] pois o direito não fica imune a esse fenômeno do distanciamento entre significantes e significados”

⁹⁷ Ibidem, p. 256

⁹⁸ ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 214-217

No primeiro momento havia a teoria da decisão correta – famosa *boche de loi*⁹⁹ – onde o magistrado era um mero reproduzidor da aplicação legal. Cabia ao juiz o reconhecimento da lei ao fato e a aplicação da consequência jurídica. Desta forma, só poderia haver apenas uma decisão correta vinculada à lei.

No segundo momento houve a teoria da moldura¹⁰⁰ – criada por Hans Kelsen, quando prevalecia o método dedutivo do qual o magistrado atribuía sentido legal resultando em uma procedimentalização normativa: reduzindo outras interpretações por considerar apenas o sentido que o juiz aplica como única válida por ter autoridade que a lei lhe incumbiu.

Finalmente, no terceiro momento há a teoria realista¹⁰¹ encabeçada por Alf Ross – movimento jurídico conhecido como realismo escandinavo. A decisão passa a ser casuística, sendo assim o juiz primeiro decide e depois fundamenta.

A crítica que o autor (Adeodato) ressalta é a de que há uma tendência clara na separação dos poderes: uma vez que o judiciário está criando norma e contemplando formas de executar. A exacerbação da discricionariedade dos julgadores é crescente – ao menos –, é possível afirmar no campo teórico.

⁹⁹ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e o direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 300: “Já na modernidade, utilizando a classificação clássica dos tipos de silogismos, os positivistas chamados ‘exegéticos’ pareciam crer que a atividade do jurista expressa-se por um silogismo apodítico, isto é, a decisão constitui conclusão que decorre necessariamente das premissas: a lei é a premissa maior, o caso concreto, a menor. O texto estaria vinculado a apenas um sentido correto, verdadeiro, que deve ser literalmente “descoberto” diante do caso concreto. Por isso o juiz é tido como a “boca de lei” e não há qualquer consciência da distinção entre significantes e significados”

¹⁰⁰ Ibidem, p. 301: “Os positivistas posteriores apelam ao silogismo dialético como procedimento argumentativo jurídico por excelência e o texto da lei é visto como uma “moldura”: a decisão concreta tem que ocorrer dentro dos limites dessa moldura, mas é impossível determinar a única decisão correta. Dentro da moldura todas as decisões seriam corretas e são as características do caso concreto – diante do poder discricionário daqueles que decidem – que vão determinar qual delas será escolhida. Do legalismo da Escola de Exegese esses normativistas mantêm a crença no caráter dedutivo da atividade do jurista”.

¹⁰¹ Ibidem, p. 301: “Para o realismo, a decisão não provém dedutivamente do texto legal prévio; ela é fruto de uma infinidade de fatores casuísticos que só podem ser indutivamente determinados, ou seja, a partir do caso específico. A lei não tem um sentido próprio prévio e, e por isso mesmo, vai se constituir apenas em um desses fatores a serem considerados diante do caso. As ponderações normativas em que se fundamenta a decisão são tópicas, circunstanciais, mutáveis e sua complexidade não consegue ser aprendida no texto da lei”

Os moldes do realismo jurídico apenas detecta tal insegurança jurídica e não cabe ao cientista jurídico lastimar pelas características que as teorias realistas apontam. O problema não é haver uma teoria realista, o problema é conferir discricionariedade e não possuir mecanismos em reduzir

Se existe uma declinação histórica tendenciando à discricionariedade devido à separação dos poderes – como contextualizar um conceito indeterminado como o *periculum in mora*. A própria lei não especifica o conteúdo – significado de tal termo. A jurisprudência parece confusa cabe a própria doutrina que não deixa de ser fonte de direito para complementar tal significado. Contudo, há confusão doutrinária acerca do manejo do significado do *periculum in mora*. Ademais, persiste na prática forense a ideia de que há o livre convencimento por parte do magistério reafirmando seu próprio calibre para a valoração das provas introduzidas aos autos assim como uma presunção típica de cada magistrado pela forma como enxerga o Direito e a realidade que o compõe.

Há de se identificar um paradoxo¹⁰²: a coação que o juiz comanda precisa ser legitimada e só é legítima se fundamentada na conexão entre a decisão e o texto válido, previamente fixado. Em outras palavras o juiz precisa estar adstrito a um texto cujo significado é determinado por ele próprio

Ainda sobre a distância do significado e significante, é preciso considerar a estrutura semiótica dos predicadores¹⁰³ (aqueles que descrevem classe dos objetos – o que caracteriza um objeto como tal, a própria adjetivação). No texto de lei e no texto de sentença é possível se deparar com vagueza que é justamente um problema de alcance denotativo da expressão utilizada. Uma mesma palavra pode ser utilizada para vários significados – é o fator tautológico. Tal plasticidade

¹⁰² ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 199

¹⁰³ *Ibidem*, p. 192-196

pode ser utilizada em favor de quem alega em interesse próprio. Há também a ambiguidade quando o significado possui uma conotação de conteúdo gerador de dúvida pela ausência de precisão semântica. Há a porosidade em determinados contextos espaciais quando as palavras são utilizadas com diferentes significados.

O que constitui a norma jurídica além da construção da linguagem é propriamente a discrepância entre texto da lei e a realidade do país¹⁰⁴. A função de fixar pontos de partida da norma pertence ao magistrado. Logo, existe uma relação entre a mecanização em gerar regras com a abordagem do discurso na construção de uma fundamentação.

Por mais que a linguagem possua falhas comprometedoras da função de comunicar. A perspectiva filosófica da retórica parte do pressuposto que a linguagem é o único acordo possível – não no sentido de descoberta de verdade, mas de construção dela. A linguagem é a instrumentalidade do acordo entre seus interlocutores. E dentre os seus participantes pode haver indução.

Se há uma pluralidade de interpretações ao longo da fenomenologia do signo e o significante – vários significados podem ser extraídos - havendo assim um desmembramento do próprio conceito da norma. Além do que na própria subsunção dos fatos com a norma, por si só, podem acarretar o desmembramento normativo atribuindo-lhe outro significado distinto daquele que deu origem a criação original do significante.

A crítica irrogada aqui sobre o distanciamento do significante da norma e do significado da decisão judicial é que sequer há um conceito claro e transparente acerca do *periculum in mora*. Destarte qualquer significado concedido ao *periculum in mora* não será passível de crítica, ao menos, profundamente fundamentada. O mesmo raciocínio aplica-se ao perigo

¹⁰⁴ Ibidem, p. 201

inverso, pois o código além de não conceber critérios técnicos para utilização do pressuposto – tampouco demonstra conceito legal fixo e cristalino.

A conclusão parcial é que um termo tão flexível e plástico como o *periculum in mora* é passível de manuseamento discricionário (este não no sentido de arbitrariedade, mas de ausência de critérios legais) – o que é incompatível com o ordenamento jurídico positivo embasado no mais importante princípio e fonte de direito: legalidade.

3.3– Fundamentos retóricos

Segundo Aristóteles sua técnica retórica depende da capacidade de criar personalidades de acordo com o contexto do qual está inserido. A relação do artista-jurista produtor de argumentos com técnicas retóricas está conectada com as representações metafóricas da realidade. *Ethos, Pathos e logos* é a tripartição do meios de provas técnicas criadas por Aristóteles. A função das técnicas é aprimorar a persuasão. “*A função do orador não é apenas ensinar e contém outros dois pontos, quais sejam emocionar e deleitar*¹⁰⁵”.

*Ethos*¹⁰⁶ condiz com o caráter do orador, a confiança que se passa ao público. Ethos acompanha a virtude moral, prudência e ponderação. *Pathos* tem a ver com a emoção. É designado ao sentimento que se desperta na plateia. *Logos* é associado com lógica ou propriamente razão utilizada para o convencimento.

Além das técnicas retóricas há as dimensões da retórica¹⁰⁷, consideradas como classificações de níveis retóricos. **Retórica material** é considerada como resultado de uma construção de fenômenos empíricos realizados pela linguagem humana. Na retórica material é

¹⁰⁵ Ibidem, p. 305

¹⁰⁶ ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional ... op. cit.*, p. 54-57

¹⁰⁷ Ibidem, p. 72-77

possível identificar o que constitui a utilização da linguagem e a forma como se dá diferentes resultados, sentidos. A experiência e a descrição compreensível dos eventos são consideradas para a análise da retórica material. A **retórica estratégica** ou retórica prática observa a retórica material no intuito de interferência em função de reconstituir o primeiro nível retórico.¹⁰⁸ Neste nível retórico trata-se em influir estrategicamente a eficiência da retórica material. O terceiro nível: a **retórica analítica** utiliza linguagem reflexiva flagrando as formas e técnicas possíveis de como um conceito é manipulável desta forma a principal característica do terceiro nível é epistemológica. Afinal há dupla abstração em compreender e sistematizar as relações entre a retórica material e prática.

Na retórica material compõe a relação da própria existência do ser humano. A linguagem faz a realidade, pois a própria realidade é retórica¹⁰⁹. A linguagem exerce função de controle a fim de reduzir a complexidade. Mesmo admitindo que tais formas de controle são oscilantes.

Na retórica estratégica influi em conjunto com metodologias no intento de intervir na própria linguagem material.

Na retórica analítica contempla uma forma de abordar a própria filosofia do direito na medida em que identifica pontos de partida dos quais outros níveis retóricos se utiliza.

Pertinente apresentar o silogismo retórico; a utilização da lógica etimémica¹¹⁰ caracterizada pela não rigorosidade do formalismo lógico, **pois suas conclusões não decorrem necessariamente das premissas apresentadas**. O entimema serve para o pragmatismo pois como dito trata daquilo que não decorre necessariamente das premissas invocadas. A função mais

¹⁰⁸ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica ...* op. cit., p. 273: “Para a hermenêutica jurídica, essas imprecisões geram posições contraditórias que trazem, por um lado, mais possibilidades de lidar com uma retórica material cada vez mais complexa, cooperando assim para uma maior funcionalidade da retórica estratégica; mas, por outro lado, aumentam mais possibilidades e diferenciação, retroalimentando a complexidade e aumentando a contingência do risco”

¹⁰⁹ Ibidem, p. 18

¹¹⁰ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: por uma teoria dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 333

importante do entimema é o *inventio*¹¹¹ – descobrir pensamentos mais adequados para o fim a que o orador se propõe.

Demonstrou-se até aqui que há imprecisão na linguagem e as técnicas para se beneficiar na mesma imprecisão. A questão fundamental é se há vontade em reduzir tais imprecisões e um limite ou controle na própria utilização dos fundamentos retóricos.

A crítica feita em desfavor ao método entimêmico é que as partes que compõem uma lida: tanto o autor como o réu estão condicionados em utilizar a argumentação formal e suas inferências lógicas. Em desfavor a uma delas e sem direito a defesa (não se refere ao cerceamento de defesa processual, mas o de qual lógica utilizada); - o magistrado pode utilizar uma lógica além da formal para prevalecer suas decisões. Como supramencionado a característica do entimema é construir decisões que não foram necessariamente utilizadas nas premissas. Sinal da confirmação do realismo jurídico onde o juiz primeiro decide e depois fundamenta.

A crítica feita contra o realismo jurídico é: como se defender, como se opor, como impugnar, como recorrer de um fundamento entimêmico? Como lidar com um emissor da decisão que decide e só depois fundamenta: onde tais motivações aparentemente desconsideram as alegações das partes, ou ao menos de uma delas.

As regras processuais permanecem ativas, contudo a lógica da utilização delas podem ser modificadas e contra tal lógica a parte não possui recursos para se preservar. Primeiramente há a dificuldade em identificar as técnicas sutis e discretas da modificação da lógica do jogo (regras processuais – principalmente ao tratar da fundamentação dos pressupostos da concessão de tutela). Em seguida, uma vez identificando a modificação da lógica das regras processuais – o que o autor ou réu podem fazer para afastar tal discricionariedade? Pragmaticamente não lhe resta muito.

¹¹¹ Ibidem, p. 345

A utilização do decisionismo¹¹² ao tratar da consideração do *periculum in mora* é evidente quando o magistrado acaba se transformando no porta-voz da moral da sociedade. Uma técnica processual travestida de um alto teor dogmático com um excessivo conceitualismo vazio, vazio.

3.4 – Tópica (lugares comuns)

A tópic serve para disseminar opiniões genéricas¹¹³. Tais opiniões influenciam o ponto de partida na construção da lógica entimêmica. O grau de convicção é encontrado na constituição de indícios de causas possíveis onde repousa probabilidades que posteriormente são comprovadas por experiências da realidade.

Há de explanar o método abduativo – conceito chave da emancipação retórica norte-americana. Enquanto que o método dedutivo funciona pela premissa maior (lei), premissa menor (fato) – conclusão (decisão). O método indutivo é parte do caso e do resultado para chegar na regra. O terceiro silogismo que é o abduativo segundo Charles Peirce funciona como uma construção de hipótese em juízo de probabilidade.

Então para o método abduativo para desvendar o caso se desfragmenta a regra. Em seguida o resultado e logo, cogita-se o caso como hipótese. E uma vez supondo o fato (caso) – facilita a “busca” pela verdade e o próprio funcionamento da subsunção normativa.

A retórica possui seu papel epistemológico para a jurisprudência (não no sentido de precedente, mas no sentido analítico do direito). O *epistme* é justamente a contribuição investigação

¹¹² BRANDÃO, Claudio. CAVALCANTI, Francisco. ADEODATO, João Maurício. *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 96 – trecho retirado do capítulo escrito por João Maurício Adeodato.

¹¹³ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica ... op. cit., p. 312*

nos fundamentos da ciência jurídica¹¹⁴. Distintos ângulos para se contrapor com uma visão monolítica (sentido metafórico de uma obra construída por um só bloco de pedra).

Sabe-se que na retórica antiga, oriunda de Aristóteles¹¹⁵ – o alcance almejado pela retórica era propriamente a produção de *endoxas* (aceitação). O método aristotélico da retórica consistia numa lógica dialética – na construção de *endoxas* comuns aos interlocutores ou oponentes que discutiam. O método aristotélico, portanto, consista em identificar o nivelamento das premissas – como mais importantes no sentido de efeito de aceitação. Distinguir a multiplicidade de significados dos tipos de categorias de argumentos; desfragmentar o tipo e gênero do argumento. E identificar a interseção, ou seja, o que há de comum entre os argumentos levantados.

Para Aristóteles a *topoi*¹¹⁶ são pontos de vistas empregáveis em muitos sentidos dos aceitáveis universalmente – com o potencial de condução da verdade. A problematização para Aristóteles contém uma multiplicidade de pontos de vista: para identificar tais pontos de vista é necessário produzir a decorrência de uma conclusão dialética; formular perguntas específicas ordenando-as e apresentar de forma coesa para o próprio adversário.

A retórica tópica de Cícero¹¹⁷ é diferente da aristotélica primeiramente ela não se pauta pela dialeticidade necessariamente. Cícero distinguia *topoi* de primeira espécie e de segunda espécie considerando o gênero, espécie, semelhança, contraposição, circunstâncias, causa, efeito, comparação. E também separava *topoi* técnica, científica e jurídica. Em resumo, o pensador fazia da *topoi* um catálogo essencialmente voltado a estruturação de uma argumentação prática.

Viehweg considera a tópica como técnica de **pensar problemáticamente**. O pensamento problemático é assimétrico pela tentativa de adequação ao Direito. O pensamento

¹¹⁴ Introdução da Tópica e Jurisprudência de Viehweg

¹¹⁵ ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Marco Dorati. Milano: Mondadori, 1996.

¹¹⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 27

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 30

tópico está na problemática¹¹⁸ e não na sistematização do Direito. Portanto o paradigma é o próprio problema e não as regras sistematizadas das quais o direito compõe. A tópica em outras palavras é um modo de pensar no sistema que compõe o debate: desta forma exigia uma racionalidade sistemática para adequar o desenvolvimento de perguntas e respostas determinadas na medida do direcionamento do domínio do problema inserido no debate. “*O pensamento tópico em si auxilia precisamente na forma de interpretação*”¹¹⁹.

Para o autor, não deve haver a busca da verdade, mas a busca do consenso. O que, a priori, faz-se insustentável num ordenamento jurídico postulado com formalidade em demasia. Ademais, pode-se chegar num consenso numa decisão final, contudo, o momento de decidir uma decisão interlocutória tendo o perigo da demora como maior preciosidade para tomar tal decisão – certamente há de desagradar uma das partes pela medida extremada adotada pelo magistrado.

Possivelmente a sentença mais paradigmática da tópica e jurisprudência de Viehweg é a distinção de que “*deixar claro ou comprovar uma premissa significa coisa distinta do demonstrar ou fundamentar uma premissa*”¹²⁰ Paradigmática porque serve para distinguir que uma premissa cristalina e didática é distinta de uma premissa fundamentada. Porquanto na fundamentação deve haver a identificação de um axioma e suas proposições controláveis de ponto de vista não necessariamente lógico.

Sobre o catálogo supramencionado acerca do repertório da *topoi*: não basta categorizar a *topoi*, mas saber o que fazer com tais categorizações. Podendo, inclusive ser passível de vários posicionamentos teóricos (não só no âmbito do direito). Assim, pode-se considerar que a *topoi* é uma técnica de pensamento problemático porquanto tal técnica não consiste na exaustiva

¹¹⁸ Ibidem, p. 41: “acredita que o problema procede de um nexo de compreensão já existente, mas que não sabemos, de início, se é um sistema lógico, como um conjunto de deduções, ou algo distinto; ou, ainda, se se trata de alguma coisa que pode ser vista de forma mais abrangente...Fato é que a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas[...]”

¹¹⁹ Ibidem, p. 43

¹²⁰ Ibidem, p. 44

análise conclusiva, mas propriamente das premissas, estas chamadas de lugar-comum. A busca pelas premissas objetivamente adequadas ao problema e fecundas – tal procura é um desafio e até uma ruptura do sistema lógico-dedutivo. Tal raciocínio não deixa de ser casuístico – impedindo inclusive utilizar a analogia por admitir que cada problema jurídico é único e dinâmico.

Existe uma presunção de plausibilidade nas premissas – a tópica não exige uma hierarquização do lugar-comum, afinal o raciocínio é casuístico e a adequação contempla o problema persistente.

A jurisprudência para Viehweg serve para operacionalizar técnicas tópicas. Tal investigação talvez vá de encontro com o pensamento dogmático pois a estrutura da jurisprudência é determinada pelo problema e não por dogmas jurídicos. A solução do problema deve partir dele e não do conceitualismo vago e abrangente – para tanto é necessário vincular a técnica tópica com o problema.

Atienza¹²¹ forma uma crítica interessante à tópica de Viehweg. Primeiramente reconhece que o mérito do referido autor não foi ter descoberto uma teoria, mas ter criado um campo de investigação próprio, autônomo e inclusive original. Além do que há dúvidas quanto ao caráter normativo da própria tópica. Indaga-se portanto se a tópica seria descritiva ou prescritiva.

Uma crítica que fazemos é de demonstrar uma dificuldade em imaginar uma prática jurisprudencial casuística em tempos de constitucionalização que abrange inclusive a instrumentalidade processual. Ademais – se a tópica parte da técnica para o problema deixa inclusive de considerar os precedentes judiciais. O que tornaria o ordenamento jurídico inviável e inseguro. Contudo, a explanação acerca da tópica serve para compreensão da própria retórica e do quanto ela pode ser abrangida e pensada. A reflexão não é amaldiçoar compatibilidade entre a

¹²¹ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito...* op. cit., p. 54

técnica tópica com institutos do direito – como o pressuposto do *periculum in mora*. Mas reconhecer que tais práticas casuísticas já são efetivadas, apenas não foram devidamente categorizadas ou associadas. E uma vez que se possa identificar, ampliar-se-á críticas em função de construir um ordenamento jurídico com o máximo de redução de complexidades.

O magistrado possui dois caminhos ao vislumbrar os pressupostos da tutela de urgência de natureza satisfativa: denegar – a questão é se a negativa toca com o fundamento do perigo inverso. Ou deferir tal decisão interlocutória.

O que interessa portanto não é a técnica judicial utilizada, mas uma análise acerca interpretativa acerca da técnica. As regras do jogo processuais podem se manter. Entretanto, a lógica da concessão ou não-concessão da tutela podem ser modificados de acordo com o caso apresentado. Por si só, já se depara com uma prática casuística. Uma vez reconhecendo tal prática o problema para a participação e construção do Direito é como as partes que compõem tal lide podem se defender ou se comportar diante de uma lógica que não está implícita no ordenamento jurídico positivo formal – carregado pelo lógico-dedutivismo.

3.5 – A nova retórica de Perelman

Certamente Chaim Perelman¹²² é facilmente associado com a lógica dialética de Aristóteles. Entende-se dialética como oposição de forças em disputa. O que converge para as regras do garantismo processual.

A nova retórica de Perelman na verdade não é uma nova concepção retórica, mas uma proposta de uma lógica informal (no sentido de que as premissas não estão vinculadas ao raciocínio dedutivo) para o direito – o que pode estar conectada inclusive com o senso comum. Tal

¹²² PERELMAN, Chaim. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005

lógica tem a aptidão de ser uma nova teoria da argumentação propriamente dita. A questão é que o confronto entre opiniões opostas alcançaria uma lógica não necessariamente dedutiva. A fundamentação da decisão judicial não passa pela crivo do grau de veracidade, logo a conclusão que o juiz pode se valer de princípios gerais o que não necessariamente caminha pela lógica dedutiva.

Pode-se dizer que o tratado argumentativo de Perelman é uma nova visão da antiga retórica. Há de se distinguir o raciocínio analítico do raciocínio dialético: o primeiro vincula a verdade e a lógica. O segundo nasce de uma construção onde as premissas são passíveis do critério da aceitação. Como o raciocínio dialético exige interação do orador com o auditório – tal raciocínio cujo escopo é reforçar a adesão de um auditório.

A chave para a compreensão do que Perelman chama de nova retórica consiste na estrutura da argumentação. O autor promove uma metáfora ao comparar o discurso argumentativo com a solidez de um tecido. Desta solidez é possível mensurar a dificuldade de separar elementos alheios de outras argumentações.

A argumentação é um processo que visa a aderência do auditório universal através da utilização da linguagem.

Para a nova retórica de Perelman há três pressupostos: o discurso, o orador e o auditório. Tais pressupostos são instrumentos de influência na eficácia da persuasão. Atenta-se ao conceito do auditório universal: é a quem o orador se dirige para construção de contingências de um acordo objetivo; - a relação do objeto (matéria ou pauta) com os indivíduos. “*O auditório universal é constituído pelos quais a partir do que se sabe dos seus semelhantes de modo a transcender as poucas oposições de quem tem consciência*¹²³”. Cabe ao orador conhecer o grau de especialidade do seu auditório a fim de compreender qual valor é unânime entre eles.

¹²³ Ibidem, p. 36

Interessa o ponto de partida da argumentação para influir no auditório universal não é pela unanimidade de quem o compõe, mas a forma de justificação dos valores. O auditório é o que determina a forma de comportamento do orador, pois quem seleciona a qualidade argumentativa é o auditório: cabe ao orador se adaptar para influenciar.

O conceito do auditório universal não é de fato, mas de direito pois é composto por indivíduos dotados de razão e não é o próprio orador que faz o auditório, mas o auditório pode ser modificado.

Atienza afirma que *“uma argumentação persuasiva, para Perelman, é aquela que só vale para um auditório particular; ao passo que uma argumentação convincente é a que se pretende válida para todo ser dotado de razão¹²⁴”*

A sintonia com o auditório é o ponto crucial para o convencimento. Pois não se busca a verdade, busca-se sua construção de acordo com a aceitação de quem compõe o auditório. Logo, a construção da verdade tem como fator determinante a performance do orador do que propriamente a lógica utilizada.

A adaptabilidade do discurso do orador é onde recai sua técnica para ampliar aderências alheias – concordância. A adaptabilidade do orador é importante, pois o grau de diversificação do auditório é mutável. A escolha, a adaptação e a apresentação são os principais meios de construção de verdades.

Perelman divide as técnicas argumentativas em cinco capítulos: argumentos quase lógicas, lógicos, contradição, identidade, completa: definição, regra de justiça, parcial, transitividade, argumentos baseados na estrutura do real, uniões de sucessão, baseadas em nexo casual, argumento meio-fim, argumentação por etapas, argumento da direção, uniões de

¹²⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito...* op. cit, p. 63

coexistência, relação ato-pessoa: argumentação autoridade, relação simbólica, dupla hierárquica, diferenças de grau e de ordem, etc... Este rol exemplificativo de técnicas argumentativa para demonstrar que a persuasão tem força nas interações do orador com o auditório. Porquanto a lógica formal não se mantém em evidência na nova retórica.

Atienza critica a nova retórica na medida em que há dúvida quanto as funções das técnicas argumentativas se são descritivas ou prescritivas. Ademais, a utilização conceitual do autor permanece obscura na medida em que abusa de termos abrangentes como “universal” - o que impossibilita até de exemplos práticas. “*Uma coisa é argumentar sobre questões práticas e outra diferente é escrever uma obra teórica sobre a argumentação*”¹²⁵. Outra crítica atribuída ao excesso de obsessão pela adaptabilidade do orador é que uma vez buscando a aceitação do auditório, na verdade só estará confirmando se há o alinhamento ideológico. Pois tais técnicas não deixam de ser uma forma de selecionar quais argumentos devem ser aceitos pela ideologia de um específico grupo.

Ao contemplar a teoria da nova retórica de Peralman com os pressupostos da concessão de tutela, especificamente acerca do *periculum in mora*: existe uma dificuldade em associar quem seria o orador-argumentador – o advogado do autor, o patrono do réu ou propriamente o magistrado? Ademais, verifica-se um distanciamento da realidade jurídica quando se reduz a argumentação à mera adaptabilidade de quem o alega. Ignorando, inclusive lógica dedutiva – sequer propondo outro tipo de lógica no lugar desta.

Incidentalmente contempla-se outra problemática: conciliar ideologias com o estado democrático onde não deve haver prevaecimento ideológico, mas na coexistência com outros alinhamentos.

¹²⁵ Ibidem, p. 81

Enfim, se o patrono utilizar as técnicas argumentativas da nova retórica – caberia a ele conhecer previamente a ideologia jurídica do qual o magistrado mais se identifica para conseguir obter êxito na concessão da tutela de urgência. O que aparenta ser cômico é a adaptabilidade do orador que está refém do humor de quem o julga; em outras palavras o café da manhã do magistrado será determinante para vislumbrar a concessão de um instituto tão importante. Portanto, a nova retórica não contempla qualquer solução para a ausência de critérios técnico-processuais. Na verdade, entende-se que a utilização de técnicas argumentativas da nova retórica já são utilizadas na vida forense, apenas não lhe foi atribuído nome e autoria de tais instrumentos de persuasão.

Apesar do termo “novo”, concordamos com a crítica de Atienza que de fato é uma teoria da argumentação conservadora. Desta forma possui mais utilidade na inércia judicial – no sentido de não concessão de tutela do que propriamente propor um critério técnico para análise de pressupostos de concessão.

3.6 – A reafirmação da importância da doutrina

O Significado da lei está se afastando do significante – sentença. Isto foi afirmado. Para melhor compreensão semântica é necessário inverter a ordem. O significante se afasta do significado. Pois quem atua é a decisão judicial. A lei, apesar de estática – não possui sentidos fixos e cabe a modificação interpretativa que se dá à própria norma. Não se trata aqui em sugerir na restrição interpretativa, mas de alertar para fins de lucidez jurídica a falta de critério principalmente ao tratar de antinomias jurídicas - como a imprópria valorativa do art. 300 do NCPC. O intento é evitar a modificação interpretativa de acordo com a conveniência do caso.

Não há problema na própria criação normativa referente a decisão judicial, contudo permanece uma lacuna instrumental quando as partes da lida não conseguem escolher, optar, defender-se ou até mesmo identificar quando as regras hermenêuticas são alteradas sem a devida fundamentação – ou compreensão baseada no princípio da legalidade.

Consiste um ordenamento do positivismo, apesar do fenômeno da constitucionalização do direito e o neoprocesualismo onde perpetua uma interpretação sistemática. Entretanto como praticar uma interpretação sistemática quando no próprio sistema normativo há contradições com antinomias implícitas, discretas ou até mesmo legalmente ocultadas? Ademais, é possível visualizar a interpretação sistemática com o próprio formalismo da lógica dedutiva? Se sim, é necessário admitir a ausência de uma teoria descritiva que enalteça e ensine melhor tal técnica.

Ao fazer uma análise tendo o pressuposto do *periculum in mora* – não seria possível o juiz ser um mero *boche de lei* – apenas reproduzindo e repercutindo os efeitos legais vinculantes às restrições de sua própria decisão. Também há de se encontrar dificuldade na teoria da moldura - onde admite-se a discricionariedade judicial, contudo a legitimidade de tal margem interpretativa aparentemente não se encontra limites – onde tudo é possível em fundamentos travestidos de lógica dedutiva – onde é plenamente possível olvidar de outros fundamentos legais para colocar em evidência a margem de liberalidade do qual o magistrado possui. Há de fato uma diferença entre discricionariedade e arbitrariedade, contudo não adentraremos em tal debate porque mais importante do que sua distinção – como dito na teoria do risco – é a possibilidade de mecanismos para reduzir o risco legal que seria a falta de transparência e coesão na argumentação jurídica.

Certamente, como dito anteriormente estamos em tempos de realismo jurídico onde o magistrado decide e só depois encontra fundamentos para sustentar tal decisão. É importante a

identificação de tal prática pois assim pode-se partir para outro paradigma hermenêutico: na ausência de critérios legislativos não se busca portanto fundamentações – mas critérios regrados condizentes a igualdade. Insiste-se que as partes devem obter para si meios de se defender contra qualquer possível modificação de entendimento de lei.

Ao exemplificar – desfragmenta-se a análise de conteúdo do Ministro Francisco Peçanha Martins do Superior Tribunal de Justiça, votou:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja¹²⁶.

“Não me importa o que pensam os doutrinadores” recai uma notável desconsideração a qualquer crítica diante da forma pela qual o magistrado opta em julgar. “O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação – a eles, porém, não me submeto”. Denota uma relação de hierarquizada, pois se a premissa negativa importa em não se submeter – logo, a quem o julgador se submeteria? “Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual”. A priori – a preocupação do magistrado prevalece no sentido de autonomia e de prestígio do que

¹²⁶ Voto proferido no julgamento do AgRg no EREsp 279.889/AL, Rel.: Min. Francisco Peçanha Martins, 1ª Seção, j. 14/08/2002

propriamente seguir os critérios estabelecidos em lei. “E a doutrina se amolda a ele (alinhamento jurisprudencial”. Recai ainda um viés visivelmente hierárquico ao condensar a importância da palavra final sobre uma determinada matéria. Além do que exclui qualquer possibilidade de flexibilização entre a doutrina e jurisprudência: pois, para o ministro a academia deve seguir o poder judiciário; - como se a doutrina não fosse fonte de Direito.

Se a tendência das teorias da interpretação é esta: da separação dos poderes – devido a criação normativa do próprio judiciário não mais aplicando mas conferindo criação de norma. Há de se considerar um comportamento também realista entre as partes – no âmbito das suas alegações. Afinal, existe um ordenamento que se “vende” como juspositivista excedendo no formalismo lógico-dedutivo, no entanto contempla decisões de cunho pragmático ao compor com fundamentos da própria retórica onde se busca a própria aceitação. E como dito anteriormente, numa perspectiva jusfilosófica – a argumentação pragmática não está voltada para as partes apesar da dialeticidade ou princípio do contraditório. Uma decisão pragmática visa se estabelecer aos olhos do órgão a ela superior, destarte manter sua efetivação.

A importância na identificação dos fundamentos retóricos para a parte é também o de fiscal hermenêutica. Descobrir onde há os possíveis desdobramentos e apelos retóricos tanto das partes e principalmente do magistrado. Daí confere a importância da retórica material, estratégia e analítica – são níveis. Atentar-se às categorias retóricas preenche maior participação das regras do Direito – e converge com a aptidão democrática por uma participação ativa na construção e criação de normas.

Ao abordar a tópica de Viehweg e a nova retórica de Peralman não é possível ter uma expectativa de que a solução da antinomia esteja na própria retórica proposta, ou estrutura argumentativa teórica criada.

A tópica da Viehweg ampara a problemática sem considerar a sistematização de um ordenamento jurídico, por exemplo. Como dito anteriormente – tal prática impediria o próprio respeito a força normativa dos precedentes e à coesão. Afastando ainda mais das partes se defenderem ou agirem no processo por estarem refém exclusivas da forma como o magistrado interpreta o problema: desta forma a tópica – o lugar-comum dependeria dos limites da interpretação do juiz o que confere ainda maior potencialidade à discricionariedade judicial. O mesmo raciocínio com a nova retórica de Perelman quando reduz as regras do jogo à adaptabilidade do orador e a interação com o auditório universal.

Certamente com as retóricas demonstradas não se insere como uma sugestão em como manusear a hermenêutica do ordenamento jurídico e de seus institutos – principalmente quando há uma antinomia. Mas de advertência afinal os institutos são ontológicos, contudo para ser consagrados em subsunção como tais – passam pela retórica.

O esclarecimento quanto as possíveis formas de persuasão servem para alertar desdobramentos normativos – afastando ainda mais o significante do significado. E para tanto é necessário indagar qual é a função do pressuposto de concessão da tutela – o *periculum in mora*.

4 – Da estrutura à função do *Periculum in mora*

A compreensão deste presente capítulo encontra-se na seguinte provocação: qual a finalidade do instituto *periculum in mora* ao transcender a ontologia de um dos pressupostos de validade formal para a concessão de tutela de urgência?

O termo “função” é compreendido em instrumentalidade¹²⁷ e desempenho de acordo com as circunstâncias de cada caso. O direito, dessarte não pode desconsiderar a realidade do caso que transcende, certamente ao formalismo casuístico. A valoração jurídica com os conceitos jurídicos deve acompanhar a realidade, ou seja – ter dinamismo e não confiar o excesso de conceitualismo vago como uma criação científica.

A função deve estar alinhado com o organismo do qual é composto o ordenamento jurídico, isto é: valores. Para tanto, é necessário uma interpretação sistemática que vai além dos próprios códigos procedimentais: na linha hierárquica a Constituição com suas constelações plurais de valores. Ou seja, a função deve ser visto como um instrumento de proteção, garantia de direitos individuais. O debate ganha corpo quando numa lide há dois direitos fundamentais em jogo. E ainda é mais problematizado quando a técnica da ponderação não preenche a antinomia valorativa do artigo 300 do código processual de 2015.

A análise funcional não deve olvidar que o direito tem uma função distributiva, promocional: o que desafia propriamente ao conservadorismo do sistema jurídico por privilegiar apenas a classe dominante. Então é necessário um equilíbrio entre as funções repressivas e promocionais (de estimular convivência pacífica e sustentável).

¹²⁷ Não se refere aqui à instrumentalidade processual. Mas a uma razão finalística.

Da estrutura à função de Bobbio¹²⁸ é uma obra que se preocupa com a formulação e utilidade dos conceitos na própria teoria geral do Direito. A teoria funcionalista, desta forma, busca instrumentos teóricos precisos para reconstrução finalística de seus institutos.

Bobbio observa que aqueles que se preocuparam muito mais em “como o direito é feito” do que propriamente “para que o direito serve”. A prevalência pela estrutura do Direito recaiu sobre a sua funcionalidade. Assim encontra-se um Direito exacerbado em análises estruturais do que propriamente análise funcional.

O contraponto de Bobbio para sua teoria funcionalista do Direito é a principal obra de Kelsen – Teoria Pura do Direito. Pois este autor se ocupa da estrutura e não da função do Direito: *“O objetivo que é perseguido e alcançado pelo ordenamento jurídico, mas tão somente o ordenamento jurídico em si mesmo; e considera este ordenamento na autonomia normativa própria da sua estrutura e não em relação a este seu objetivo”¹²⁹*.

A estrutura da teoria pura de Kelsen estava mais focada na imunização referente às contaminações ideológicas. O autor reduziu assim o ordenamento jurídico em uma estrutura das relações sociais – uma técnica específica de organização social. O direito para Kelsen é um meio, não um fim. Possivelmente quando Kelsen menciona o termo “estrutura” - nele pode ser compreendido como “ciência”. Ou seja, uma estrutura com método, alheia à valores e principalmente com grande demarcação formalista. A principal crítica feita da teoria pura do direito é a preocupação demasiada na “pureza” do Direito que foi esquecido a própria realidade que circunda o Direito. Desta forma não é mais o homem que serve o Direito, mas o Direito que serve o homem. Eis um novo paradigma formulado doravante críticas à teoria pura de Hans Kelsen.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito*. São Paulo: Manole, 2007

¹²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 33

Em contrapartida, Bobbio conduz uma função teórica para o direito com uma interpretação teleológica do seu escopo – e não considerar o Direito exclusivamente como um instrumento de técnica de organização social onde assegura interesses das classes dominante razão pela qual o direito sempre foi considerado um meio de conservação do que inovação¹³⁰. É necessário, portanto, fazer a seguinte pergunta: “qual o escopo do Direito?”, eis que surge uma resposta abrangente: “atribuir condições de existências da sociedade¹³¹”. O direito não tem a função de prevenir doenças sociais, mas tratá-las.

A crítica do instituto começa exatamente na sua função, eis a importância do debate acerca da identificação de possível disfunção do instituto.

Encontra-se uma disfunção no *periculum in mora* inverso quando predominantemente tal instituto inverso possui índole mais conservadora do que inovadora. A estrutura teórica de tal pressuposto necessita ser interpretada de acordo com sua função. E qual funcionalidade o legislador possivelmente atribuiu ao perigo inverso, ou o perigo da irreversibilidade? Não é possível afirmar ao certo, contudo ao estipular que a intenção do legislador era de precaução – certamente este exagerou ao não conceder delimitações para o julgador.

Em outro debate de natureza filosófica, questiona-se se é possível separar o conteúdo ontológico do axiológico. Se a resposta for sim, se for possível separar – certamente deparar-se-á com uma ontologia voltada para a estrutura que o sustenta como o instituto do *periculum in mora* acoplado tão somente ao estruturalismo dos moldes de concessão da tutela de urgência – pouco importando, assim, os valores que o perigo da demora deve resguardar ou evitar.

Então, identifica-se uma ontologia estrutural sem o seu escopo devidamente voltado para um fim. A propósito, há vários fins que os institutos no direito podem se desdobrar: então num

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função...* op. cit., p. 94

¹³¹ *Ibidem*, p. 86

ordenamento jurídico do qual não se relaciona a funcionalidade dos seus institutos parece ser vazio, vazio. Em contrapartida, se for admissível que o conteúdo ontológico do axiológico não se distingue e são indissociáveis: amarra-se portanto uma teoria preocupada com em acompanhar a realidade. E não mais uma teoria distante, e meramente técnica. Ao referir valores no próprio instituto como o *periculum in mora*, atribui-se um sentido perceptível para sua funcionalidade, ou seja, de não permitir o perecimento do direito alegado: reafirmando a natureza da tutela de urgência.

A conclusão parcial deste debate é a de que as construções e qualquer conceito jurídico – seja lá qual concepção argumentativa for utilizada é preciso ser guiada por valores e finalidades.

Ou seria propriamente os institutos ontológicos desprendidos de valores – onde na verdade estes são preenchidos pela dinamicidade da respectiva lide? Se a partir do realismo jurídico admite-se com a máxima sinceridade que primeiro se decide – depois fundamenta-se. Os valores, desta forma são preenchidos em momentos posteriores e não estão necessariamente conectados com os institutos. Entretanto é preciso haver garantia de uma decisão fundamentada, ou seja, afastar o máximo o solipsismo do magistrado, ainda que a decisão – numa perspectiva pragmática – não seja voltada para as partes devido ao poder de modificação estar concentrado no órgão superior – tribunal. É necessário partir da premissa de que valores não podem ser ignorados – assim as partes possuem garantias na própria argumentação jurídica do que podem ou não sustentar.

A conclusão parcial acerca da funcionalidade do Direito é de que seus institutos devem ter suas funcionalidades alinhadas com as valorações normativas de uma interpretação sistemática. Pois o que caracteriza o conjunto de norma no ordenamento jurídico é o sistema como todo e não um instituto isolado que se contrapõe com o próprio sistema, o que dificultaria o manuseamento e aumentaria a discricionariedade da utilização de cada instituto.

Se o pressuposto de validade da concessão de tutela for o *periculum in mora* – tal ente como dita nos estudos ontológicos, teria ele um valor intrínseco?

Existindo o perigo da demora fixa a caracterização de que o Direito necessita considerar os efeitos temporais para não prejudicar o direito de uma parte. O imbróglio é tanto o autor como o réu terão uma perda considerada. Quando houver esta encruzilhada, qual deve ser o valor que o magistrado deve considerar para prevalecimento? Visto a impossibilidade de ponderação, porquanto a estrutura do art. 300 do NCPC exige uma subsunção definido por “tudo ou nada”. Logo, se o *periculum in mora* tiver um valor deve ser encontrado naquilo que a lei hierárquica contempla: os direitos da personalidade.

4.1 – O último fim da norma: o conceito dos direitos da personalidade

No período greco-romano¹³², o conceito de pessoa era essencial para a aplicação dos direitos voltados para o desenvolvimento psíquico e material. O conceito de persona não se aplicava ao exemplo de escravos – eram considerados objetos e não pessoas. O conceito jurídico da persona possui dimensão formal pela devido a sua delimitação conceitual. A palavra persona no latim significa máscara, sentido figurativo, os adores adaptavam uma máscara no rosto, com um dispositivo que permitia emitir a voz. “*Pela evolução do sentido, o termo pessoa passou a representar o próprio sujeito de direito nas relações jurídicas, como se todos nós fôssemos atores a representar um papel dentro da sociedade*”¹³³

A natureza jurídica está vinculada ao conceito de pessoa. Afinal, eis a aptidão para possuir direitos e deveres. É essencial para qualquer instituto jurídico estudar a quem se destina tais

¹³² LOBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97

¹³³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 127

direitos, ou seja, ponto fundamental – pois quem participa da relação jurídica são os sujeitos, o ser humano destinatário final da relação.

No direito romano¹³⁴ para se ter personalidade jurídica eram necessários certas condições como ser livre e ser cidadão romano: *status libertatis* (condição de ser livre), *status civitatis* (cidadão romano) e *status familiae* (condição familiar)¹³⁵.

Atualmente o nascimento com vida é o suficiente para que lhe seja atribuído personalidade, logo passa a ser sujeito de direito. Mesmo o nascituro – não nascido, apenas concebido também possui direitos resguardados. O término da personalidade para o direito é a morte – devidamente formalizada com o diagnóstico competente de morte encefálica constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção de transplante.

O direito a vida, à integridade físico-psíquica, à identidade, à honra, à imagem, à liberdade, à privacidade, à opção sexual e outros reconhecidos à pessoa são natos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e não expropriáveis. Direitos que não possuem conteúdo econômico direto e imediato. A personalidade é um conceito que se apoia nos direitos.

As características encontradas nos direitos da personalidade são: inatos¹³⁶ – o que significa originários desde o nascimento, independentemente de vontade; a propósito, relativamente

¹³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito introdução e teoria geral*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 104: I -A capacidade de direito, ou seja, a capacidade de ser titular de poderes e vinculações, não era reconhecida pelo direito romano a todas as pessoas. II – os escravos eram objectos, ainda que a sua condição humana surgisse por vezes à superfície e impusesse desvios na lógica do sistema. Podiam passar à categoria de libertos mediante a manumissão, ficando então homens livres, embora por vínculos recíprocos de assistência moral e matéria aos seus patroni. (...)a capacidade jurídica era excluída para aqueles que não fossem sui iuris, quer dizer, que tivessem sujeitos ao poder de um pater famílias, e só paulatinamente esta situação foi atenuada ou abandonada

¹³⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil...* op. cit., p. 130

¹³⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989. p. 7: “Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta – cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares”

irrenunciáveis naquilo que a lei prover; são perpétuos desta forma imprescritíveis por ser tratar da vida humana. São inalienáveis – indisponíveis para qualquer valor ou operação econômica imediata.

A intransmissibilidade e irrenunciabilidade, segundo Pontes de Miranda¹³⁷ tem a ver com a própria infungibilidade da pessoa: afinal cada ser humano é único.

No art. 536¹³⁸ do NCPC verifica-se uma possibilidade de Tutela de direitos da personalidade, segundo Venosa: “*instrumentos eficazes para que a vítima obtenha celeremente provimento jurisdicional que faça cessar a ameaça ou lesão a direito personalíssimo*”. Assim como a própria tutela inibitória para prevenir a prática de ato ilícito entendido em sentido contrário ao direito material que se encontra no art. 12 do Código Civil - “*pode-se exigir que cesse ameaça, ou lesão do direito da personalidade e reclamar de perdas e danos sem prejuízos de outras sanções previstas na lei*”.

Quando há colisão de direitos da personalidade, na legislação brasileira não há uma lógica pré-definida acerca direitos que se colidam. Já no art. 335 do Código Civil Português: “1- Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2- Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior”. Contudo o próprio parâmetro legislativo português não oferece critérios para o que se considera superior. Isso ressalta a dificuldade em sobrepesar direitos tão preciosos ao ordenamento jurídico devido sua potência valorativa.

¹³⁷ MIRANDA Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos Fundamentais. Tomo IV. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, p. 31

¹³⁸ “No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente”

Sobre a axiologia normativa do peso que acarreta os direitos da personalidade – é inegável que há um alinhamento com o próprio princípio da dignidade da pessoa humana¹³⁹: princípio do qual se fundamenta a república federativa do Brasil: Art. 1: a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: III – dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é o que Sarmiento¹⁴⁰ chama de representação do epicentro axiológico da ordem constitucional onde irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico - é um valor ao sistema constitucional sob a ir restrição do ser humano: razão última do Direito e do Estado.

Há de se distinguir a expressão direitos humanos para propriamente os direitos da personalidade quando direitos humanos é utilizada no plano internacional – independentemente da forma como cada estado soberano regula sua matéria. Já o termo direitos fundamentais é utilizado para designar direitos positivados por determinado Estado. Quando se trata dos direitos da personalidade¹⁴¹ é alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas: ou seja interações privadas e com o próprio Estado. Apesar das distinções na utilização dos termos – é perceptível que os terrenos entre os termos ganha proximidade, pois é difícil dissociar os direitos da personalidade ao ser humano como um ente vivo em um mundo com muitos estados soberanos que regulam de acordo com sua própria legislação o conceito de personalidade e o alcance dos direitos fundamentais. Segundo o próprio Schreiber a dicotomia entre

¹³⁹ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 195: A dignidade da pessoa humana representa um direito geral da personalidade, base de todos os demais direitos relacionados direitos especiais, como honra, liberdade, nome, imagem, vida privada, intimidade entre outros. Essa cláusula geral é ponto de referência, o valor fundamental ser objeto de tutela do Estado e a base de inúmeras situações

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60: o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (...) pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao se humano – razão última do Direito e do Estado

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13

direito público e privado vem se defasando quando no momento atual o desafio é reunir as duas esferas na unidade constitucional.

Messíneo¹⁴² não distingue os direitos da personalidade com direitos fundamentais - pois ambos delimitam um conteúdo mínimo para existência humana: além de impor limites ao Estado, também impõe-se contra particular: resguardando assim a pessoa - fortalecendo a tese de oponibilidade contra todos (*erga omnes*)

Maria Helena Diniz¹⁴³ aborda precisamente que não é direito à vida, mas direito ao respeito à vida do próprio titular. Do ponto de vista do direito objetivo - a norma jurídica permite que o titular seja reconhecido com tais direitos sobre sua personalidade. Já do ponto de vista do direito subjetivo – cabe ao próprio titular ou outro legitimado reconhecer e defender a sociabilidade, reputação, honra, autoria, liberdade, identidade, etc.

Ainda a mesma autora defende o absolutismo dos direitos da personalidade assim como a sua indisponibilidade¹⁴⁴, irrenunciabilidade, ilimitabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e inexopropriáveis. O caráter absoluto dos direitos da personalidade¹⁴⁵ é

¹⁴² MESSIANO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol 2. Parte 1. Milano: A Giuffrè, 1950, p. 04

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 1: teoria geral do direito civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134

¹⁴⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009. p, 135: “A indisponibilidade dos direitos de personalidade, como uma das características desses direitos, será aqui questionada, diante das relativizações que a doutrina e a jurisprudência admitem, quando as diversas expressões da personalidade, assim como diante das experiências vivenciadas no cotidiano da vida brasileira”

¹⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 1: teoria geral do direito civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135: Lista dos direitos da personalidade: de física: 1.1) Direito à vida: a) à concepção e à descendência (gene artificial, inseminação artificial, inseminação de proveta etc.); b) ao nascimento (aborto); c) ao leite materno; d) ao planejamento familiar (limitação de filhos, esterilização masculina e feminina, pílulas e suas consequências); e) à proteção do menor (pela família e sociedade); f) à alimentação; g) à habitação; h) à educação; i) ao trabalho; j) ao transporte adequado; k) à segurança física; T) ao aspecto físico da estética humana; m) à proteção médica e hospitalar; ri) ao meio ambiente ecológico; o) ao sossego; p) ao lazer; q) ao desenvolvimento vocacional profissional; r) ao desenvolvimento vocacional artístico; 5) à liberdade; t) ao prolongamento artificial da vida; u) à reanimação; v) à velhice digna; w) relativos ao problema da eutanásia. 1.2) Direito ao corpo vivo: a) ao espermatozoide e ao óvulo; b) ao uso do útero para procriação alheia; c) ao exame médico; ã) à transfusão de sangue; e) à alienação de sangue; f) ao transplante; g) relativos a experiência científica; h) ao transexualismo; i) relativos à mudança artificial do sexo; 7) ao débito conjugal; k) à liberdade física; I) ao “passe” esportivo. 1.3) Direito ao corpo morto: a) ao sepulcro; b) à cremação; c) à utilização científica; ã) relativos ao transplante; e) ao culto religioso. 2) Direito à integridade intelectual: a) à liberdade de pensamento; b) de autor; c) de inventor; ã) de esportista; e) de esportista participante de espetáculo

referente a forma como se opõe para o legitimado de tal direito - *erga omnes*, devido a possibilidade da pessoa se opor a qualquer dos indivíduos. Além do que a sua natureza extrapatrimonial¹⁴⁶ pois há dificuldade em aferir valor econômico diante dos direitos da personalidade.

Apesar de serem considerados absolutos, há certas limitações em seu exercício. Limite intrínseco quando delimitado pela própria lei. Extrínseco quando resulta na conjunção com outras situações protegidas.

Schreiber¹⁴⁷ menciona algumas funções dos direitos da personalidade como a função de evidenciar diferentes ameaças que cada um dos seus atributos pode sofrer – facilitando assim a prevenção (função preventiva); função reparatória em permitir desenvolvimentos específicos para reparação; auxiliar parâmetros para ponderação se direitos se colidirem, função pacificadora; e estimular iniciativas sociais adequadas, função promocional.

Sabe-se que o rol dos direitos da personalidade é aberto – apesar de sua tipificação. Pois como ensina Schreiber “escapam à atenção do legislador¹⁴⁸”. Pois o debate doutrinário e jurisprudencial nem sempre chegam a um acordo; ademais há um risco em se delimitar um direito tão importante quanto os da personalidade. Não há fórmula matemática para consolidar uma limitação ao exercício dos direitos da personalidade. Afinal, sua natureza é irrestrita.

A crítica acentuada à temática dos direitos da personalidade é sobre seu excesso de formalismo – o âmbito de proteção se consagra na formalidade dentro de uma cultura jurídica

público. 3) Direito à integridade moral: a) à liberdade civil, política e religiosa; b) à segurança moral; c) à honra; d) à honorificência; e) ao recato; f) à intimidade; g) à imagem; h) ao aspecto moral da estética humana; i) ao segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso; j) à identidade pessoal, familiar e social (profissional, política e religiosa); k) à identidade sexual; l) ao nome; m) ao título; n) ao pseudônimo.

¹⁴⁶ DRAY, Guilherme Machado. *Direitos de Personalidade*. Coimbra : Almedina, 2006, p. 6: “Diz-se que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais porque inadmitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataques a ele podem motivar, de índole moral, são substitutivos de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração. Apenas no sentido metafórico e poético podemos afirmar que pertencem ao patrimônio moral de uma pessoa. São irrenunciáveis porque pertencem a própria vida, da qual se projeta a personalidade”

¹⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade ...* op. cit., p. 227-228

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 15

dogmática. Assevera o Schreiber¹⁴⁹ que institutos jurídicos não possuem natureza, afinal são produtos criados para atender uma finalidade prática e não por preencher verdades dogmáticas. Para o mesmo autor, o próprio poder legislativo consagra maior participação do poder judiciário na criação, construção e aplicação da norma jurídica - para a solução ao caso concreto. “O próprio legislador faz esse convite¹⁵⁰”. **Pois há normas com enunciados abertos, vagos e genéricos que precisam ser preenchidos pelo julgador. Quando o legislador passa a se valer de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados – atribui ao magistrado uma margem de liberdade para resolução de cada caso – estabelecendo assim, de certa forma um casuísmo.**

Por outro lado, há um perigo iminente ao tratar a regulamentação dos direitos da personalidade de forma casuística; em primeiro lugar: a proteção não pode ser indevidamente limitada pelo legislador ordinário. Segundo, algumas situações fáticas que podem ser consideradas ameaçadoras ao direito da personalidade divergem de uma tutela de outros direitos de natureza constitucional, inclusive.

O desafio, ou talvez a missão da nova geração de juristas, ainda Schreiber é estabelecer linhas para o sistema jurídico aberto sem reduzir o “achismo” judicial ou a “justiça de cada um”. Possivelmente a solução não requer mais técnica ou o alto rigor do dogmatismo – mas de criatividade para solucionar problemas. No caso dos direitos da personalidade **o debate não é técnico mas axiológico** – inevitavelmente.

O título do presente capítulo é “o fim da norma” pois existe a necessidade de apontar para a tutela da dignidade humana seja a mais importante do ordenamento jurídico. Trata-se do fim da norma porque o destinatário final do direito deve ser o homem – acima de qualquer teoria prescritiva que eventualmente tenha pretensão de modificar a realidade, deve-se sempre considerar

¹⁴⁹ Ibidem, p. 224

¹⁵⁰ Ibidem, p. 226

o ser humano. Não se trata mais de um tecnicismo, ou de um conceitualismo limitado aos dogmas da teoria geral do Direito – mas a finalidade última que é a coerência com a sensibilidade de que a humanidade necessita de construir critérios e parâmetros sempre resguardando o seu fim – o destinatário da norma. Para tanto a concepção de personalidade deve estar alinhado ao humanismo (não o humanismo romântico e teórico), mas o humanismo que não dê as costas para a dinâmica da realidade social e a encare sem hipocrisias e sem falsas promessas.

A principal característica do humanismo é identificar o *locus* do ser humano, ou seja, no centro de tudo o que existe. A análise, portanto, do homem como o centro do universo, figurativamente, o homem no centro de qualquer ordenamento jurídico. O homem não como meio para realizações, mas como fim para um alcance humanitário. O homem portanto, não deve ser tão somente o sujeito de direito, mas o sujeito da justiça¹⁵¹.

4.2 – Conclusão: cláusula de exceção ao perigo inverso

Em um breve resumo, foi dito que:

A tutela provisória é oriunda substancial da emenda constitucional 45 onde consagra a duração razoável do processo. A instrumentalidade processual se preocupa com a pressa para evitar ou resguardar danosidade aos direitos.

A efetivação do direito material mediante processo é o escopo da tutela provisória. A redistribuição do ônus pela temporalidade é uma das marcas da tutela provisória.

¹⁵¹ LÉVINAS, Emmanuel *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 59: “O pensamento europeu sempre combateu como céptica a ideia do homem medida de todas as coisas, embora tal ideia traga consigo a ideia da separação ateia e um dos fundamentos do discurso. Para ele, o eu senciante não poderia fundamentar a Razão, o eu definia-se pela razão. A razão que fala na primeira pessoa não se dirige ao Outro, mantém um monólogo. E inversamente, não teria acesso à personalidade verdadeira, só encontraria a soberania característica da pessoa autônoma tornando-se universal. Os pensadores separados só se tornam razoáveis na medida em que os seus actos pessoais e particulares de pensar figuram como momentos desse discurso único e universal. Só haveria razão no indivíduo pensante na medida em que ele mesmo entrasse no seu próprio discurso onde, no sentido etimológico do termo, o pensamento compreenderia o pensador, englobá-lo-ia”

Na tutela de urgência, separa-se em duas: cautelar e satisfativa. O presente estudo trata da satisfativa e desconsidera em sua análise o pressuposto do "resultado útil", restando assim: a probabilidade do direito e perigo da demora (fumus boni iure e periculum in mora - respectivamente)

A presente análise refere-se ao art. 300: "a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciam a propabilidade do direito e o perigo da demora[...]" e art. 300, §3: "a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão". É identificado na comparação entre as duas mencionadas normas uma antinomia valorativa imprópria: pois há dois pressupostos de validade da concessão de tutela de urgência satisfativa opostos: o perigo da demora e o seu ambivalente perigo inverso (que é o perigo da irreversibilidade)

Foi dito que os critérios clássicos de solução de conflitos normativos não são suficientes para resolução do presente imbróglio pois o critério de especificidade se demonstra inviável na sua aplicação. Assim como o critério temporal e o critério hierárquico.

Restaram, afinal, a força normativa dos princípios com o método da ponderação. Contudo, ainda assim demonstra-se inviável tal aplicação pois: a) ainda que o código de processo civil legitime a ponderação com o art. 489, §2: em caso de colisão, deve ser fundamentada o motivo pelo qual a norma foi afastada. Contudo, não se trata de legitimar a ponderação, mas de inviabilidade teórica ao tratar de uma antinomia valorativa, porquanto não se afasta especificamente a norma, mas o pressuposto ambivalente (perigo da demora ou seu inverso), logo o ordenamento jurídico não oferece soluções teóricas, restando a discricionariedade na tratativa legal. b) há a inviabilidade com a ponderação, pois como foi dito a estrutura normativa do art. 300 não se trata de direito material, mas de regras de pressupostos cuja natureza ainda é processual. c) o alcance do

significado do perigo da demora não requer uma ponderação, mas um esclarecimento acerca de sua substância ao caso concreto.

Foi dito que o perigo da demora carrega em sua dimensão o risco da ineficácia jurisdicional quando não devidamente considerado e provido. A dificuldade no alcance conceitual do termo é de que há bens jurídicos que são infungíveis, logo, não podem ser compensados. Ademais, o magistrado não pode se recusar a decidir assim como desconsiderar lesão ou ameaça aos direitos. Desta forma a contracautela é ineficaz quando se tratar de direitos da personalidade.

Assim, há de considerar o direito vivo das liminares pela observação de Eduardo Costa de que existe a tutela de urgência extremada analisada como uma hipertrofia estrutural do texto. Quando um dos pressupostos como o perigo da demora é tão evidente que a probabilidade do direito não sobrepesa na decisão do magistrado e este concede a tutela de urgência, considerando somente o perigo da demora. Tal observação é resultado de um estudo pragmático acerca dos comportamentos das relações jurídicas do que acontece no direito vivo das liminares – que transcende da teoria à prática.

Em Luhmann foi explicado que risco é uma construção social daquilo que se quer ou não ser evitado. A intenção em evitar riscos é reduzir complexidades. A segurança jurídica não vem da quantidade de riscos que um ordenamento possui, mas de meios – instrumentos transparentes e critérios para evitar tais riscos.

Existe uma distinção para fins da dogmática jurídica acerca do perigo da demora satisfativo e cautelar. O satisfativo tem o escopo de antecipação. O cautelar possui o escopo conservativo – em regra. Há de se considerar em manter a cautela o perigo da infrutuosidade - resguardar o processo capaz de frutificar, ou seja, dispor frutos para o seu resultado útil. E o perigo ao se conceder uma tutela tardia onde perde o objeto do provimento jurisdicional.

Utilizou-se uma metáfora para fins didáticos demonstrar que os pressupostos fazem parte de dois pesos de uma mesma balança. A lei exige equilíbrio, contudo na prática viva dos tribunais, o pressuposto do perigo da demora se encontra num peso demasiado. Para fins de fundamentação o juiz deve fundamentar de acordo com o que o formalismo jurídica da lei pede: o equilíbrio. A questão é como fundamentar uma relação de hipertrofia textual, que tipo de argumentação jurídica para conceder tal suposto equilíbrio que a lei tanto exige.

Foi abordado acerca de possíveis resultados. Afinal, se a tutela busca evitar a iminência de dano para alguns determinados bens jurídicos: conclui-se que é necessário pautar-se em possíveis resultados, daí é atribuída a natureza consequencialista da tutela de urgência. A necessidade de ante prever resultados dos quais sua decisões pode proporcionar. Existe, portanto uma natureza avaliatória no consequencialismo da norma ao considerar resultados práticos e conveniência de um ordenamento jurídico

Observou-se que ao considerar os fundamentos determinantes do art. 489 do código de processo civil foi indicado que existe um paradoxo na norma do mencionado artigo. Pois uma vez que se busca evitar a utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Contudo o mesmo ordenamento jurídico que veda a utilização de conceitos jurídicos indeterminados é o mesmo que utiliza como pressuposto de concessão da tutela o perigo da demora que é bastante indeterminado.

Assim, em busca de um equilíbrio na fundamentação do art. 489 culminado com o art. 300 dos pressupostos da concessão de tutela: requer que seja esclarecida funções da própria argumentação jurídica que são: fornecimento de critérios para produção do direito; oferecimento de critérios para aplicação e sistematizações no próprio ordenamento jurídico.

Nas concepções da argumentação jurídica encontram-se três dimensões: a) formal; b) material c) pragmática.

A formal busca a inferência do formalismo jurídico no conclusão dedutiva-lógica da premissa maior: lei – premissa menor – fato e finalmente a conclusão que é a decisão do qual o magistrado constrói. Na concepção material existe a aceitabilidade das premissas e elas são os fatores determinantes para qualquer decisão judicial. Na concepção pragmática a aceitação do destinatário na análise comportamental do convencimento encontrada numa razão finalística.

Tais concepções fomentaram uma conclusão parcial de que ainda que a estrutura normativa seja predominantemente formal – o magistrado fixa o sentido da lei por ter a prerrogativa realística de selecionar qual concepção argumentativa é mais apropriada para determinado caso.

Abordou-se também o debate dicotômico dos ontológicos e retóricos acerca de institutos jurídicos. Conclui-se parcialmente que ainda que tais institutos sejam aprioristicamente ontológicos - para cada subsunção será necessário a retórica para aferir ou desferir tal instituto.

Desta forma, é preciso considerar o crescente abismo entre significado e significante devido à mutabilidade de conceitos jurídicos do aplicador do direito. Foi dito que em primeiro momento dos estudos da decisão judicial havia a boca de lei feito por um período superior ao da revolução francesa da qual função do aplicador era meramente repercutir o que havia na lei e não criar, produzir. Sua discricionariedade legal era totalmente restrita.

Em um segundo momento houve a teoria da moldura de Kelsen onde havia certa discricionariedade ao magistrado devido a sua legitimação autêntica em delimitar a produção normativa.

No terceiro momento falou-se sobre realismo jurídico onde o magistrado primeiro decide e depois fundamenta.

Falou-se acerca dos fundamentos retóricos – de suas características. Assim, dois autores foram estudados devido suas teorias para a retórica - a tópica de Viehweg e a nova retórica de Perelman

A crítica feita à tópica de Viehweg é vislumbrar uma incompatibilidade casuística na jurisprudência prática, contudo é limitado por reconhecer somente a problematização na técnica da tópica produzindo uma incompatibilidade em desconsiderar inclusive com o ordenamento jurídico.

A estrutura argumentativa de Perelman é reduzida à relação com o auditório universal. A adaptabilidade do orador para o auditório, a persuasão dependeria de sua performance. Assim, é inviável para um ordenamento jurídico formal a utilização desta adaptabilidade.

Lembrou-se a função do *periculum in mora* – o ordenamento jurídico não deve ser apenas um meio, mas ter um fim bem definido: assim para cada instituto é necessário indagar sua função. Assim questionou-se a funcionalidade do *periculum in mora*. Finalmente chegou-se a conclusão parcial que dentro da ontologia do instituto (ente) do perigo in mora há axiologia (valores)

No tocante aos valores normativos, finalmente contemplou-se as características dos direitos da personalidade que são: irrenunciáveis, indisponíveis, impenhoráveis e imprescritíveis. O fim da norma jurídica deve ser voltada para a persona. Logo, se o instituto do *periculum in mora* – ontologicamente possui valor – deve ser voltado para o fim da norma.

A cláusula de exceção é uma defesa preventiva por parte do autor que requer o deferimento da concessão de tutela de urgência satisfativa – esta não pode ser denegada sob a fundamentação de que há o perigo da irreversibilidade quando a lide envolver uma colisão entre

direitos patrimoniais e extrapatrimoniais – no caso; cabe o autor sustentar que seu direito extrapatrimonial vale mais do que a presunção de qualquer direito patrimonial.

A incidência normativa do art. 300, §3: “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”, deve admitir uma exceção quando se tratar de bem que uma vez lesados não admitem composição.

Em um momento histórico caracterizado pelo realismo jurídico do qual primeiro se decide e logo a seguir, fundamenta-se. Culminado com o art. 489 do CPC – pelo qual o magistrado é obrigado a reforçar os fundamentos da sua decisão. Tal exceção de perigo inverso evita o dilema entre direitos fungíveis e infungíveis como os direitos da personalidade.

Ressalta-se que não se trata de uma ponderação de rito de cognição sumária, mas de uma presunção advindos de valores constitucionais, afinal os direitos da personalidade com tais características se aproximam do epicentro normativo dos direitos fundamentais. “*Muitas vezes, no entanto, os problemas devem ser resolvidos a partir da correta definição dos direitos fundamentais e seus limites, sem necessidade de recorrer à ponderação entre tais direitos*¹⁵²”. Quando houver dúvida, perplexidade, hesitação, dubiedade ou impasse acerca do prevalecimento dos bens jurídicos: cabe ao magistrado tutelar pela plausibilidade dos direitos indisponíveis da personalidade¹⁵³.

¹⁵² MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. 5. ed. rev., atual, e a ampl. - São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2017, p. 512

¹⁵³ DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 135: Lista dos direitos da personalidade: de física: 1.1) Direito à vida: a) à concepção e à descendência (gene artificial, inseminação artificial, inseminação de proleta etc.); b) ao nascimento (aborto); c) ao leite materno; d) ao planejamento familiar (limitação de filhos, esterilização masculina e feminina, pílulas e suas consequências); e) à proteção do menor (pela família e sociedade); f) à alimentação; g) à habitação; h) à educação; i) ao trabalho; j) ao transporte adequado; k) à segurança física; T) ao aspecto físico da estética humana; m) à proteção médica e hospitalar; ri) ao meio ambiente ecológico; o) ao sossego; p) ao lazer; q) ao desenvolvimento vocacional profissional; r) ao desenvolvimento vocacional artístico; 5) à liberdade; t) ao prolongamento artificial da vida; u) à reanimação; v) à velhice digna; w) relativos ao problema da eutanásia. 1.2) Direito ao corpo vivo: a) ao espermatozoide e ao óvulo; b) ao uso do útero para procriação alheia; c) ao exame médico; ã) à transfusão de sangue; e) à alienação de sangue; f) ao transplante; g) relativos a experiência científica; h) ao transexualismo; i) relativos à mudança artificial do sexo; 7) ao débito conjugal; k) à liberdade física; I) ao “passe” esportivo. 1.3) Direito ao corpo morto: a) ao sepulcro; b) à cremação; c) à utilização científica; ã) relativos ao transplante; e) ao culto religioso. 2) Direito à integridade intelectual: a) à liberdade de pensamento; b) de autor; c) de inventor; ã) de esportista; e) de esportista participante de espetáculo público. 3) Direito à integridade moral: a) à liberdade civil, política e religiosa; b) à segurança moral; c) à honra; d) à honorificência; e) ao recato; f) à intimidade; g) à imagem; h) ao aspecto moral da estética humana; i) ao segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso; ;') à identidade pessoal, familiar e

Ao exemplificar casos de danos irreparáveis, temos a clássica hipótese de uma negativa de cobertura por parte da seguradora de saúde. Como consta no voto do Ministro Benjamin: “É possível a antecipação de tutela, ainda que haja perigo de irreversibilidade do provimento, quando o mal irreversível for maior como ocorre no caso de não pagamento de pensão mensal destinada a custear tratamento médico de vítima de infecção hospitalar, visto que a falta de imediato atendimento médico causar-lhe-ia danos irreparáveis de maior monta do que o patrimonial¹⁵⁴”. Logo, é caracterizada a cláusula de exceção ao perigo da irreversibilidade – afinal, como o próprio ordenamento jurídico não fornece soluções para resolução de uma antinomia – como no caso do art. 300 com o §3 do mesmo art. Há conflito entre pressupostos da concessão de tutela. Logo invoca-se uma interpretação *cum grano salis* – com ressalvas com finalidade em alcançar o fim da norma – seus valores.

A expressão “*ad hoc*” significa finalidade. Para tal instituto do *periculum in mora* é necessário vislumbrar sua finalidade através dos valores normativos. Desnecessário o malabarismo hermenêutico e aplicação da ponderação – principalmente porque muito da teoria principiológica têm sido mal interpretada¹⁵⁵.

Avista-se uma separação de sentidos do caso supramencionado quando há colisão entre direitos patrimoniais e direito extrapatrimoniais com exemplos em que direitos possuem a mesma hierarquia valorativa, ao exemplo de: um pedido de tutela satisfativa em desfavor a um autor que se utiliza da sua liberdade de expressão para fazer uma biografia do suposto ofendido (daquele que requer a tutela satisfativa com obrigação de não publicar tal biografia). Versa-se sobre dois direitos fundamentais: liberdade de expressão *versus* intimidade. Neste particular exemplo é ineficaz a cláusula de exceção ao perigo inverso: pois não há uma clareza acerca de valores que a

social (profissional, política e religiosa); k) à identidade sexual; l) ao nome; m) ao título; ri) ao pseudônimo.

¹⁵⁴STJ, REsp 801.600/CE, rel. Min Sidnei Beneti, 3ª T., J. 15.12.2009

¹⁵⁵ Opinião pessoal do autor.

norma deve atingir – fundamento para influenciar o sentido do *periculum in mora* do qual o magistrado deve considerar. Os efeitos irreversíveis de uma publicação indesejada é demasiadamente difícil de se medir – afinal, há o entrelaçamento do incômodo, do subjetivo do autor que alega intimidade. Logo, a cláusula de exceção ao perigo inverso só deve ser alegada quando versar sobre direitos extrapatrimoniais com patrimoniais na prevalência daqueles.

A cláusula de exceção ao perigo inverso é uma delimitação hermenêutica em respeito às possibilidades retóricas de mutações conceituais buscando reforçar o escopo da própria tutela de urgência. Considerando que não há nada mais irreversível do que propriamente a importância dos direitos da personalidade; cabe fortalecer e potencializar o a função instrumental da tutela provisória – tal instrumentalidade deve estar coligada, combinada com o próprio direito material.

Consubstanciado no art. 497, parágrafo único: “*Para a concessão de tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo*”. Nas letras da lei, trata-se do que a doutrina considera tutela inibitória o que de certa forma os escopos da cláusula de exceção se interagem, contudo há distinções acerca de tal comparação. “*Se a tutela não visa a reparar o dano, qual seria seu escopo*¹⁵⁶?”

A tutela inibitória tem natureza preventiva. Versa sobre o impedimento de uma prática supostamente ilícita. A interseção de conteúdos da tutela inibitória com a cláusula de exceção ao perigo inverso é de que busca-se evitar, proteger um bem com grande probabilidade de ser danificado. Ou seja, o que os dois institutos possuem em comum certamente é a imprescindibilidade no tocante do art. 5. XXXV ao versar sobre “ameaça a direito” e o acesso à justiça. Tal imprescindibilidade carrega desígnios e preocupações acerca de uma rigorosa realização

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e coletiva*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1998, p. 30

do direito material. Indaga-se diante do instituto da tutela inibitória se a grande probabilidade é do direito o que se confunde com um dos pressupostos da tutela de urgência – *fumus boni iure*; com probabilidade de haver lesão ou dano. É importante também indagar qual o lapso temporal em que se considera ou deixa de se considerar preventiva – na visão do juiz ou do autor que alega?

Uma lógica que acompanha a tutela inibitória é a da predominância da prevenção ao ressarcimento. Nisto se baseia a utilidade e preciosidade do termo: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário”.

A ironia é que tais indagações também servem para a compreensão da própria cláusula de exceção do perigo da irreversibilidade. Por conseguinte a finalidade da prevenção é a própria utilidade processual no sentido de não permitir ameaça ou lesão a direito. A prevenção da cláusula de exceção ao perigo inverso está na dimensão argumentativa onde o magistrado deverá ter uma precaução – sentido de cuidado, ainda maior ao tratar sobre direitos que colidem com os da personalidade.

Outra ironia que conecta os dois institutos é de que na tutela inibitória cabe ao magistrado especular sobre a apreciação de um dano que ainda não ocorreu – contudo, detém toda sua iminência potencialidade de acontecer. Daí encontra-se uma dificuldade em demonstrar um dano futuro para efeitos de plausibilidade do direito. O mesmo raciocínio se aplica ao perigo da irreversibilidade – como mensurar um dano futuro? Especula-se portanto através da concepção de perigo e risco que tal magistrado possui o que não deixa de ser um fruto de uma construção social – embarcando mais uma possibilidade solipsista.

Ainda sobre a interseção entre os dois institutos: clamam por uma tutela jurisdicional efetiva e adequada, afinal um ordenamento jurídico cujo direito processual incapazes de conferirem eficácia ao direito material não podem ser qualificados como jurídico.

Outra diferença entre a inibitória com a referida cláusula de exceção é: enquanto que na tutela inibitória para haver um efeito antecipado acerca de uma obrigação de fazer ou de não fazer – é necessário o elemento da prática ilícita. Já com a cláusula de exceção tal prática ilícita não necessariamente difere para sua utilização.

Na tutela inibitória¹⁵⁷ em regra o rito é de cognição exauriente podendo ser convertido no rito de cognição sumária caso haja um pedido de antecipação de tutela. Na cláusula de exceção já está intimamente inserido com o rito sumário. Ademais, a cláusula de exceção está associada com a tutela satisfativa. A tutela inibitória pode dispor de efeitos antecipados em função de uma tutela provisória cautelar.

Os efeitos de antecipação que a tutela antecipatória busca é mandamental em regra. A cláusula de exceção ao perigo inverso não necessariamente.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e coletiva*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1998, p. 57: “[...] a inibitória final constituem aspectos de um mesmo fenômeno, tanto porque a primeira tem as mesmas características substanciais da segunda, como porque a inibitória provisória (antecipada) é ligada indissolúvelmente à inibitória final”

Fontes Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. São Paulo: Saraiva, 2010

_____. *Ética e retórica: por uma teoria dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *Uma teoria retórica da norma jurídica e o direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. a. 91. v. 798. abr./2002

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. vol 2, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

ARAGÃO, Egas Moniz de.. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 42, 1990

ARISTÓTELES. *Retorica*. Trad. Marco Dorati. Milano: Mondadori, 1996

ASCENSÃO. José de Oliveira. *O direito introdução e teoria geral*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1978

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teoria da argumentação jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014

_____. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar editora, 2014

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3.ed. São Paulo: RT, 2000

_____. *Do processo cautelar*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito Administrativo*. RJ: Renovar, 2006
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito*. São Paulo: Manole, 2007
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011
- BRANDÃO, Claudio. CAVALCANTI, Francisco. ADEODATO, João Maurício. *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense. 2009
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009
- CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O “direito vivo” das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão*. São Paulo: PUC-SP [dissertação de mestrado], 2009
- DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 29 ed. São Paulo: Saraíva, 2012
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007

_____. *Teoria da norma jurídica*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

_____. Tércio Sampaio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977

_____, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2ed. São Paulo. Atlas. 2015

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3' ed. José Lamago (trad .). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

LEME, Fábio Ferraz de Arruma. *Diferenças entre requisitos para concessão liminar e da tutela definitiva no processo cautelar*. DireitoNet. Disponível <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8152/Diferenças-entre-requisitos-para-concessao-liminar-e-da-tutela-definitiva-no-processo-cautelar>>. Acesso em: 18 de maio de 2017

LÉVINAS, Emmanuel *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 1980

LOBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Universidad de Guadalajara, UNAM, 1992

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

_____. *Retórica e o Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e coletiva*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1998

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. 5. ed. rev., atual, e a ampl. - São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2017

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015

MESSIANO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol 2. Parte 1. Milano: A Giuffrè, 1950

MIRANDA Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos Fundamentais. Tomo IV. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Tutela antecipada e tutela cautelar*. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010

OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997

OMMATI, José Emílio Meduar. *A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código Processo Civil*. São Paulo: Método, 2009

PERELMAN, Chaim. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5.ed. Napoli: Jovene, 2006

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

TARUFFO, M. *La prueba*. Madri: Marcial Pons, 2008

- _____. "*Verità e probabilità nella prova dei fatti*". Revista de Processo (versão eletrônica). São Paulo: RT, v. 154, dez/2000
- THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica da era dos meios de comunicação de massa*. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2000
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, vol 2, 16 ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2016
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, RT, 1987; art. in *Reforma do CPC*, Saraiva, 1996
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008