

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
MESTRADO EM DIREITO**

BRUNO CARNEIRO DA CUNHA ALMEIDA

**OS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA COMO
TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS E A FUNÇÃO DO
PRECEDENTE JUDICIAL NA SUA APLICAÇÃO**

**RECIFE
2015**

BRUNO CARNEIRO DA CUNHA ALMEIDA

**OS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA COMO
TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS E A FUNÇÃO DO
PRECEDENTE JUDICIAL NA SUA APLICAÇÃO**

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em Direito da
Universidade Católica de
Pernambuco (UNICAP), como
requisito parcial para obtenção do
Título de Mestre em Direito, sob a
orientação do Professor Doutor
Leonardo José Ribeiro Coutinho
Berardo Carneiro da Cunha.

RECIFE
2015

A447p

Almeida, Bruno Carneiro da Cunha

Os pressupostos da tutela antecipada como textos normativos abertos e a função do precedente judicial na sua aplicação / Bruno Carneiro da Cunha Almeida ; orientador Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha, 2015.
185 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pro-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Direito, 2015.

1. Processo civil. 2. Tutela antecipada. 3. Precedentes judiciais.
I. Título.

CDU 347.9

BRUNO CARNEIRO DA CUNHA ALMEIDA

**OS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA COMO
TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS E A FUNÇÃO DO
PRECEDENTE JUDICIAL NA SUA APLICAÇÃO**

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em Direito da
Universidade Católica de
Pernambuco (UNICAP), como
requisito parcial para obtenção do
Título de Mestre em Direito, sob a
orientação do Professor Doutor
Leonardo José Ribeiro Coutinho
Berardo Carneiro da Cunha.

Dissertação aprovada em 15 / 01 / 2015 pela banca examinadora formada por:

Prof. Dr. Leonardo José R. C. B. Carneiro da Cunha – Orientador

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira – Examinador interno

Prof. Dr. Delosmar Domingos de Mendonça Júnior – Examinador externo

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Ademário e Verônica, responsáveis por esta e por quaisquer outras conquistas que eu consiga alcançar em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho jamais teria se realizado sem a participação de pessoas que, cada uma a seu modo, contribuíram para a conclusão desta importante etapa da minha vida acadêmica. Este o momento de agradecê-las.

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Ademário e Verônica. Sou imensamente grato pela dedicação, apoio, aconselhamento e amor que recebo e recebi durante toda a minha vida. Devo a eles tudo o que sou e o que poderei ser em minha vida, em todos os aspectos – pessoal, profissional e acadêmico. Tudo o que faço em minha vida é para merecer e retribuir todo esse amor e dedicação.

À minha namorada, Ana Luiza, agradeço todo o amor, companheirismo e apoio incondicional. A conclusão deste trabalho só foi possível graças ao seu conforto, carinho e compreensão em cada desafio superado no mestrado. Não bastasse esta imprescindível ajuda pessoal-emocional, sua participação na elaboração neste trabalho foi direta, através dos incontáveis empréstimos de livros na biblioteca da UFPB. Por tudo isso, expresso o meu sincero e profundo agradecimento.

Às minhas irmãs, Tatiana e Silvana, agradeço o carinho, o companheirismo e o amor que me dão o suporte familiar necessário para que eu possa lutar pelos meus sonhos e enfrentar os desafios da vida.

Agradeço, em especial, ao meu querido professor e orientador Leonardo Carneiro da Cunha. Sempre fui um profundo admirador de suas obras e, por isso, ao ingressar no mestrado, prontamente o busquei como orientador. As minhas expectativas sobre Leonardo, portanto, foram as maiores possíveis. Apesar disso, ele conseguiu superá-las. Descobri que Leonardo, além do doutrinador brilhante que já conhecia, é um professor extraordinário, capaz de expor o conteúdo de forma instigante, de aguçar nos alunos um importante senso crítico e, principalmente, de inspirar a busca incessante pelo conhecimento. Mas também descobri em Léo uma pessoa espetacular, dotada de humildade, gentileza e generosidade raras. Por tudo isso, agradeço imensamente tê-lo como orientador, e digo, com toda sinceridade, que me sinto orgulhoso por ter sido seu orientando.

Ao professor Sérgio Torres Teixeira, sou imensamente grato pela honrosa participação nesta banca examinadora, por todo o aprendizado proporcionado em suas brilhantes aulas e, sobretudo, pelo apoio, estímulo e acolhida de sempre.

Ao professor Delosmar Mendonça Jr., manifesto meu agradecimento por ter aceitado o convite de integrar a banca examinadora deste trabalho e registro que, para mim, é uma grande honra contar com a sua participação na defesa desta dissertação.

Aos primos Velosinho, Káthya, João Pedro e José Victor, que me receberam, com muito carinho, na cidade de Recife. Sou imensamente grato por toda gentileza e atenção dedicadas, tendo sido tratado como filho – por Velosinho e Káthya – e como irmão – por João Pedro e José Victor. Eles são a minha família pernambucana e têm a minha profunda gratidão.

Ao amigo-irmão Rodrigo Queiroz, pela amizade verdadeira que está sempre presente nas dificuldades enfrentadas e nas vitórias alcançadas.

Ao primo-amigo-irmão Luiz Filipe Carneiro da Cunha, que sempre me apoia e vibra com cada desafio vencido.

Ao amigo João Otávio Terceiro Neto, pela constante ajuda no empréstimo de livros e artigos.

A todos os colegas de mestrado, especialmente Caroline Montenegro, Lourenço Miranda, Elio Ventura, Jadson Correia, Virgínia Cartaxo, Ronaldo Paulino, Bruno Marques, Ulisses Carvalho, Carolina Erhart e André Galvão, cuja convivência me proporcionou imenso aprendizado.

A todos os funcionários da Universidade Católica de Pernambuco, em especial Eliene, Nélia e Nicéias, da secretaria da pós-graduação.

RESUMO

O estudo tem como objeto central a técnica legislativa utilizada na formulação dos pressupostos da tutela antecipada. Recentemente, o pensamento jurídico passou por diversas transformações, entre as quais destaca-se a própria técnica legislativa. Cada vez mais, abre-se espaço para os textos normativos abertos, propositalmente indeterminados a fim de conferir maior maleabilidade e adaptabilidade ao sistema jurídico. Aí se insere o instituto da tutela antecipada, cujos pressupostos legais são redigidos em linguagem vaga e indeterminada. Este caráter indeterminado proporciona uma maior complexidade no processo de aplicação da tutela antecipada, sendo insuficiente o método da subsunção no seu processo decisório. Daí resulta a preocupação em assegurar isonomia e segurança jurídica na aplicação do instituto, no intuito de inibir a indesejada jurisprudência lotérica. Em razão disso, o precedente judicial exerce função na delimitação normativa dos pressupostos da tutela antecipada, trazendo consigo o método do grupo de casos nesta aplicação.

Palavras - chaves: tutela antecipada; textos normativos abertos; precedente judicial.

ABSTRACT

The study has as its main object the legislative technique used in formulating the assumptions of preliminary injunction. Recently, the legal thinking has undergone several transformations, among which stands out the very legislative technique. Increasingly, there is room for open normative texts, purposely indeterminate in order to provide greater flexibility and adaptability to the legal system. In this context is inserted the issue of preliminary injunction, whose legal requirements are written in vague and indeterminate language. This indeterminate character provides greater complexity in the application process of injunctive relief, falling short subsumption of the method in its decision-making process. Hence the concern to ensure equality and legal certainty in the application of the preliminary injunction, in order to inhibit unwanted lottery law. As a result, the precedent plays role in normative definition of the assumptions of preliminary injunction, bringing the group's method of cases in this application.

Key Words: preliminary injunction; open normative texts; precedents.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AI – Agravo de Instrumento

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

Inc. – Inciso

j. – Data do julgamento

Min. – Ministro

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TJPB – Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

TJPE – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A POSIÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL NA ATUAL PERSPECTIVA DA TEORIA JURÍDICA	11
1.1 O paradigma racionalista e o positivismo jurídico	11
1.2 A transformação da teoria jurídica a partir da segunda metade no século XX: neoconstitucionalismo.....	16
1.3 O direito processual no estágio atual da teoria jurídica: neoprocessualismo...	27
2. TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS: OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E AS CLÁUSULAS GERAIS	35
2.1 A distinção entre texto e norma.....	35
2.2 Textos normativos fechados e abertos	40
2.3 Conceitos jurídicos indeterminados	42
2.3.1 Origens da teoria do conceito jurídico indeterminado e seu desenvolvimento no direito administrativo	42
2.3.2 Características dos conceitos jurídicos indeterminados	46
2.4 Cláusulas gerais.....	49
2.4.1 Origens das cláusulas gerais.....	49
2.4.2 Características das cláusulas gerais.....	52
2.5 A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados	56
2.6 A posição das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados no fenômeno normativo: sua relação com regras e princípios.....	61
3. O CARÁTER INDETERMINADO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA	71
3.1 Tempo do processo e espécies de cognição judicial	71
3.2 A tutela antecipada como técnica processual	76

3.3 Das cautelares típicas à generalização da antecipação da tutela.....	80
3.4 Os pressupostos da tutela antecipada como conceitos jurídicos indeterminados	84
3.5 O poder geral de cautela como cláusula geral processual.....	89
4. A COMPLEXIDADE DO PROCESSO DE APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA E O PROBLEMA DA “JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA”	92
4.1 A tentativa de subsunção na aplicação dos pressupostos da tutela antecipada	92
4.2 A separação entre teoria e prática: a concessão de medidas liminares na visão pragmática de Eduardo José da Fonseca Costa	97
4.3 Subsunção e concreção como métodos de aplicação do direito	104
4.4 Concreção como método de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada	107
4.5 Concreção dos pressupostos da tutela antecipada em face da segurança jurídica e da isonomia: o problema da “jurisprudência lotérica”	111
5. A FUNÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA	116
5.1 Precedente judicial: conceito e aspectos fundamentais.....	116
5.2 A relação entre textos normativos abertos e precedentes judiciais.....	120
5.3 A necessidade de respeito aos precedentes judiciais na aplicação do instituto da tutela antecipada.....	122
5.3.1 A função do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da tutela antecipada	122
5.3.2 Precedentes obrigatórios, Cortes Supremas e os pressupostos da tutela antecipada	125
5.3.3 O método do grupo de casos na concessão da tutela antecipada	134
5.4 A técnica do <i>distinguishing</i> como forma de manutenção da adaptabilidade da tutela antecipada ao caso concreto	140
5.5 Outros aspectos que reforçam a importância do precedente na aplicação da tutela antecipada.....	146
5.5.1 A eficácia imediata da tutela antecipada e a aplicação do regime da execução provisória.....	146

5.5.2 A situação de urgência na tutela antecipada e a consolidação de situações jurídicas em decorrência de provimentos antecipatórios	153
5.6 A fundamentação das decisões de tutela antecipada como dever imprescindível diante de conceitos indeterminados e de um sistema de precedentes	157
CONSIDERAÇÕES FINAIS	168
REFERÊNCIAS	173

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo examinar os pressupostos da tutela antecipada a partir da técnica legislativa neles adotada. Entre as recentes transformações verificadas na teoria jurídica, destaca-se a mudança na própria técnica legislativa, pois o legislador não mais tem a pretensão de prever todas as situações jurídicas possíveis com o detalhamento dos efeitos jurídicos correspondentes. Passa-se, então, a privilegiar textos normativos abertos, cuja vagueza semântica confere ao aplicador-intérprete maior espaço no processo de aplicação e realização do direito.

Nesse contexto se insere o instituto da tutela antecipada, de reconhecida importância no processo civil contemporâneo. Os pressupostos da técnica antecipatória estruturam-se em textos normativos vagos e indeterminados, cabendo ao julgador amplo espaço interpretativo na definição da presença ou ausência daqueles pressupostos.

Como resultado desse caráter indeterminado dos pressupostos da tutela antecipada, tem-se uma maior complexidade no processo decisório da tutela antecipada. Exige-se, em razão disso, que seja revisitado o dogma da subsunção como método exclusivo de aplicação do direito, para que se verifique o método adequado de aplicação de textos normativos abertos.

Tal complexidade no processo de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada conduz, igualmente, à necessidade de se encontrar mecanismos destinados a assegurar segurança jurídica e isonomia, a fim de inibir o que se denomina de “jurisprudência lotérica”.

Para tanto, sobressai a relevância do precedente judicial para orientar na definição dos pressupostos da tutela antecipada. Examina-se, portanto, a função do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da técnica antecipatória.

O trabalho está estruturado em cinco capítulos. No primeiro, pretende-se situar o direito processual civil na atual perspectiva da teoria jurídica. Diante das várias modificações pelas quais passou o pensamento jurídico contemporâneo,

cumprir analisar os impactos destas transformações no âmbito da ciência processual.

O segundo capítulo destina-se à análise dos textos normativos abertos. A partir da distinção entre texto normativo e norma jurídica, passa-se a examinar a existência de textos normativos fechados e abertos, sendo estes marcados pela utilização de termos indeterminados na sua formulação, ao contrário daqueles, caracterizados por linguagem determinada.

Ainda no segundo capítulo, examinam-se os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais como espécies de textos normativos abertos, abordando suas origens e características para, em seguida, verificar seus aspectos diferenciadores. Ao final do capítulo, busca-se posicionar os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais no fenómeno normativo, relacionando-os com regras e princípios.

No terceiro capítulo, parte-se especificamente para o exame dos pressupostos da tutela antecipada, entendida como técnica processual. Analisa-se, pois, a evolução legislativa da matéria, chegando-se ao carácter indeterminado dos textos normativos que consubstanciam os pressupostos da antecipação de tutela.

O quarto capítulo é dedicado ao estudo do processo de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada. Do reconhecimento do seu carácter indeterminado resulta a maior complexidade do processo de aplicação dos requisitos da antecipação da tutela. Em razão disso, questiona-se a viabilidade da subsunção na aplicação de tais pressupostos, o que ocasiona um distanciamento entre teoria e prática na concessão de medidas liminares.

A partir daí, questionando-se o dogma da subsunção como método exclusivo de aplicação do direito, apresenta-se a concreção como método de aplicação dos textos normativos abertos, notadamente dos pressupostos da tutela antecipada, para, então, buscar a sua compatibilização com a isonomia e a segurança jurídica, de modo a evitar o puro arbítrio judicial.

Finalmente, no quinto capítulo, analisa-se o precedente judicial e a sua função na aplicação do instituto da tutela antecipada. Busca-se averiguar, portanto, a atuação do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da

antecipação da tutela, culminando com o exame do método do grupo de casos nesta aplicação.

Ainda no exame da função do precedente judicial na aplicação da antecipação da tutela, parte-se para a análise da técnica do *distinguishing* como forma de manutenção da adaptabilidade da tutela antecipada ao caso concreto. Em seguida, apresentam-se outros aspectos que ratificam a necessidade de observância dos precedentes no manejo da técnica antecipatória, notadamente a eficácia imediata da tutela antecipada e a possibilidade de consolidação de situações jurídicas em decorrência de provimentos antecipatórios. Por fim, enfrenta-se a questão relativa ao controle judicial das decisões de tutela antecipada, através do exame da fundamentação e dos meios de impugnação destas decisões.

CAPÍTULO I – A POSIÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL NA ATUAL PERSPECTIVA DA TEORIA JURÍDICA

1.1 O paradigma racionalista e o positivismo jurídico

A racionalidade moderna adotou a razão como critério único para todo pensamento humano. A pretensão racionalista, portanto, consistiu na análise do mundo a partir de uma perspectiva objetiva, de modo a alcançar verdades racionais dotadas de universalidade e certeza.

Conforme lição de Ovídio Baptista da Silva¹, o homem moderno não consegue relativizar sua ciência, porquanto considera a compreensão moderna do universo como o último estágio da evolução humana. Assim, o sentido comum da historiografia moderna considera o passado como se as gerações precedentes fossem versões parciais e incompletas do que agora se descobre como verdade definitiva.

Trata-se de uma grave contradição do pensamento moderno, que, embora reconheça o homem como ser histórico, considera a modernidade como eterna. Descobre-se que o homem é um ser histórico, mas tal descoberta não se aplicaria ao homem moderno. Em suma: o pensamento moderno não alcança a autocompreensão de sua própria historicidade. Deve-se perceber, porém, que a ciência moderna é apenas mais uma interpretação da realidade e será igualmente incompleta aos olhos das gerações futuras.²

No campo do Direito, o racionalismo pretendeu a construção de um ordenamento jurídico sistematizado pela razão, apto a solucionar satisfatoriamente todos os questionamentos existentes. Nessa linha, Ovídio Baptista da Silva assinala que o paradigma³ racionalista tentou “transformar o Direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável como uma equação algébrica”, de modo que “a produção do

¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7-8.

² Ibidem, p. 17-18.

³ Ovídio Baptista da Silva adota o conceito de paradigma construído por Thomas Kuhn e considera que toda a concepção científica está alicerçada em pressupostos aceitos pela comunidade científica como verdades indiscutíveis. Tais pressupostos são os paradigmas, que consistem, portanto, em premissas sobre as quais a ciência se constrói. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Ob. cit., p. 28-30).

direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo”⁴.

Intrinsecamente ligado ao racionalismo jurídico, o processo de codificação se destacou, à época, como uma evolução cultural, tanto no aspecto de conteúdo como estilístico, mediante uma arquitetura articulada de um plano global da construção do Estado⁵.

Tal processo de codificação desenvolveu-se com o objetivo de alcançar uma segurança jurídica inexistente no Estado Absoluto, que se alicerçava no argumento mítico de que o monarca seria representante do poder divino na terra.

As primeiras ondas modernas de codificação ocorreram na Europa Ocidental, principalmente após a Revolução Francesa, sob a influência dos ideais liberais. Nesse contexto, destacaram-se o Código prussiano (1792), o Código Civil francês (1804) e o Código Civil austríaco (1811).

O Código Civil francês se sobressaiu como um texto legislativo caracterizado por sua estrutura rigorosa e transparente, sua linguagem clara e a racionalidade das suas normas jurídicas⁶, tornando-se o ápice do processo de codificação. Considerado um dos símbolos do jusracionalismo, o *Code Civil* de 1804 significou uma ruptura na evolução do direito, na medida em que substituiu a multiplicidade de fontes do antigo direito por um código uniforme.⁷

Assim é que este processo de codificação significou a transição da pluralidade de fontes do direito para o monopólio estatal da produção jurídica, com a consagração da figura do legislador onipotente. Na codificação jusracionalista, portanto, prevaleceu o dogma da completude do ordenamento, sendo o código uma obra perfeita e acabada.

⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Ob. cit., p. 24.

⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 378.

⁶ Ibidem, p. 391.

⁷ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1. No mesmo sentido preconiza Norberto Bobbio: “As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 65).

O processo de codificação, nessa perspectiva, influenciou profundamente o pensamento jurídico moderno e contemporâneo, lançando as bases para a teoria jurídica dominante: o positivismo jurídico. Neste sentido, afirma Norberto Bobbio que “o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação”⁸.

A expressão positivismo jurídico refere-se ao direito positivo, isto é, o “direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas”⁹, que se contrapõe ao direito natural, consistente no ordenamento superior ao direito positivo, definitivamente válido e justo eis que derivado da natureza, da razão humana ou da vontade divina.¹⁰

Portanto, o positivismo jurídico se afasta do jusnaturalismo e rejeita, com isso, a existência de um direito natural paralelo ao direito positivo. Refuta-se, então, a ideia de um ordenamento jurídico dependente de elementos metafísicos e imutáveis, tais como preceitos divinos ou de imperativos da razão humana.

A doutrina positivista alcançou, na obra de Hans Kelsen¹¹, importante solidez teórica. O jurista austríaco apresenta uma teoria do direito apartada das demais áreas do conhecimento, tais como a sociologia, a economia e a política. A teoria kelseniana sustenta, pois, a cientificidade do direito cujo objeto de estudo seria tão somente a norma jurídica positiva. Daí se percebe que a “pureza” da obra de Kelsen se refere à teoria, e não ao direito propriamente.

O positivismo jurídico destacou-se, desse modo, como a teoria do direito baseada na compreensão do sistema jurídico independente da política e da moral. Tal modelo imperou no contexto histórico em que a utilização de princípios morais pelo juiz significaria anticientificidade.

⁸ BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 119.

⁹ Ibidem, p. 119.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. É importante notar que Kelsen representa um positivismo jurídico mais moderno, em que se reconhece que o juiz também detém função criadora do Direito, ao obter a norma individual no processo de aplicação da lei, preenchendo, nesse processo, a “moldura” da norma geral (Ibidem, p. 393).

Nesse sentido, a doutrina juspositivista apresenta os seguintes pontos fundamentais, indicados por Bobbio¹²: defende que o direito é avalorativo, pois sua validade se refere exclusivamente à sua estrutura formal, prescindindo do seu conteúdo; sustenta a coerência e completude do ordenamento jurídico; funda-se na interpretação mecanicista, havendo na atividade do jurista prevalência da declaração sobre a criação do direito.

Desse modo, no contexto do Estado Liberal clássico, marcado pelo processo de codificação jusracionalista, o positivismo jurídico clássico despontou como a teoria do direito que atendia às exigências da racionalidade moderna, por apresentar um raciocínio jurídico silogístico, pelo qual a decisão judicial resulta de um método subsuntivo de enquadramento do fato à norma.

O positivismo jurídico, todavia, não poderia se sustentar nos moldes acima. Primeiramente, mostrou-se superado o dogma da completude da legislação, tendo em vista a absoluta impossibilidade de criação de um sistema jurídico completo e perfeito, capaz de regular todas as situações jurídicas.

Nesse sentido, Canaris¹³ aponta para a impossibilidade de se construir um sistema jurídico completo, tendo em vista duas razões decorrentes da própria natureza do direito: i) a ordem jurídico-positiva é um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, razão pela qual haverá necessariamente contradições e incompletudes, inconciliáveis com o ideal de unidade do pensamento sistemático; ii) o Direito apresenta uma tendência individualizadora da justiça, em oposição à tendência generalizadora do pensamento sistemático.

Diante dessas razões inerentes ao fenômeno jurídico, Canaris¹⁴ afirma a inevitabilidade de lacunas e quebras no sistema, assim compreendidas as contradições de valores e de princípios.

¹² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131-133. Advirta-se que tais características estão longe de exaurir todas as particularidades do positivismo jurídico, tampouco estão uniformemente presentes em todos os jusfilósofos considerados positivistas. Contudo, a caracterização acima é suficiente para traçar os delineamentos gerais do fenômeno positivista, conforme os objetivos do presente trabalho.

¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 200-201.

¹⁴ *Ibidem*, p. 201.

Aliás, o próprio positivismo jurídico passou a questionar a completude do ordenamento ao tentar explicar os casos difíceis, nos quais reconhece a inexistência de regras claras e predeterminadas a eles aplicáveis.

A insuficiência legislativa não foi, porém, o único – ou mesmo o principal – motivo para a crise do juspositivismo. O seu declínio, na realidade, tem como relevante causa a modificação da concepção do Estado Liberal para o Estado Social, com a consequente intervenção do Estado na promoção e concretização dos direitos.

É o que explica Mauro Cappelletti¹⁵ ao pontuar que a legislação social impõe ao Estado superar as funções tradicionais de proteção e repressão para se consolidar como um Estado promocional. Deixa-se o simples papel de indicar o certo e o errado, como na legislação clássica, para prescrever programas de desenvolvimentos futuros.

No Estado Social, portanto, torna-se imprescindível a atuação judicial para concretizar o papel promocional estatal, que não poderia ser adequadamente implementado apenas mediante o exercício da função legislativa, geral e abstrata.

Ademais, mostrou-se bastante duvidosa a rígida separação de poderes preconizada no positivismo jurídico, pela qual caberia ao legislador a criação do direito e ao julgador restaria a aplicação mecânica da norma. Inclusive Hans Kelsen, positivista mais moderno, relativizou tal rigidez, reconhecendo que “é impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções”¹⁶.

Cappelletti¹⁷, nessa perspectiva, pondera que na interpretação judiciária do direito está ínsito certo grau de criatividade. Isso porque, por mais simples e precisa a linguagem legislativa, sempre são deixados espaços a serem preenchidos pelo juiz, ou seja, sempre haverá ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária. O intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 40-41.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Ob. cit., p. 386.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit., p. 20-22.

Tais fatores deixaram patente a insuficiência do positivismo jurídico tradicional para lidar com as novas necessidades do direito, impondo-se, por conseguinte, a reformulação da metodologia jurídica para atender à realidade vigente.

1.2 A transformação da teoria jurídica a partir da segunda metade do século XX: neoconstitucionalismo

A sociedade atual, cada vez mais global e complexa, passou por transformações que exigem uma renovação no estudo do direito, dada a insuficiência do positivismo jurídico tradicional, conforme visto acima.

A teoria jurídica, nesse sentido, sofreu nítidas transformações que repercutem não apenas no plano teórico, mas, sobretudo, na prática dos tribunais. Vislumbra-se, então, o que se passou a chamar de “neoconstitucionalismo”¹⁸, expressão bastante difundida na doutrina brasileira.

O fenômeno neoconstitucionalista é de difícil delimitação e conceituação. Isso porque se trata de doutrina baseada no pensamento de juristas das mais diversas correntes jurídico-filosóficas, que não refletem, portanto, uma corrente homogênea de pensamento.¹⁹

Daí se afirmar que “não há apenas um conceito de neoconstitucionalismo. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do neoconstitucionalismo”²⁰. Não há, pois, uma concepção teórica clara e coesa do neoconstitucionalismo.

Apesar disso, embora baseadas em fundamentos diversos de juristas filiados

¹⁸ A expressão ganhou força principalmente a partir da obra organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell (*Neoconstitucionalismo(s)*). Org. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003), amplamente divulgada no Brasil. É inegável a imprecisão terminológica dessa expressão. Entretanto, reputa-se de menor relevância tal aspecto meramente terminológico. O que importa realçar, para os fins deste trabalho, são as recentes transformações ocorridas na teoria jurídica, sobretudo a partir da segunda metade do século XX.

¹⁹ VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09 – jan./jun. 2007, p. 67. Na mesma linha é a percepção de Daniel Sarmento: “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista.” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, p. 1-2).

²⁰ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009.

a correntes jusfilosóficas heterogêneas, as teorias neoconstitucionalistas apresentam traços em comum²¹, ou seja, pontos de convergência que refletem as recentes alterações ocorridas na teoria jurídica.

Porém, para uma adequada compreensão do tema, antes de se prosseguir na análise dos traços característicos do neoconstitucionalismo, cumpre explicitar o que se entende por constitucionalismo.

Segundo conhecida definição de José Joaquim Gomes Canotilho, o constitucionalismo corresponde à “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos, em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”²². Trata-se, pois, de uma técnica de limitação do poder com fins garantísticos.

Compreende-se, assim, o constitucionalismo como um movimento que propaga a limitação do poder do governante, através da previsão de direitos dos governados, contrapondo-se ao absolutismo.²³

O constitucionalismo, por outro lado, se manifesta em diferentes épocas e lugares, apresentando distintas características que variam conforme cada fase histórica. Daí por que importante doutrina prefere falar em movimentos constitucionais²⁴.

A origem do constitucionalismo remonta à antiguidade clássica, especificamente ao povo hebreu, conforme indica Karl Loewenstein²⁵. No regime teocrático hebreu, alcançava-se a limitação do poder através dos dogmas religiosos, pois o detentor do poder estava limitado pela lei do Senhor, que submetia igualmente os governantes e governados.

Fala-se, então, no constitucionalismo antigo, que abrange, além do Estado hebreu, a democracia constitucional grega – marcada pela distribuição do poder

²¹ Nesse sentido se pronuncia Susanna Pozzolo: “Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de um movimiento unitario, pero, em favor de mi tesis, em sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una unica corriente iusfilosófica”. (POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, 21-II, 1998, p. 339)

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

²³ Nessa linha, Karl Loewenstein afirma que a história do constitucionalismo corresponde à busca, pelo homem político, das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979, p. 150).

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 51.

²⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Ob. cit., p. 154-155.

político entre os cidadãos ativos – e a República romana – caracterizada por um sistema político com dispositivos de freios e contrapesos para dividir e limitar o poder político.²⁶

Em seguida, é possível vislumbrar a experiência inglesa como importante fase do constitucionalismo, na qual se propagaram diversos instrumentos de limitação do poder absoluto do Rei. Tem-se aí como importante marco a Magna Carta inglesa de 1215, consistente em uma declaração solene assinada pelo rei João da Inglaterra, perante o alto clero e os barões do reino, através da qual, “pela primeira vez, na história política medieval, o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita”²⁷.

Sucederam a Magna Carta inglesa textos escritos de limitação do poder político, apontando em direção ao constitucionalismo moderno. Entre tais documentos constitucionais escritos, podem ser citados o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689).

O ingresso no constitucionalismo moderno²⁸ efetivamente se dá no século XVIII, no contexto do Iluminismo que se opunha aos governos absolutistas, lançando as bases para as revoluções liberais. O movimento constitucional moderno encontra sua principal expressão com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791), caracterizadas pela limitação do poder estatal e declaração de direitos fundamentais.

Daí se percebe o constitucionalismo moderno como uma aspiração a constituições escritas, pelas quais sejam asseguradas a separação de Poderes e os direitos fundamentais como meios de oposição ao poder absoluto.

Importante mudança nessa concepção moderna de constituição foi a superação do modelo liberal com a consagração de direitos sociais. Após o fim da Primeira Guerra Mundial, sobressai uma preocupação de cunho político e social, de modo a consagrar direitos sociais nos textos constitucionais. Tem-se aí um novo modelo de Estado, passando do Estado Liberal abstencionista para o Estado Social

²⁶ LOEWENSTEIN, Karl. Ob. cit., p. 155-156.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79-80.

²⁸ Segundo Canotilho, “por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 52).

intervencionista, através da consagração de prestações positivas a serem realizadas pelo Estado. Exemplos classicamente citados de constituições sociais são a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919.

Embora as constituições modernas já se caracterizassem pela consagração de direitos fundamentais com o fim de limitação do poder político, é essencial perceber que, neste movimento constitucional moderno, ainda prevalecia uma cultura jurídica legicêntrica, em que a lei corresponderia à expressão maior do direito.

É como explica Gustavo Zagrebelsky²⁹ ao afirmar que, no Estado de Direito, a legalidade expressa a ideia de lei como ato normativo supremo ao qual não se sobrepõe nenhum direito “mais forte”. Nessa perspectiva, o Estado de Direito e o princípio da legalidade supunham a redução do direito à lei, com a exclusão – ou ao menos a submissão à lei – de todas as demais fontes do direito. Tem-se aí, portanto, a soberania legislativa, em que a lei se configura como expressão da centralização do poder político.

Bem percebe Zagrebelsky³⁰ que a concepção jurídica própria do Estado de Direito é o positivismo jurídico, enquanto ciência da legislação positiva. Daí resulta a concentração da produção jurídica em uma só instância constitucional: a instância legislativa. Com isso, supõe-se a redução de tudo que pertence ao mundo do direito ao disposto na lei. Tal simplificação conduz à concepção da atividade dos juristas como um mero serviço à lei, através da pura e simples busca da vontade do legislador.

Contudo, o atual estágio constitucional não mais reflete o Estado de Direito legicêntrico, passando-se do Estado de Direito para o Estado Constitucional³¹. O neoconstitucionalismo corresponde justamente ao constitucionalismo contemporâneo que, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, reconhece a supremacia material e axiológica da constituição³², cujo conteúdo é dotado de

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999, p. 24-25.

³⁰ Ibidem, p. 33.

³¹ Sobre a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, confira-se: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999, p. 21-41.

³² É certo que o neoconstitucionalismo não se limita ao reconhecimento da superioridade normativa da constituição, tendo em vista que o controle de constitucionalidade já existia bem antes de qualquer ideia advinda com o movimento neoconstitucionalista. Apesar disso, não se pode negar que, com o neoconstitucionalismo, a submissão da lei à Constituição foi ampliada, reconhecendo-se a

força normativa que condiciona a compreensão de todo o Direito.

A partir daí, tem-se uma série de modificações da concepção de direito, entre as quais podem ser citadas a expansão da aplicabilidade das normas constitucionais, a nova hermenêutica constitucional, o reconhecimento da normatividade dos princípios, a ampliação da jurisdição constitucional, a prevalência de uma teoria jurídica substancial fundada nos direitos fundamentais e, em especial, na dignidade da pessoa humana.

Tal movimento neoconstitucionalista teve origem na Europa ocidental, a partir da segunda metade do século XX, sendo esse marco histórico correspondente ao segundo pós-guerra, contexto em que a constatação de que a legalidade estrita poderia ser utilizada para justificar atrocidades levou a uma reflexão crítica sobre o positivismo jurídico clássico.

Esse contexto histórico é bem delineado por Daniel Sarmento³³, que explica a mudança na cultura jurídica essencialmente legicêntrica depois da Segunda Guerra, na Alemanha e Itália, e, posteriormente, na Espanha e em Portugal. A partir da percepção de que a maioria política poderia levar à barbárie, tal como vivenciado no nazismo alemão, as novas constituições passaram a fortalecer a jurisdição constitucional e a instituir mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador.

No Brasil, tal mudança paradigmática somente foi vista após a Constituição de 1988, pois “na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas”³⁴. Neste sentido, Barroso explica o marco histórico do neoconstitucionalismo no Brasil, afirmando que “no caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da

supremacia constitucional não apenas no aspecto formal, mas sobretudo no âmbito material. Além disso, o neoconstitucionalismo representa uma transformação mais ampla na teoria jurídica, que abrange a superioridade normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional, a nova hermenêutica constitucional, a renovação da teoria dos princípios, além da consagração dos direitos fundamentais como ponto central do direito.

³³ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 2. O autor complementa: “As constituições européias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições” (p. 2-3).

³⁴ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 6.

Constituição de 1988”³⁵.

Daí a expressão “neoconstitucionalismo”, para exprimir um novo pensamento constitucional que coloca a Constituição como norma jurídica suprema, centro do sistema jurídico, demonstrando que todas as modificações ocorridas na teoria jurídica têm como pressuposto a renovação do direito constitucional.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos³⁶ sintetiza que, do ponto de vista metodológico-formal, o neoconstitucionalismo se apoia em três premissas fundamentais: i) a normatividade da Constituição, que consiste no reconhecimento das disposições constitucionais como normas jurídicas, dotadas de imperatividade; ii) a superioridade da Constituição na ordem jurídica; iii) a centralidade da Constituição no sistema jurídico, que significa a compreensão e interpretação dos demais ramos do direito a partir das disposições constitucionais.

Tais características representam o processo histórico pelo qual a Constituição deixou de ser diploma político sem força normativa para se tornar a norma jurídica suprema.

Nessa perspectiva, André do Vale cita a expressão “Constituição invasora”, de Guastini, que representa “um processo de transformação do ordenamento jurídico, o qual resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais”³⁷. Na mesma linha, Eduardo Cambi afirma que “a Constituição, a partir da segunda metade do século XX, passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, iniciando um *novo método de compreensão do direito*”³⁸.

A partir dessa constitucionalização do direito, importante marca do neoconstitucionalismo, decorrem outras mudanças que compõem os pontos em comum da doutrina neoconstitucionalista: i) reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos e sua valorização no processo de aplicação do Direito; ii) rejeição ao formalismo e utilização de métodos mais abertos de raciocínio jurídico (ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc); iii) reaproximação entre o Direito

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista eletrônica sobre a reforma do estado*, Salvador, número 9, março/abril/maio de 2007, p.3.

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, n. 15 – jan./mar. 2007, p. 2.

³⁷ VALE, André Rufino do. Ob cit., p. 69.

³⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

e a Moral; iv) judicialização da política e das relações sociais.³⁹

O neoconstitucionalismo, portanto, colocou a Constituição no centro do ordenamento jurídico e, a partir disso, implementou notáveis mudanças nas bases da teoria jurídica, renovando o método de compreensão do direito.

Há, primeiramente, uma releitura dos princípios jurídicos, colocando-os como espécie de norma jurídica, em superação à teoria jurídica tradicional de que os princípios teriam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na aplicação do direito. Reconhece-se, desse modo, a força normativa dos princípios, que passam a ser considerados normas jurídicas ao lado das regras.⁴⁰

Em face da normatividade dos princípios, desenvolve-se uma renovada teoria da interpretação. Os princípios requerem um peculiar método interpretativo, pois não são aplicáveis segundo o método comum da subsunção, mas necessitam de ponderação ou balanceamento.⁴¹

Há, portanto, nas teorias neoconstitucionalistas, uma transformação da hermenêutica jurídica. Nesse aspecto, inclusive, delineou-se relevante distinção entre texto e norma, de modo que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”.⁴²

O neoconstitucionalismo rejeita, ademais, o formalismo que limita o raciocínio jurídico ao simples silogismo judicial. Como assevera Daniel Sarmento⁴³, na perspectiva neoconstitucionalista, a racionalidade não é apenas aquilo suscetível de comprovação experimental ou mediante dedução *more geometrico* de premissas gerais, mas também se mostra racional a argumentação empregada na resolução

³⁹ Tais pontos de convergência da teoria neoconstitucionalista encontram-se bem sintetizados por Daniel Sarmento (*O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Ob. cit.).

⁴⁰ A produção teórica sobre os princípios é bastante ampla. Fugiria às pretensões deste trabalho expor as inúmeras teorias que, reconhecendo o caráter normativo dos princípios, propõem critérios distintivos entre regras e princípios. O tema será mais aprofundado no item 2.6 deste trabalho (“A posição das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados no fenômeno normativo: sua relação com regras e princípios”). A título exemplificativo, citem-se as seguintes obras: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁴¹ POZZOLO, Susanna. Ob. cit., p. 340.

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ob. cit., p. 22.

⁴³ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 3-4.

das questões práticas que o direito tem de equacionar. Nessa linha, a ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, deixando de se identificar à lógica formal das ciências exatas.

As transformações acima, certamente, abriram caminho para a reaproximação do direito e da moral, rigidamente afastados no positivismo jurídico tradicional. Nesse aspecto, encontram-se as maiores divergências entre os teóricos do neoconstitucionalismo.

Os positivistas não aceitam uma necessária conexão entre direito e moral, apenas reconhecendo tal correlação quando os valores morais são positivados adquirindo força jurídica. Para esta corrente, então, admite-se a influência da moral sobre o direito, mas nega-se sua correlação obrigatória. Já os não-positivistas sustentam que direito e moral têm uma conexão necessária, de modo que normas terrivelmente injustas não têm validade jurídica, independentemente de sua positivação.⁴⁴

Nada obstante tal divergência interna nas teorias neoconstitucionalistas, o certo é que todas elas admitem, de certo modo, uma reaproximação entre direito e moral, na medida em que se verifica uma influência moral no direito positivo por meio da consagração de princípios e valores constitucionais bastante densos, garantidores de direitos fundamentais.

É que as normas de direitos fundamentais atuam como ponto de encontro entre direito e moral. Como bem ressalta André Rufino do Vale⁴⁵, as normas de direitos fundamentais constituem a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico. Assim, as normas de direitos fundamentais implicam a positivação das exigências éticas de dignidade, conferindo-lhe normatividade. Tais normas, portanto, conferem conteúdo moral ao ordenamento jurídico.⁴⁶

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 4-5.

⁴⁵ VALE, André Rufino do. Ob. cit., p. 70.

⁴⁶ No mesmo sentido reconhece Eduardo Cambi: "A previsão de direitos constitucionais impôs uma nova relação entre o direito e a moral. Os princípios e valores, contidos na Constituição (especialmente a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a liberdade e a igualdade), abriram uma via de penetração moral no direito positivo. Isto é possível quando se considera os direitos fundamentais como sendo princípios. Logo, direitos fundamentais, concebidos como princípios, são válidos enquanto corresponderem às exigências morais sentidas em um período específico, não podendo ser meramente abolidos (são cláusulas pétreas, conforme o art. 60, §4º, IV, da CF/1988)" (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e*

Dessa forma, a consagração e expansão dos direitos fundamentais nas constituições significa a absorção de valores morais pelo direito, os quais, de um modo ou de outro, têm juridicidade e, por isso, devem ser concretizados.

Considera-se, ademais, ponto fundamental do neoconstitucionalismo a judicialização da política e das relações sociais, que corresponde a um protagonismo judiciário na solução das mais relevantes questões da sociedade.

Neste sentido, Susanna Pozzolo⁴⁷ aponta a interpretação criativa da jurisprudência, pois o juiz se encarrega da contínua adequação da legislação às prescrições constitucionais. Se antes o juiz interpretava e aplicava o direito independentemente da valoração do caso concreto, agora o juiz deve interpretar o direito à luz das exigências de justiça do caso concreto. Assim, o juiz passa a se configurar como elemento fundamental racionalizador do sistema jurídico.

A partir das características acima⁴⁸, demonstra-se que o neoconstitucionalismo trouxe um conjunto de transformações na própria teoria do direito.

Embora não se possa negar a importância dessas modificações, pode-se dizer que parcela da doutrina supervalorizou as reformulações advindas com as teorias neoconstitucionalistas. É o que se percebe, por exemplo, na lição de Luis Prieto Sanchís⁴⁹, que atribui ao neoconstitucionalismo as seguintes características: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipotência da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes; a onipotência judicial no lugar da autonomia do legislador ordinário.

Como se vê, alguns juristas, então, passaram a defender a prevalência dos princípios em detrimento das regras, o domínio da ponderação sobre a subsunção, a proeminência do Judiciário em relação ao Legislativo.

Tais características, porém, não se mostram adequadas, pois supervalorizam

protagonismo judiciário. Ob. cit., p. 135).

⁴⁷ POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, p. 341-342.

⁴⁸ Bem observa Humberto Ávila que as modificações advindas do neoconstitucionalismo, acima examinadas, não são avulsas, mas, ao contrário, guardam uma relação de encadeamento e interdependência: “As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras” (*‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’*. Ob cit., p. 2).

⁴⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *El Neoconstitucionalismo y sus implicaciones*, p. 117.

determinados aspectos em detrimento de outros igualmente relevantes. Não se pode falar em prevalência de princípios sobre regras, porquanto ambos são espécies normativas de igual importância, mas que se aplicam de maneiras distintas. Também não existe prevalência da ponderação em face da subsunção, eis que ambas as técnicas se mostram relevantes para aplicação das diferentes espécies normativas. Igualmente não se pode colocar o Judiciário acima do Legislativo, pois ambos exercem funções estatais com idêntico grau de importância.

Nessa perspectiva, Humberto Ávila⁵⁰, com muita propriedade, apresenta críticas consistentes a essa concepção mais exagerada dos fundamentos neoconstitucionalistas. Quanto ao fundamento normativo (da regra ao princípio), o jurista sustenta, com razão, que princípios e regras são normas com funções diferentes e complementares, inexistindo primazia de uma norma sobre outra.

Com efeito, o reconhecimento da normatividade dos princípios não pode significar uma prevalência desta espécie normativa sobre as regras. Ambas são normas jurídicas igualmente importantes, que atuam de modo complementar para equilibrar o sistema jurídico. Um ordenamento jurídico fundado somente em regras seria excessivamente rígido, incapaz de apresentar soluções justas e acompanhar a evolução da realidade social. Por outro lado, um sistema jurídico fundado apenas em princípios geraria extrema insegurança e incerteza do direito.

Assim, não se pode negar a importância das regras, que têm papel fundamental na sociedade atual, complexa e plural, ao estabilizar as relações e diminuir as incertezas e arbitrariedades. Mostra-se inadequado falar-se, portanto, em uma suposta “superação do sistema de regras”.

Aliás, adverte Ávila⁵¹ que a Constituição brasileira de 1988 não pode ser considerada principiológica, mas, ao contrário, caso se lhe estabeleça um rótulo, a Constituição deve ser tida por regulatória, contendo mais regras que princípios.

No que se refere ao fundamento metodológico (da subsunção à ponderação), Humberto Ávila⁵² pontua que a ponderação não pode ser aceita como critério geral de aplicação do direito, pois o seu uso indiscriminado conduz a um subjetivismo que elimina a função das regras e deprecia o papel democrático do Poder Legislativo.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’*. Ob. cit.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’*. Ob. cit., p. 3-4.

⁵² Ibidem, p. 7-12.

Em relação ao fundamento axiológico (da justiça geral à justiça particular), Ávila⁵³ destaca que tal concepção despreza a importância dos mecanismos de justiça geral numa sociedade complexa e pluralista. Explica o autor que, numa tal sociedade, ainda que os cidadãos concordem abstratamente sobre os valores fundamentais a serem protegidos, dificilmente permanece tal concordância quanto à solução específica para um conflito concreto entre tais valores. Daí a necessidade de regras que desempenham as relevantes funções de estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente de sua inexistência ou desconsideração. Desse modo, as regras “servem de instrumento de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade das decisões que ajudam a produzir”⁵⁴.

Finalmente, Humberto Ávila⁵⁵, no que concerne ao fundamento organizacional (do Poder Legislativo ao Poder Judiciário), sustenta que o Judiciário não pode assumir uma posição de prevalência em face dos demais poderes.

É inegável o relevante papel do Judiciário na concretização da Constituição e dos direitos fundamentais, mas tal importância não significa uma supremacia judicial, sob pena de se constituir uma ditadura de toga.

As críticas formuladas são indispensáveis para eliminar os exageros na recepção das proposições neoconstitucionalistas. Assim, esta perspectiva crítica se revela essencial para que sejam apreendidas adequadamente as premissas trazidas com o neoconstitucionalismo.

Daí se vê a necessidade de se chegar a um ponto de equilíbrio, que não deixe o processo de aplicação do direito excessivamente fechado, impossibilitando a evolução do direito, assim como não o torne demasiadamente aberto, em que imperaria a insegurança jurídica.⁵⁶

As críticas acima, então, não devem ser compreendidas para desvirtuar as transformações efetivamente advindas com o neoconstitucionalismo, mas servem para alertar sobre os eventuais exageros na compreensão dessas alterações na

⁵³ ÁVILA, Humberto. *'Neoconstitucionalismo': entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'*. Ob. cit., 12-15.

⁵⁴ Ibidem, p. 15.

⁵⁵ Ibidem, p. 16-17.

⁵⁶ Nessa linha defende Daniel Sarmiento, ao apontar para necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio (SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Ob. cit., p. 15).

teoria jurídica.

Portanto, embora seja necessário inibir certos exageros na defesa das transformações advindas com o neoconstitucionalismo, não se pode negar que efetivamente ocorreu uma renovação na teoria jurídica contemporânea. Atualmente, o jurista não pode desprezar, entre outros aspectos, a supremacia constitucional, a força normativa dos princípios ao lado das regras, a distinção entre texto e norma, a reaproximação entre direito e moral através dos direitos fundamentais e o papel criativo do Judiciário na realização e concretização do direito.

1.3 O direito processual no estágio atual da teoria jurídica: neoprocessualismo

As transformações ocorridas na teoria jurídica a partir da segunda metade do século XX, embora não sejam imunes a críticas, alteraram profundamente o método de compreensão do direito.

O direito processual, por seu turno, não foi excluído dessas transformações. Ao contrário, por ser “o ramo do direito mais próximo do mundo da vida”⁵⁷, o direito processual sofreu nítida renovação com o advento do neoconstitucionalismo, devendo seu estudo se basear nas modificações alcançadas pelo pensamento jurídico contemporâneo.

Costuma-se dividir a evolução histórica do direito processual em três fases. A primeira delas é chamada de praxismo, sincretismo ou, ainda, fase imanentista. Essa primeira fase antecede o reconhecimento da autonomia do direito processual, que seria um direito adjetivo, mero apêndice do direito material, o qual constituiria o direito substantivo. No praxismo, estudava-se o processo sem pretensões científicas, examinando-o apenas em seus aspectos práticos, pois a ação seria o direito material depois de violado.

A segunda fase é denominada de autonomista ou fase científica, em que o direito processual foi marcado por importantes construções na ciência processual, desenvolvendo-se as teorias essenciais para a afirmação da autonomia científica deste ramo jurídico. Consagrou-se, nessa fase, a autonomia do direito de ação em relação ao direito material.

⁵⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Ob. cit., p. 1.

A terceira fase corresponde ao instrumentalismo, marcado pelo reconhecimento de que o processo não é um fim em si mesmo, mas atua como instrumento de realização do direito material e, sobretudo, de realização da justiça. Nessa fase, reconhece-se que o sentido do processo está em concretizar e realizar o direito material.

O direito processual passa a ser visto, agora, a partir de todas as modificações trazidas pelo neoconstitucionalismo. Daí se falar no neoprocessualismo⁵⁸, termo que designa uma nova fase do direito processual, caracterizada pela releitura deste ramo jurídico a partir das premissas da teoria jurídica atual: constitucionalização do direito; reconhecimento da força normativa dos princípios, com sua valorização na aplicação do Direito; rejeição ao formalismo e renovação da hermenêutica jurídica; reaproximação entre o Direito e a Moral; judicialização da política e das relações sociais, marcada pela valorização da função jurisdicional.

A adoção de uma nova fase do direito processual, todavia, não elimina as conquistas alcançadas com as fases anteriores, de modo que a compreensão atual do processo não desconsidera, mas, ao contrário, reafirma sua autonomia científica e a instrumentalidade que lhe é inerente.

Importante obra que deixa patente essa releitura do processo civil sob um novo enfoque é a “Teoria geral do processo”, de Luiz Guilherme Marinoni⁵⁹, na qual o autor se propõe a reexaminar as categorias fundamentais da ciência processual – jurisdição, ação, defesa e processo – na perspectiva do Estado Constitucional.

O fenômeno da constitucionalização do direito processual pode ser visto, inicialmente, em duas dimensões. A primeira delas se refere à consagração de normas processuais nos textos constitucionais, inclusive como direitos fundamentais. A segunda dimensão corresponde à compreensão da legislação processual de

⁵⁸ O mesmo problema terminológico da expressão “neoconstitucionalismo” é transferido para a terminologia “neoprocessualismo”. Assim, não se nega a imprecisão do termo “neoprocessualismo”, que diz pouco ao significar apenas um novo processualismo. A expressão, porém, tem valor por remeter imediatamente ao neoconstitucionalismo, trazendo todas aquelas transformações da teoria jurídica para o âmbito do processo. Já há importante doutrina que adota a expressão, a exemplo de Fredie Didier Jr. (Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Vol. 2. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2010) e Eduardo Cambi (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Ob. cit.).

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

acordo com as disposições constitucionais. Nesse contexto, “intensifica-se cada vez mais o diálogo entre processualistas e constitucionalistas, com avanços recíprocos”⁶⁰.

Assim, o direito processual se permeia de princípios constitucionais – tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, entre outros – os quais correspondem a direitos fundamentais processuais.

Observa-se, então, que processo e direitos fundamentais estão intimamente relacionados, tendo em vista que, de um lado, o processo deve ser apto a tutelar os direitos fundamentais e, de outro, o processo em si mesmo deve ser estruturado e desenvolvido em conformidade com os direitos fundamentais. Isso porque os direitos fundamentais são direitos subjetivos e, também, valores que orientam toda a aplicação do direito.⁶¹

Na atual perspectiva do direito processual, portanto, o processo deve ser compreendido a partir da Constituição Federal. Isso significa que o plano constitucional delimita o modo de ser do processo.

Nessa linha, é possível falar no “modelo constitucional do direito processual civil”, na medida em que “é a Constituição Federal o ponto de partida de qualquer reflexão do direito processual civil (penal e trabalhista)”⁶². Assim é que o processo se vincula, tanto o seu plano técnico como o teleológico, ao modelo que a Constituição reserva para ele.⁶³

Desse modo, o processo deve ser compreendido e estruturado à vista das disposições constitucionais. Nesse aspecto, reveste-se de importância a atual perspectiva do acesso à justiça, extraída do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF). O acesso à justiça, atualmente, deve ser concebido como o direito de se obter uma tutela jurisdicional efetiva, capaz de concretizar direitos, fornecendo à parte lesada ou ameaçada de lesão a proteção jurídica que ela merece. Nesse contexto, o “neoprocessualismo procura construir técnicas

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 33.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. *Ibidem*, p. 40-41. Nessa linha também defende Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar das perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Ob. cit., p. 73-74).

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 84.

⁶³ *Ibidem*, p. 85.

processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional”⁶⁴.

Na atual fase do direito processual, então, propõe-se uma releitura das categorias fundamentais do processo na perspectiva das transformações ocorridas na teoria jurídica.

Destaca-se, nesse ponto, uma nova compreensão da própria atividade jurisdicional. Como se sabe, a jurisdição constitui um dos pilares do direito processual e corresponde a um dos conceitos fundamentais da ciência processual, compondo o que autorizada doutrina denomina de trilogia estrutural do processo⁶⁵.

Embora este não seja o espaço adequado para se discutir uma reformulação do conceito de jurisdição, o que se pretende realçar neste trabalho é que a concepção atual de jurisdição não mais compreende a atividade jurisdicional como uma atuação mecânica de enquadramento do fato à norma.

Nesse sentido, conforme leciona Ovídio Baptista da Silva⁶⁶, as críticas mais sérias feitas às concepções clássicas de jurisdição⁶⁷ se referem ao seu pressuposto doutrinário de que o ordenamento jurídico estatal seria, para o juiz, um dado prévio, como algo completa e definitivamente posto pelo legislador, restando ao juiz uma tarefa de enquadramento mecânico da lei ao caso concreto.⁶⁸

Tal concepção clássica⁶⁹ deve ser relida a partir da percepção de que o texto normativo não é sinônimo de norma jurídica. Texto e norma não se confundem,

⁶⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Ob. cit., p. 116.

⁶⁵ A expressão é de J. Ramiro Podetti (Teoria y tecnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil. Buenos Aires: Ediar, 1963). Aliás, tamanha é a relevância da jurisdição na teoria geral do processo que há quem sugira que o direito processual seja denominado direito jurisdicional, sob o argumento de ser a jurisdição o instituto central deste ramo jurídico (AROCA, Juan Montero. Del derecho procesal al derecho jurisdicional. *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº 2, 1984, p. 311-348).

⁶⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

⁶⁷ Esta crítica de Ovídio Baptista da Silva se dirige à concepção de jurisdição formulada por Chiovenda.

⁶⁸ Sobre a influência do Estado Liberal e do positivismo jurídico sobre os conceitos clássicos de jurisdição, confira-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Ob. cit., p. 25-41.

⁶⁹ Refere-se aqui à concepção de Chiovenda que compreende a jurisdição como atuação da vontade contra da lei, conforme a conceituação de que a jurisdição é “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 3).

sendo esta o resultado da interpretação daquele.⁷⁰

Com base nessa premissa, compreende-se que a atividade jurisdicional não pode ser concebida como uma atuação mecânica de enquadramento do fato à norma, tendo em vista que, antes de qualquer encaixe conceitual, é indispensável proceder à interpretação⁷¹ do conjunto de textos normativos aplicáveis ao caso.

A interpretação dos textos normativos envolve, também, a sua leitura sob o enfoque dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Como defende Marinoni, “não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais”⁷².

Tem-se aí uma conformação da lei ou da legislação à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, os quais, segundo elenca Marinoni⁷³, constituem ferramentas para: i) a interpretação de acordo com a Constituição; ii) a não aplicação da lei inconstitucional mediante a declaração de sua inconstitucionalidade; iii) um amoldamento do conteúdo da lei, tornando-a conforme a Constituição (interpretação conforme); iv) o afastamento das interpretações inconstitucionais do texto normativo (declaração parcial de nulidade sem redução de texto); v) a produção da norma necessária à efetivação de um direito fundamental (controle da omissão inconstitucional); e vi) a proteção de um direito fundamental em face de outro (balanceamento).

No mesmo sentido assinala Fredie Didier Jr, ao reconhecer que, no Estado Constitucional, o julgador assume uma postura mais ativa, pois a ele cabe “compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais”⁷⁴.

Com a interpretação e conformação constitucional da legislação, cria-se a norma jurídica que justifica a solução adotada para o caso sob julgamento. Trata-se

⁷⁰ A distinção entre texto normativo e norma jurídica se encontra melhor delineada no item 2.1 deste trabalho.

⁷¹ Adverte Cappelletti que “na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade” (CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit., p. 20).

⁷²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Ob. cit., p. 46

⁷³ Ibidem, p. 101.

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 93.

aqui da norma jurídica resultante da interpretação do texto normativo e de sua conformação com a norma constitucional.

Tal não se confunde com a norma individual contida no dispositivo da decisão, como defendido por Hans Kelsen e Francesco Carnelutti. Já dizia Kelsen⁷⁵ que o ato judicial significa a criação de uma norma individual, na medida em que, ao aplicar a norma geral, o tribunal simultaneamente cria a norma individual reguladora do caso. Por sua vez, o processualista Carnelutti⁷⁶, ao sustentar a jurisdição como a justa composição da lide, defende que a sentença torna concreta a norma abstrata (lei), produzindo assim a norma individual que compõe a lide.

Não há que se confundir, portanto, a norma jurídica resultante da interpretação do texto normativo e da conformação constitucional com a norma individual contida na parte dispositiva da sentença.

Essa distinção se impõe porquanto o julgador, no exercício da função jurisdicional, identifica os textos normativos aplicáveis ao caso e os interpreta. Tal processo interpretativo, aliado à conformação constitucional, resulta na norma jurídica fundamenta a decisão, posta no dispositivo do pronunciamento judicial. Nesta parte dispositiva, por sua vez, encontra-se a norma individual, ou norma jurídica individualizada, que corresponde à solução jurídica que regula o caso concreto.

Acrescente-se aí o controle de convencionalidade, tendo em vista que, além da verificação da compatibilidade das leis com a Constituição, o julgador analisa sua conformidade com as convenções e tratados internacionais. Na verdade, caso estes diplomas normativos versem sobre direitos humanos e sejam submetidos ao procedimento do art. 5º, § 3º, da CF, eles adquirem *status* constitucional, ensejando verdadeiro controle de constitucionalidade. Já os tratados e convenções internacionais não submetidos àquele procedimento podem ter *status* supralegal⁷⁷, caso versem sobre direitos humanos, hipótese em que se procede ao exame da conformidade das leis com aqueles diplomas internacionais. Emblemático exemplo

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Ob. cit., p. 195-196.

⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 61-62.

⁷⁷ Nesse sentido decidiu o STF no conhecido julgamento do RE 466.343/SP (Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

de controle de convencionalidade foi a decisão do STF que considerou ilícita a prisão de depositário infiel, com base na vedação contida na Convenção Americana de Direitos Humanos, a partir do reconhecimento da supralegalidade deste diploma normativo⁷⁸.

Fala-se, então, na jurisdição como atividade criativa⁷⁹ no sentido de compreendê-la como atividade de construção da norma jurídica fundamentadora da decisão, a partir de um processo interpretativo e de conformação constitucional, e também como função de criação da norma individual – contida na parte dispositiva da decisão – que regula o caso concreto.

Diretamente atrelada à criatividade da jurisdição, vislumbra-se uma crescente valorização dos precedentes judiciais⁸⁰. Isso porque, se o Judiciário assume um papel criativo do direito, é certo que o resultado dessa criação – o precedente judicial – conquista espaço no sistema jurídico.

Com efeito, é notória a recente onda de reformas, tanto no plano constitucional como legal, que impõe uma valorização dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro.

Cite-se, nesse sentido, a EC nº 45/2004, que trouxe as seguintes inovações: a) extensão do efeito vinculante das decisões de mérito do STF para as ações diretas de inconstitucionalidade, além das ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF); b) súmula vinculante (art. 103-A, CF); c) repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, CF).

No âmbito infraconstitucional, podem ser citadas, exemplificativamente, as seguintes alterações legislativas: a) o art. 285-A, do CPC, que instituiu a hipótese de improcedência liminar do pedido; b) o art. 518, § 1º, do CPC, relativo à súmula impeditiva de apelação; c) os arts. 543-A e 543-B, do CPC, regulamentadores do pressuposto da repercussão geral para cabimento do recurso extraordinário; d) o art.

⁷⁸ Tal entendimento foi posto no Enunciado 25 da Súmula Vinculante do STF, com o seguinte teor: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

⁷⁹ A jurisdição como atividade criativa é colocada como um dos elementos do conceito de jurisdição proposto por Fredie Didier Jr. e seguido neste trabalho: “A jurisdição é função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 89).

⁸⁰ O tema precedente judicial encontra-se melhor desenvolvido no Capítulo V deste trabalho, para o qual remete-se o leitor.

543-C, do CPC, acerca do julgamento por amostragem de recursos especiais repetitivos; e) o art. 557 do CPC, pelo qual se aumentaram os poderes do relator.

Diante dessas reformas legislativas, depreende-se a crescente valorização dos precedentes judiciais, notadamente daqueles oriundos dos Tribunais Superiores, o que também pode ser apontado como característica da atual fase do direito processual.

É que, a partir do momento em que se percebe o caráter criativo da jurisdição, deve-se reconhecer, na mesma medida, a necessidade de meios que proporcionem uma maior objetivação do direito, a fim de se alcançarem segurança jurídica e isonomia.⁸¹

Nesse aspecto, Eduardo Cambi⁸² elenca, entre as características da atual fase do direito processual, a uniformização jurisprudencial do direito e a vinculação do juiz aos precedentes, que assumem importância como fonte do direito.

A partir das considerações acima, deve-se deixar assente que o direito processual foi profundamente influenciado pelas recentes transformações no modo de conceber o direito. O processualista contemporâneo, nesse contexto, não pode negar a indissociável relação do processo com a Constituição e, em especial, com os direitos fundamentais.

Também não mais se concebe a jurisdição como função meramente aplicadora do direito preexistente, pronto e acabado, mas deve ser reconhecido o seu caráter criativo, concretizador do direito, mediante a reconstrução da norma jurídica que não se confunde com o texto normativo.

Por fim, igualmente não mais se pode menosprezar a importância do precedente judicial como fonte do direito, pelo qual se alcança maior objetivação do direito a fim de promover segurança jurídica e isonomia.

⁸¹ Nessa perspectiva, Eduardo Cambi expõe: “A razão fundamental para seguir um precedente decorre do princípio da universalidade, ou seja, a exigência, imposta pela justiça como qualidade formal, de se tratar casos iguais de modo semelhante”. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Ob. cit., p. 150-151).

⁸² Ibidem, p. 147-171.

CAPÍTULO II – TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS: OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E AS CLÁUSULAS GERAIS

2.1 A distinção entre texto e norma

O caráter criativo da jurisdição torna-se bastante evidente diante da constatação de que o processo decisório, no mais das vezes, não se resume ao simples enquadramento mecanicista do texto normativo ao caso concreto, pois a norma jurídica não se confunde com tal texto normativo.

A distinção entre texto e norma constitui, portanto, uma das principais consequências da atual compreensão da teoria jurídica, que não mais concebe a decisão judicial como simples resultado de um silogismo mecânico de aplicação da lei.

Para o desenvolvimento dessa diferenciação, importante contribuição foi dada por Riccardo Guastini⁸³, que propõe a distinção entre disposição e norma. Para o autor, a disposição corresponde ao enunciado que faça parte de um documento normativo, ao passo que a norma se refere ao enunciado que constitua sentido ou significado atribuído a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições)⁸⁴.

Portanto, a disposição é um texto ainda por ser interpretado, tratando-se do objeto da interpretação. A norma é um texto interpretado, ou seja, consiste no produto (resultado) da interpretação.

Seguindo tal diferenciação entre texto e norma, Eros Grau⁸⁵ explica que o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador, pois sua “completude” somente é alcançada quando o sentido por ele expressado é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Mas esse sentido já é algo novo, distinto do texto. Trata-se da norma.

⁸³ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25-28.

⁸⁴ Guastini conceitua enunciado como qualquer expressão linguística sob forma acabada. Daí por que, para aquele autor, a disposição e a norma são entidades homogêneas, pois ambas constituem enunciados.

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82-83.

Para Eros Grau, a interpretação “é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo”⁸⁶. Daí por que, segundo Grau, a interpretação⁸⁷ é a atividade que transforma textos em normas, de modo que estas resultam daquela. Diante disso, reitera-se que “texto e norma não se identificam: o texto é o sinal linguístico; a norma é o que se revela”⁸⁸.

Humberto Ávila, nessa linha, explica que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”⁸⁹.

A norma jurídica, portanto, é o resultado da interpretação do texto normativo, com o qual não se confunde. O texto é o conjunto de termos ordenados contidos na disposição (artigo, parágrafo, alínea, inciso).

O texto é dado preexistente, pois está estaticamente presente na lei. A norma é dinâmica, sendo construída/produzida⁹⁰ pelo jurista a partir da interpretação do texto normativo diante do caso concreto.

Uma vez compreendida tal distinção, avança-se no sentido de que não há correspondência bi-unívoca entre disposições e normas⁹¹. É o que explica Humberto Ávila ao afirmar que “não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”⁹².

Afirma-se, com isso, que é possível haver disposições sem normas, normas sem disposições ou mais de uma norma obtida a partir de uma única disposição.

⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. Ob. cit., p. 83. Perceba-se que Eros Grau, diferentemente de Guastini, compreende texto e enunciado como sinônimos.

⁸⁷ Sobre a interpretação, Eros Grau complementa: “A interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida” (Ibidem, p. 83).

⁸⁸ Ibidem, p. 84.

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

⁹⁰ Concorde-se com Eros Grau no sentido de que o intérprete não cria literalmente a norma. Prefere-se falar que o intérprete produz ou reproduz a norma, pois esta existe parcial e potencialmente no texto (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Ob. cit., p. 86-89).

⁹¹ GUASTINI, Riccardo. Ob. cit., p. 34.

⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ob. cit., p. 22.

Há disposição sem norma, por exemplo, no texto constitucional contido no preâmbulo que prevê a “proteção de Deus”, do qual não se pode construir norma alguma.⁹³

Por sua vez, existe norma sem disposição quando se trata de uma norma implícita ou não-expressa, ou seja, aquela que não se extrai de uma disposição específica, mas deriva do ordenamento jurídico em seu conjunto.⁹⁴

Como exemplo de norma sem disposição, Ávila⁹⁵ cita o princípio da segurança jurídica, que não encontraria nenhuma disposição específica correspondente. Porém, tal exemplo não parece adequado. É que o princípio da segurança jurídica encontra-se previsto no *caput* do art. 5º da Constituição⁹⁶, além de ser expressamente consagrado no art. 2º da Lei 9.784 de 1999, que disciplina o processo administrativo federal.

Aponta-se como exemplo de norma sem dispositivo correspondente o princípio do duplo grau de jurisdição. Não se encontra, no ordenamento jurídico brasileiro, texto normativo específico que preveja tal princípio. Assim, o duplo grau de jurisdição decorre do conjunto de textos normativos presentes no ordenamento jurídico⁹⁷.

Há situações, por outro lado, nas quais várias normas podem ser extraídas/construídas⁹⁸ a partir da mesma disposição. Exemplo disso se refere à

⁹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ob. cit., p.22. Registre-se a controvérsia existente sobre a normatividade do preâmbulo da Constituição, havendo a posição defensora da sua eficácia normativa e, por outro lado, o entendimento pela ausência de força normativa. Segue-se aqui a posição adotada pelo STF no sentido de que o preâmbulo da Constituição não tem força normativa, pois se situa no campo da política e reflete a posição ideológica do constituinte (ADI 2076, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218).

⁹⁴ GUASTINI, Riccardo. Ob. cit., p. 41.

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ob. cit., p. 22.

⁹⁶ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. Vislumbrando a consagração do princípio da segurança jurídica no *caput* do art. 5º, confira-se: Dirley da Cunha Júnior (*Curso de direito constitucional*. Ob. cit., p. 567).

⁹⁷ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que o duplo grau de jurisdição não está expressamente *garantido* no texto constitucional, não chegando a ser uma garantia constitucional, mas sim um princípio albergado pela Constituição Federal em razão da organização hierarquizada do Poder Judiciário, pela qual se prevê a existência de diversos tribunais cuja função preponderante é o reexame de decisões proferidas pelos juízos inferiores (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ob. cit., p. 24-25).

⁹⁸ Há quem critique a utilização da expressão “extração” da norma a partir do texto, pois tal termo indicaria indevidamente que a norma estaria contida, de forma pronta e definitiva, no texto normativo,

disposição constante do art. 5º, XXXV, da CF, da qual pode ser construído o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a vedação ao *non liquet*, o princípio do acesso à justiça e, ainda, o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Outro exemplo de disposição a partir da qual se constrói mais de uma norma é o art. 1º, *caput*, da CF, a partir do qual se extraem o princípio republicano, o princípio federativo, a indissolubilidade do pacto federativo, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático.

Em suma, o texto normativo constitui apenas o objeto da interpretação, cujo resultado conduz à construção da norma jurídica. Não é possível, portanto, confundir os dois conceitos.

Compreende-se, a partir desta diferenciação, que a interpretação não se limita a descrever o significado dos termos contidos no texto normativo, mas a atividade do jurista consiste em constituir o sentido. Isso porque a linguagem não é algo pré-dado, mas se concretiza no uso.⁹⁹

O sentido não está estaticamente presente nas palavras do texto normativo, pois ocorrem modificações dos termos no tempo e no espaço, tal como se verifica na mutação constitucional. Como se sabe, esse fenômeno consiste no processo de modificação informal da Constituição, pelo qual se altera o sentido da norma constitucional sem alteração do seu texto.

Nessa linha, Gilmar Mendes pontua que as mutações constitucionais são “alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”¹⁰⁰.

sendo preferível falar em “construção”. Não se concorda com tal crítica terminológica. Nos casos em que o processo interpretativo é menos complexo, parece adequado falar em extração da norma a partir do texto. Confira-se, nesse ponto, os exemplos citados no tópico seguinte deste trabalho (item 2.2), referentes aos textos normativos fechados, nos quais a interpretação é menos complexa. Por outro lado, a utilização da expressão “construção” da norma revela uma atuação interpretativa mais intensa do aplicador. Há, pois, uma diferença de intensidade entre as expressões, o que se mostra adequado face à variação de complexidade do processo interpretativo, razão pela qual ambos os termos podem ser utilizados e estão em consonância com a premissa aqui adotada de distinção entre texto e norma.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ob. cit., p. 23-24.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129.

Daí se percebe que o sentido do texto normativo não é imutável, mas, ao contrário, pode ser alterado diante da nova realidade social, econômica e normativa que se apresenta ao jurista.

Ainda sobre a relação entre texto normativo e norma jurídica, merece ser mencionada a interessante formulação de Eduardo José da Fonseca Costa¹⁰¹, segundo a qual a comparação entre o sentido meramente frásico do texto com o sentido contextualizado da norma pode acarretar as seguintes situações: i) dessimetria por hipotrofia estrutural do texto; ii) dessimetria por hipertrofia estrutural do texto; iii) dessimetria funcional.

A dessimetria por hipotrofia estrutural do texto se configura quando a norma possui elementos não textuais, pois apresenta mais elementos do que os descritos literalmente no texto. Ou seja, o texto “diz menos” que a norma. É o caso, por exemplo, do prequestionamento exigido como pressuposto recursal, sendo norma sem previsão no texto normativo.

A dessimetria por hipertrofia estrutural do texto se revela quando a norma não traz alguns elementos textuais, de modo que tais elementos constantes do texto não são reproduzidos na norma. Ou seja, o texto “diz mais” que a norma. Exemplo disso corresponde ao caso em que se concede a tutela antecipada mitigando-se um dos pressupostos legais, como comumente se verifica com o §2º do art. 273 do CPC.

A dessimetria funcional se verifica quando o inter-relacionamento dos elementos normativos não corresponde à descrição efetuada pelo texto. Tal modalidade é vislumbrada por Eduardo Costa quando identifica, com base em um estudo pragmático, que a concessão das medidas liminares na prática dos tribunais não obedece à descrição legal de que os seus pressupostos são cumulativos e autônomos, sendo, na realidade, inter-relacionados de modo que a urgência em demasia “compensa” a falta de evidência, e vice-versa.

Dessa forma, percebe-se que o processo de aplicação e concretização do direito não se restringe a uma atividade de enquadramento do caso concreto à hipótese do texto normativo, como se este correspondesse à norma jurídica.

¹⁰¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27-30.

Na atual perspectiva de compreensão do direito, a criatividade da função jurisdicional evidencia a complexidade do processo decisório, que não se resume à subsunção do fato à norma mediante simples raciocínio silogístico.¹⁰²

O processo decisório varia conforme o caso concreto e, sobretudo, em razão do texto normativo que se concretiza. É certo que existem enunciados normativos cuja aplicação exige menos esforço intelectual do jurista, mas esta circunstância não pode ser considerada absoluta e geral.

Ao contrário, a técnica legislativa atualmente em destaque reforça o caráter criativo da jurisdição e a diferenciação entre texto e norma. Dessa forma, surgem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados como tipos de textos normativos que conferem maior mobilidade e plasticidade ao sistema jurídico.¹⁰³

Estes textos normativos abertos evidenciam a insuficiência do silogismo subsuntivo, pois o processo de aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados exige, indubitavelmente, uma atuação mais intensa do intérprete na concretização da norma.

2.2 Textos normativos fechados e abertos

Esboçada a distinção entre texto e norma, cumpre registrar que os textos normativos podem ser fechados ou abertos.

Fechados são os textos normativos que se utilizam de termos determinados, esmiuçando ao máximo a hipótese legal, com a explicitação das condições e requisitos para incidência da consequência jurídica, sendo esta preestabelecida.

Nesse sentido, segundo Alexandre Gois Lima, os textos normativos fechados (ou casuísticos) se caracterizam “por antecedentes (ou hipóteses fáticas) dotados de

¹⁰² Nesse aspecto, oportuna a lição de Karl Larenz: “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” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150).

¹⁰³ No particular, valiosa a lição de Wieacker: “O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à boa fé, aos bons costumes, ao hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao caráter desproporcionado, etc. – em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de esperar” (WIEACKER, Franz. Ob. cit., p. 546)

termos determinados ou definidos, e, no outro eixo normativo, consequentes já previamente fixados ou eleitos pelo legislador”¹⁰⁴.

Tais textos normativos reduzem a complexidade da interpretação e diminuem a margem interpretativa do aplicador, sendo satisfatório o processo subsuntivo na aplicação do dispositivo.

Muitas vezes, os textos normativos fechados acarretam o que Marcelo Neves denomina de “mera observância cotidiana e simples aplicação burocrática e rotineira do direito”¹⁰⁵. O autor cita, como exemplo, o art. 40, § 1º, II, da CF, que estabelece a aposentadoria compulsória dos servidores públicos aos setenta anos de idade.

Tal exemplo ilustra a atribuição direta da norma a partir do texto normativo, de modo que “a reconstrução do dispositivo pelo enunciado interpretativo é apenas uma questão de reestruturação da forma gramatical da disposição”¹⁰⁶.

Outro exemplo de texto normativo fechado é o art. 5º do Código Civil, redigido nos seguintes termos: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”. Nessa disposição, a hipótese fática é precisamente delimitada (18 anos de idade), cuja ocorrência atrai a consequência legal descrita (cessação da menoridade).

No direito processual, exemplos nítidos de textos normativos fechados se referem às disposições legais que estabelecem prazos processuais. É o caso, por exemplo, do dispositivo que fixa o prazo de 15 dias para resposta do réu¹⁰⁷, pelo qual se estabelece de forma precisa e determinada a hipótese legal.

Interessante notar, contudo, que nem mesmo os textos normativos fechados afastam a possibilidade de interpretação. Basta citar, utilizando o mesmo exemplo do prazo para resposta do réu, a hipótese de litisconsortes passivos com diferentes procuradores, situação que exige a interpretação sistemática dos arts. 297 e 191¹⁰⁸ do CPC para se chegar à conclusão do prazo de 30 dias para contestar.

¹⁰⁴ VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. *As cláusulas gerais no sistema processual brasileiro e a efetividade da decisão judicial: uma análise sobre a aplicabilidade do §5º do art. 461 do CPC*. 2012. 153f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, UNICAP, Recife, 2012, p. 31

¹⁰⁵ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 78.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 92.

¹⁰⁷ Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

¹⁰⁸ Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

Exemplo semelhante se verifica quanto à Fazenda Pública, cujo prazo para resposta é de 60 dias por força do art. 188 do CPC¹⁰⁹. Percebe-se, pois, que a interpretação dos textos normativos é indispensável para a aplicação do direito, até mesmo nos textos fechados ou casuísticos. Inclusive, nesse exemplo do prazo para resposta da Fazenda Pública, além da interpretação sistemática dos arts. 188 e 297 do CPC para definição do prazo para resposta, faz-se necessário interpretar a extensão do termo “Fazenda Pública”, ou seja, é necessário definir os entes que se inserem naquele conceito.

Reforça-se, com isso, a distinção entre texto e norma, sendo esta o resultado da interpretação daquele. Por outro lado, verifica-se que, na aplicação dos textos fechados, a subsunção se mostra satisfatória na aplicação do direito¹¹⁰.

Já os textos abertos são aqueles que se utilizam de linguagem vaga e aberta, cuja vagueza semântica apresenta certo grau de indeterminabilidade que proporciona uma atividade interpretativa mais intensa na (re)construção da norma jurídica, a partir do texto normativo.

Apontam-se como espécies dos textos normativos abertos os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, examinados nos itens seguintes deste trabalho.

2.3 Conceitos jurídicos indeterminados

2.3.1. Origens da teoria do conceito jurídico indeterminado e seu desenvolvimento no direito administrativo

Costuma-se indicar o direito austríaco¹¹¹, no final do século XIX, como origem da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, no contexto em que se discutia se

¹⁰⁹ Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

¹¹⁰ É o que explica Humberto Ávila: “Nas prescrições normativas com formação rígida ou tipificação máxima, a aplicação – como entende a doutrina – resume-se a uma operação de subsunção, entendida como o ato de colocar em correspondência o conceito do fato com o conceito da norma, enquadrando fatos particulares em uma dada classe normativa” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito. Faculdade de direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Org. Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413).

¹¹¹ Sobre tal origem austríaca da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, Regina Helena Costa

tais conceitos, utilizados no direito administrativo, seriam suscetíveis de controle jurisdicional.

De um lado, Bernatzik sustentava que os conceitos abertos – a exemplo de interesse público – deveriam ser preenchidos pelos órgãos administrativos especializados, não se admitindo revisão da decisão no âmbito jurisdicional. Em sentido contrário, Tezner defendia um controle objetivo de todos os conceitos normativos – inclusive os abertos ou vagos – das leis de direito administrativo.¹¹²

O tema ganhou grande destaque na Alemanha. Em uma primeira formulação, a doutrina alemã considerou que os conceitos indeterminados implicariam uma margem de apreciação em favor da Administração, em razão do halo conceitual, ou seja, da zona de incerteza.¹¹³

Essa concepção, no entanto, passou a ser transformada na doutrina alemã, sobretudo a partir dos anos 50 do século passado. Desde então, os conceitos jurídicos indeterminados deixaram de ser considerados como expressão de discricionariedade, pois poderiam ser controlados pelo Poder Judiciário através da interpretação. Assim, tornou-se dominante a distinção entre interpretação e poder discricionário, de modo que aquilo que se considerava discricionariedade em outros sistemas, passou a ser visto como interpretação da Alemanha, sendo passível de controle pleno do Judiciário.¹¹⁴

Mais recentemente, porém, têm surgido doutrinadores alemães que questionam aquele entendimento dominante, passando a rejeitar a rígida distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa.¹¹⁵

expõe: “A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, apesar de ainda provocar debates, vem sendo discutida há um século. Os primeiros estudos sobre o seu conteúdo partiram de dois professores austríacos, Edmund Bernatzik e Friedrich Tezner, que publicaram seus trabalhos em 1886 e 1888, respectivamente, formulando opiniões contrárias sobre o assunto” (COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, São Paulo, 51 (145), jan./mar. 1989, p. 43).

¹¹² KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29.

¹¹³ COSTA, Regina Helena. Ob. cit., p. 43-44.

¹¹⁴ KRELL, Andreas J. Ob. cit., p. 30-34.

¹¹⁵ Ibidem, p. 35. Krell se pronuncia nos seguintes termos: “Nas últimas duas décadas, cresceu consideravelmente o número de autores germânicos que não aceitam mais a distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade; hoje, eles talvez já representem a maioria, apesar do Tribunal Federal Administrativo (BVerwG) e dos doutrinadores de peso que ainda mantêm a linha tradicional (com algumas ressalvas)” (Ibidem, p. 35).

Em relação ao restante da Europa Ocidental, Andreas Krell informa que “na grande maioria dos países europeus nunca se fez uma rígida distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados”¹¹⁶, de modo que, em países como Espanha, Itália, França e Grã-Bretanha, vislumbra-se um espaço discricionário referente aos conceitos indeterminados.

Tal discussão sobre a relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa ressoa na doutrina brasileira. A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁷ afirma que a discricionariedade administrativa pode decorrer do modo impreciso com que a lei haja descrito a hipótese da norma. Segundo o autor, a discricionariedade administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos (“segurança pública”, “moralidade pública” etc).

Nessa perspectiva, há quem aponte a utilização de conceitos jurídicos indeterminados como causa geradora de discricionariedade, conferindo ao administrador certa margem de liberdade para, à vista do caso concreto, adotar a solução que reputar conveniente e oportuna¹¹⁸.

Há, por outro lado, os que criticam a existência de discricionariedade administrativa como consequência da previsão de conceitos indeterminados. Assim entende José dos Santos Carvalho Filho¹¹⁹, que vislumbra uma indevida confusão entre tais institutos. Para o autor, realmente, tanto os conceitos jurídicos indeterminados como a discricionariedade administrativa expressam uma atividade não vinculada da Administração, já que a norma não impõe um padrão objetivo de atuação. Porém, Carvalho Filho aduz que, enquanto o conceito indeterminado se encontra no plano de previsão da norma (antecedente), pois os efeitos já se encontram legalmente previstos, a discricionariedade se situa na estatuição da

¹¹⁶ KRELL, Andreas J. Ob. cit., p. 31.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 18-20.

¹¹⁸ Nessa linha também se posiciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao assinalar que ato administrativo é discricionário quando a lei define o motivo utilizando conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, noções vagas, vocábulos plurissignificativos, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 222).

¹¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55-56.

norma (consequente), porque o legislador deixa ao administrador o poder de configurar os efeitos normativos. Com base nisso, conclui o autor que o processo de escolha na discricionariedade é mais amplo do que nos conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse impasse, relevante contribuição foi dada por Regina Helena Costa¹²⁰, Para esta autora, os conceitos jurídicos indeterminados nem sempre implicam discricionariedade, pois a utilização de tais conceitos pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração Pública, a depender o tipo de conceito indeterminado utilizado.

É que os conceitos indeterminados, conforme lição de Regina Helena Costa¹²¹, classificam-se em conceitos de experiência e conceitos de valor. Tratando-se de conceitos de experiência, o administrador torna preciso o conceito através do processo interpretativo, não lhe restando qualquer margem de escolha de seu significado. Situação diversa se verifica nos conceitos de valor, em relação aos quais é possível que, mesmo após a interpretação, reste campo nebuloso do conceito, cabendo ao administrador definir tal conceito por meio de sua interpretação subjetiva e, portanto, discricionária.

Com efeito, revela-se mais precisa a posição que rejeita a existência de discricionariedade administrativa como decorrência direta da adoção de conceitos jurídicos indeterminados.

Na verdade, a imprecisão semântica dos conceitos indeterminados não conduz necessariamente à discricionariedade administrativa. Esta equivale ao oferecimento de opções ao administrador público, que tem uma livre margem de apreciação para escolher, entre várias condutas juridicamente válidas, a que reputar mais conveniente e oportuna segundo critérios administrativos. Tal não ocorre com os conceitos indeterminados. Quanto a estes, caberá ao administrador sua interpretação, superando a imprecisão semântica através do processo interpretativo em consideração às circunstâncias concretamente apresentadas.¹²²

¹²⁰ COSTA, Regina Helena. Ob. cit., p. 47-48.

¹²¹ COSTA, Regina Helena. Ob. cit., p. 48. Tal classificação dos conceitos jurídicos indeterminados também é adotada por Judith Martins-Costa, que os divide em conceitos referentes a realidades fáticas (equivalentes aos conceitos de experiência) e conceitos concernentes a valores (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 325).

¹²² Compreendendo não haver discricionariedade decorrente dos conceitos jurídicos indeterminados, podem ser citados, entre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito*

A propósito, ao ressaltar a distinção entre discricionariedade e imprecisão semântica, Marcelo Neves¹²³ bem percebe que, para se definir se uma norma abre espaço à discricionariedade, faz-se necessário, inclusive, que seja superado eventual problema de imprecisão semântica, para que se determine se há ou não competência discricionária.

Sendo assim, delineadas breves considerações acerca das origens dos conceitos jurídicos indeterminados, sobretudo a partir das discussões travadas no âmbito do direito administrativo, pode-se avançar na análise do tema com o exame dos elementos que caracterizam os conceitos indeterminados, conforme se expõe no item seguinte.

2.3.2. Características dos conceitos jurídicos indeterminados

Expostas as discussões travadas no direito administrativo acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, constata-se que o principal elemento caracterizador destes se refere aos atributos da vagueza, fluidez e imprecisão semântica. Daí a afirmação de Engisch no sentido de que os conceitos indeterminados são aqueles “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”¹²⁴.

Nessa perspectiva, Teresa Wambier se propõe a definir os conceitos jurídicos indeterminados como “expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido, carece de contornos claros”¹²⁵, de modo que tais conceitos vagos “não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente identificáveis no mundo dos fatos”.

administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 325-327; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa. *Revista CEJ*, Brasília, n. 36, p. 30-38, jan./mar. 2007; TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível em www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em 22 nov. 2013.

¹²³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 14-15.

¹²⁴ ENGISCH, Karl. Ob. cit., p. 173.

¹²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. Ob. cit., p. 151.

Note-se que a vagueza semântica que caracteriza os conceitos jurídicos indeterminados não deve ser considerada um defeito da linguagem, mas, ao contrário, trata-se de função positiva de regulação futura. Nas palavras de Teresa Wambier, “conceitos indeterminados acabam por implicar que o futuro também possa ser regulado pela norma”¹²⁶.

Daí se percebe que a imprecisão semântica dos conceitos indeterminados é proposital, visto que, conforme Barbosa Moreira, “nem sempre convém que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica”¹²⁷.

Através da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, permite-se maior maleabilidade ao aplicador do texto normativo, possibilitando a adaptação deste às especificidades encontradas no caso concreto.

Outro aspecto que merece atenção sobre os conceitos indeterminados se refere à formulação de sua estrutura interna, conforme esboçado por importante doutrina. Explica Karl Engisch¹²⁸ que, nos conceitos indeterminados, existe o “núcleo conceitual”, caracterizado pela clareza de seu conteúdo e pela possibilidade de delimitação da sua extensão, e o “halo conceitual”, qualificado por sua imprecisão e dúvida quanto à sua extensão.

Sobre a existência deste núcleo conceitual, semelhante é a percepção de Celso Antônio Bandeira de Mello¹²⁹ no sentido de que, embora sejam vagos e imprecisos, os conceitos jurídicos indeterminados têm algum conteúdo determinável, ou seja, certa densidade mínima.

Daí a explicação de Bandeira de Mello¹³⁰ de que os conceitos jurídicos indeterminados têm uma zona de certeza positiva, dentro da qual não há dúvidas do cabimento da aplicação do termo aberto, e uma zona de certeza negativa, na qual se tem certeza da não ocorrência do termo aberto. No intervalo entre ambas, encontra-se a zona de incerteza ou zona de penumbra, na qual remanescem as dúvidas.¹³¹

¹²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. Ob. cit., p. 152.

¹²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1979, p. 14.

¹²⁸ ENGISCH, Karl. Ob. cit., p. 210-214.

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 28-29.

¹³⁰ Ibidem, p. 29.

¹³¹ Teresa Wambier segue tal estrutura interna dos conceitos jurídicos indeterminados (*Recurso*

Sobre tal estrutura interna dos conceitos jurídicos indeterminados, há uma interessante passagem no STF que ilustra as zonas de certeza (positiva e negativa) acima mencionadas.

No julgamento da ADI 551/RJ¹³², no STF, discutia-se sobre valores de multas pelo não recolhimento e sonegação de tributos estaduais, para saber se tais valores teriam efeito confiscatório, em ofensa ao art. 150, IV, da Constituição Federal¹³³.

No referido julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence citou uma curiosa passagem do Ministro Aliomar Baleeiro¹³⁴, que, ao discutir sobre o que seria “segurança nacional”, afirmou que não podia precisar o que sentido deste termo aberto, mas certamente sabia o que não era: batom de mulher ou, o que estava em discussão, locação comercial.

Tal passagem ilustra exatamente a zona de certeza negativa dos conceitos jurídicos indeterminados: ainda que não se possa precisar o conteúdo semântico, é possível saber que certas situações não se inserem na noção do conceito vago.

Em seguida, o Ministro Sepúlveda Pertence, seguindo a lição de Aliomar Baleeiro, se manifestou nos seguintes termos: “Também não sei a que altura um tributo ou uma multa se torna confiscatório; mas uma multa de duas vezes o valor do tributo, por mero retardamento de sua satisfação, ou de cinco vezes, em caso de sonegação, certamente sei que é confiscatório e desproporcional”¹³⁵.

Trata-se aí da zona de certeza positiva dos conceitos jurídicos indeterminados: não obstante a imprecisão semântica do termo, sabe-se que algumas situações extremas certamente se inserem no conteúdo semântico do termo aberto.

especial, recurso extraordinário e ação rescisória. Ob. cit., p. 154-155).

¹³² ADI 551/RJ, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01 PP-00039.

¹³³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] IV - utilizar tributo com efeito de confisco”.

¹³⁴ Assim relatou o Min. Sepúlveda Pertence em seu voto: “Recorda-me, no caso, o célebre acórdão do Ministro Aliomar Baleeiro, o primeiro no qual o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de um decreto-lei, por não se compreender no âmbito da segurança nacional. Dizia o notável Juiz desta Corte que ele não sabia o que era segurança nacional; certamente sabia o que não era: assim, batom de mulher ou, o que era o caso, locação comercial”.

¹³⁵ ADI 551/RJ, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01 PP-00039.

Por fim, vale registrar uma característica comumente indicada dos conceitos jurídicos indeterminados, qual seja, a previsão no texto do respectivo consequente normativo.

É como explica Barbosa Moreira: “uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada”¹³⁶.

Portanto, o conceito jurídico indeterminado integra o pressuposto normativo (antecedente), cujo consequente (mandamento ou preceito) já se encontra preestabelecido no texto¹³⁷.

Delineadas tais considerações sobre as características dos conceitos jurídicos indeterminados, pode-se concluir que estes textos normativos têm como traços marcantes a vagueza semântica, que impossibilita uma precisão do seu conteúdo normativo, sendo tal imprecisão situada no pressuposto normativo, por encontrar-se preestabelecido no texto o respectivo consequente.

2.4. Cláusulas gerais

2.4.1. Origens das cláusulas gerais

Encontra-se no direito alemão o marco histórico da utilização de cláusulas gerais. Na Alemanha do final da segunda década do século passado, imperava o caos econômico advindo com a Primeira Guerra Mundial. Esse contexto econômico

¹³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1979, p. 16. No mesmo sentido assinala Nelson Nery Jr., ao afirmar que, nos conceitos legais indeterminados, “a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160). Discorda-se dos autores no ponto em que afirmam não existir atividade criadora na aplicação dos conceitos indeterminados. É que, diante da vagueza semântica característica desses conceitos, a atividade de concretização normativa implica uma necessária dose de criação judicial, pois a interpretação não se limita a uma aplicação mecânica do texto normativo, mas exerce uma função criativa na definição concreta do sentido daquele conceito indeterminado.

¹³⁷ Há, porém, quem sustente a possibilidade de previsão de conceito jurídico indeterminado no consequente normativo. Nesse sentido: ENGISCH, Karl. Ob. cit., p. 174; COSTA, Regina Helena. Ob. cit., p. 42. Tal discussão é abordada no item 2.5 deste trabalho.

foi marcado por uma hiperinflação descontrolada, caracterizada por uma imensa desvalorização monetária.¹³⁸

Tal situação atingiu os contratos vigentes à época, pois os preços contratualmente fixados se tornaram defasados, em manifesto prejuízo aos credores desses contratos. Esse desequilíbrio foi levado ao Judiciário, a fim de que fosse revisado o negócio jurídico cujo valor se mostrou defasado.

Assim, o Judiciário alemão foi provocado para solucionar o desequilíbrio contratual proporcionado pela inflação decorrente da forte crise econômica do pós-guerra. A resposta jurisdicional se deu mediante a utilização de três parágrafos do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Trata-se dos parágrafos 138, 242 e 826 do BGB, posteriormente conhecidos como “the famous three”, cuja característica central reside na explícita autorização para utilização de ideias morais, como boa-fé e bons costumes, com as quais o juiz assume um papel de liderança no manejo desses instrumentos¹³⁹.

A jurisprudência alemã, dessa forma, se utilizou dos textos normativos abertos, cujos termos indeterminados permitiram a construção de normas jurídicas adequadas à realidade socioeconômica da época.

Nesse sentido informa Franz Wieacker:

A jurisprudência civilista alemã mostrou-se suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à obediência inteligente do juiz quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou, com uma calma e reflectida ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social.¹⁴⁰

Como explica Judith Martins-Costa¹⁴¹, esse papel pioneiro na utilização das cláusulas gerais, assumido pela jurisprudência alemã, encontra explicação histórica

¹³⁸ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, n. 50, abr/jun/2004, p. 10-12.

¹³⁹ DAWSON, John P. The general clauses, viewed by a distance. *Rabels Zeitschrift*, Tübingen, ano 41, 3º caderno, 1977, p. 442. No mesmo sentido é o relato de Judith Martins-Costa ao afirmar que “a utilização da cláusula geral da boa-fé mostrou-se particularmente frutífera na jurisprudência alemã do pós-guerra” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 292).

¹⁴⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 546.

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 291.

concernente ao próprio processo de formação do estado alemão. É que, naquele país, a formação do Estado de Direito revelou um apego mais tênue à ideia de separação de poderes, diferentemente do ocorrido na França, e seguido no Brasil, onde prevaleceu o princípio da separação dos poderes em estrita conexão com a ideologia positivista, resultando na tradição do formalismo legalista.

Assim é que, na Alemanha, a base cultural da comunidade jurídica permitiu que a lei fosse vista não como um limite à criação do direito, mas como ponto de partida para a criação e desenvolvimento do direito, permitindo aos juízes alemães o uso de ideias éticas, como boa-fé e bons costumes¹⁴².

Por isso se afirma que a origem das cláusulas gerais está no direito alemão, notadamente no BGB. Essa afirmação não deve ser considerada de forma literal, pois o *Code Napoléon* já continha cláusulas gerais, mas deve ser entendida no sentido de que a sua efetiva utilização se deu pioneiramente no direito alemão¹⁴³.

A partir da experiência alemã, percebe-se que não mais se admite a pretensão legislativa de previsão de todas as situações jurídicas possíveis, mediante a positivação de tipos legais detalhados que esmiúçam ao extremo as circunstâncias da hipótese normativa, com suas respectivas consequências jurídicas. Não há mais espaço, no direito contemporâneo, para o “código total”¹⁴⁴.

O legislador atual, ciente de suas limitações, utiliza-se de textos normativos abertos, deliberadamente vagos, a fim de permitir que o aplicador ou concretizador do direito atue ativamente na construção do ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, assevera Franz Wieacker¹⁴⁵ que, por meio das cláusulas gerais, o legislador se afastou da tormentosa escolha entre uma abstração empobrecedora e uma casuística acanhada, para estabelecer linhas de orientação que vinculam e, ao mesmo tempo, dão liberdade ao juiz. Assim, conforme o citado

¹⁴² Ibidem, p. 291-292.

¹⁴³ Nesse sentido ensina Judith Martins-Costa: “Esta circunstância permite a afirmação segundo a qual ‘as cláusulas gerais nasceram no BGB’. Embora, do ponto de vista histórico, essa assertiva não se confirme, haja vista que o *Code Napoléon* as contenha, o certo é que a sua utilização enquanto tal e bem assim a teorização acerca do tema se dará pioneiramente na Alemanha” (Ibidem, p. 291).

¹⁴⁴ Para Judith Martins-Costa, código total seria “aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único corpus legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura” (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código civil brasileiro, *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. de 1998, p. 6).

¹⁴⁵ WIEACKER, Franz. Ob. cit., p. 545.

autor, “as cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes”¹⁴⁶.

No direito brasileiro, a origem das cláusulas gerais remonta ao Código Comercial de 1850, cujo art. 131 já utilizava linguagem vaga a fim de estabelecer critérios para interpretação de cláusulas contratuais. Nesse sentido, reconhece Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁴⁷ que tal dispositivo já continha previsão da cláusula geral da boa fé, apesar de não ter ocorrido sua efetiva aplicação enquanto cláusula geral.

As cláusulas gerais ganharam destaque no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código Civil¹⁴⁸ em 2002. Tal diploma normativo positivou a cláusula geral da função social do contrato, prevista no art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Consagrou também a cláusula geral da boa-fé objetiva, positivada no art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Daí se percebe que o direito brasileiro passou a adotar textos normativos abertos, fundando-se na ideia de um sistema jurídico aberto, capaz de se adaptar ao dinamismo das relações sociais¹⁴⁹.

2.4.2. Características das cláusulas gerais

Revela-se difícil tarefa a conceituação das cláusulas gerais, a ponto de a doutrina chegar a afirmar que seu “conceito é multissignificativo, cuja dogmatização é considerada inviável”¹⁵⁰. Em que pese tal dificuldade conceitual, passa-se a

¹⁴⁶ WIEACKER, Franz. Ob. cit., p. 545-546.

¹⁴⁷ O autor reconhece que o Código Comercial de 1850 já continha a cláusula geral da boa-fé, mas esta não teve efetividade, pois o art. 131, n.1, “permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, pp. 20 a 27, abr./jun. 1995).

¹⁴⁸ Sobre o Código Civil como modelo de codificação aberto, Martins-Costa explica: “O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos” (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código civil brasileiro, *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. de 1998, p. 6).

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de informação legislativa*, v.28, nº 112, p. 13-32, out./dez. de 1991, p. 18-19.

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 273.

abordar as características das cláusulas gerais a fim de alcançar uma adequada compreensão do tema.

Na doutrina brasileira, Judith Martins-Costa ofereceu notável contribuição no desenvolvimento do tema. A autora inicia o estudo das cláusulas gerais apresentando-as como possíveis mecanismos de que a ordem jurídica dispõe para que o sistema seja devidamente flexibilizado e possa continuamente ajustar-se às novas realidades, às novas ideias, em busca da efetivação de um direito justo.¹⁵¹

Assim, a cláusula geral se destaca como um texto normativo com linguagem fluida e vaga, que lhe confere amplo conteúdo semântico. Tal abertura ou vagueza tem por finalidade conferir ao julgador a possibilidade de criar e desenvolver a norma jurídica à vista dos casos concretos.

O primeiro critério adotado para caracterização das cláusulas gerais se refere à sua contraposição à técnica da casuística, conforme amplamente divulgado por Karl Engisch. Nesse sentido, o conceito de cláusula geral se contrapõe à elaboração casuística das hipóteses legais, cuja configuração circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria¹⁵².

No entanto, como observa Judith Martins-Costa¹⁵³, essa forma de abordar a questão se revela útil para uma primeira aproximação ao tema, mas se mostra equivocada no ponto em que coloca as cláusulas gerais como gênero oposto à casuística. Isso porque o que se contrapõe à casuística é a técnica de legislar mediante textos vagos ou abertos, gênero do qual são espécies as cláusulas gerais.

De todo modo, é preciso sublinhar que as cláusulas gerais fogem à técnica legislativa tradicional de definição pormenorizada do pressuposto normativo e fixação dos respectivos efeitos jurídicos. As cláusulas gerais, ao revés, são dotadas de grande abertura semântica que não pretende a delimitação prévia das consequências jurídicas. Na verdade, tais consequências são construídas conforme o caso concreto, sendo as respostas formadas progressivamente pela jurisprudência.

Daí se conclui que uma importante característica da cláusula geral se refere à sua vagueza semântica, que corresponde à imprecisão do significado mediante o

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de informação legislativa*, v.28, nº 112, p. 13-32, out./dez. de 1991, p. 19.

¹⁵² ENGISCH, Karl. Ob. cit, p. 188.

¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 303

emprego de termos vagos. Com isso, as cláusulas gerais abrangem diversas situações denominadas “casos-limite”¹⁵⁴, nas quais não é possível afirmar se se realiza ou não o modelo prescrito no enunciado.

Nessa perspectiva, Judith Martins-Costa assim assevera:

Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.¹⁵⁵

Dessa lição se extrai que as cláusulas gerais apresentam duas características marcantes: primeiramente, a formulação da hipótese legal mediante utilização de termos vagos e abertos; em segundo lugar, não pretendem apresentar uma prévia solução jurídica, pois as respostas são construídas concretamente pela jurisprudência¹⁵⁶.

A partir da concepção de Martins-Costa, Fredie Didier Jr. se propõe a definir cláusula geral como “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado”¹⁵⁷, havendo, pois, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa¹⁵⁸.

Como consequência desses traços característicos, as cláusulas gerais permitem que a mesma previsão normativa abranja uma ampla variedade de casos. Com base nisso, Karl Engisch entende a cláusula geral como “uma formulação da

¹⁵⁴ Martins-Costa apresenta um exemplo que ilustra a definição de caso-limite. A autora cita que um grão de trigo não pode ser considerado um monte de trigo, assim como se for acrescido àquele outro grão, e mais outro. Mas, se forem acrescidos sucessivamente grãos e mais grãos, se chegará a uma quantidade que caracteriza um monte de trigo. Não há, porém, um momento preciso ou uma quantidade exata que diferencia o monte do não-monte de trigo. Há uma fase de transição, uma “zona de penumbra”, constituída por casos-limite, ou seja, situações nas quais há incerteza de significado se o caso configura ou não a hipótese do enunciado (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 307-308).

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção*. Ob. cit., p. 8.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção*. Ob. cit., p. 8.

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, p. 69-83, jan. 2010, p. 70.

¹⁵⁸ Todavia, como se verá adiante, é possível, excepcionalmente, que a indeterminação da cláusula geral esteja presente apenas no conseqüente normativo, havendo uma hipótese fática determinada.

hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”¹⁵⁹.

Traçados tais elementos caracterizadores das cláusulas gerais, essencial ponderar que essa delimitação não é unânime na doutrina.

A característica de indeterminação dos efeitos jurídicos, apresentada por Martins-Costa, não é vista, por parcela da doutrina, como indispensável à configuração da cláusula geral.

Adotando essa concepção divergente, Claudia Lima Marques¹⁶⁰ compreende que a indeterminação dos efeitos jurídicos não pode ser considerada elemento essencial para configuração das cláusulas gerais, já que estas podem ser também tipos normativos abertos com consequência jurídica determinada.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques afirma que “se a previsão da consequência jurídica serve para determinar o conceito indeterminado, sua presença em uma norma não tem o condão de excluir a possibilidade de esta ser também uma cláusula geral”¹⁶¹.

Daí por que, para a autora, uma norma pode ser uma cláusula geral em sua hipótese legal, e ao mesmo tempo ser um conceito indeterminado por trazer uma solução (aberta ou fechada). Em conclusão, Cláudia Lima Marques¹⁶² afirma que não importa a indicação de uma consequência para configuração da cláusula geral, pois o que se revela essencial é a sua autorização para a função concretizadora e criadora dos juízes.

Diante dessa conclusão, Claudia Lima Marques parece sugerir que o elemento caracterizador da cláusula geral seria apenas sua aptidão para permitir uma atividade judicial criadora e concretizadora. Não parece, entretanto, que tal característica seja suficiente para configurar uma cláusula geral. Isso porque os conceitos indeterminados apresentam vagueza semântica que também permite uma atividade judicial “criadora e concretizadora”, de modo que tal traço característico não é capaz de diferenciá-los das cláusulas gerais.

¹⁵⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 188-189.

¹⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 42, jul.-set. 2010, p. 229-231.

¹⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. Ob. cit., p. 230.

¹⁶² MARQUES, Claudia Lima. Ob. cit., p. 232.

Por tais razões, segue-se Martins-Costa no sentido de reconhecer que a indeterminação do conseqüente normativo é traço característico das cláusulas gerais.

2.5. A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Apresentadas as origens e as características principais dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, revela-se necessário estabelecer a relação entre eles, a fim de estabelecer os pontos de convergência e os traços diferenciadores desses tipos de texto normativo.

Nesse aspecto, evidencia-se que os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais consubstanciam textos normativos abertos e vagos, o que revela a íntima relação desses elementos, dificultando a formulação de uma distinção conceitual¹⁶³.

Por essa razão, Karl Engisch¹⁶⁴ defende que as cláusulas gerais não possuem qualquer estrutura própria do ponto de vista metodológico, pois não exigem processos de pensamento diferentes daqueles exigidos pelos conceitos indeterminados.

Para Engisch¹⁶⁵, os conceitos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Mas isso não faz com que todo conceito indeterminado já constitua uma cláusula geral, pois esta apresenta uma certa generalidade que àqueles outros conceitos frequentemente falta. Por isso, o autor compreende que a diferença não seria de espécie ou natureza, mas de grau, pois as cláusulas gerais aumentam a distância que separa os conceitos indeterminados dos determinados. Assim, Engisch¹⁶⁶ defende que o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa, cuja generalidade possibilita a sujeição de um mais vasto grupo de situações.

¹⁶³ Reconhecendo a dificuldade da distinção, Martins-Costa afirma que “tanto como nas cláusulas gerais, nos conceitos jurídicos indeterminados também se poderá ver, como traços característicos, alto grau de vagueza semântica e o reenvio a *standards* valorativos extra-sistemáticos” (Ob. cit., p. 325).

¹⁶⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 192-193.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 173.

¹⁶⁶ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Ob. cit., p. 193.

Coube a Judith Martins-Costa a formulação teórica capaz de diferenciar tais tipos de textos normativos abertos. Primeiramente, observa a autora que os conceitos indeterminados podem se referir tanto a realidades fáticas como a valores.

Assim, os conceitos referentes a realidades fáticas podem ter seu significado precisado com base nas regras de experiência, não ocorrendo o reenvio aos valores metajurídicos que caracterizam as cláusulas gerais¹⁶⁷. Já os conceitos indeterminados referentes a valores possuem fundamental conteúdo axiológico, aproximando-os das cláusulas gerais. Assim, a distinção se dá fundamentalmente no plano funcional¹⁶⁸.

Essa diferenciação funcional se revela na percepção de que os conceitos indeterminados integram a hipótese fática para aplicação do direito, cabendo ao aplicador a fixação da premissa, cujos efeitos jurídicos já estão previstos no texto normativo. É o que explica Judith Martins-Costa:

Ocorre que os conceitos formados por termos indeterminados integram, sempre, a descrição do 'fato' em exame com vistas à aplicação do direito. Embora permitam, por sua vagueza semântica, abertura às mudanças de valorações (inclusive as valorações semânticas) – devendo, por isso, o aplicador do direito averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções éticas efetivamente vigentes, de modo a determina-los in concreto de forma apta –, a verdade é que, por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa.¹⁶⁹

Humberto Ávila também reconhece tal distinção, ao considerar que “as cláusulas gerais são as normas cuja hipótese normativa é vaga e a consequência, indeterminada”¹⁷⁰, ao passo que “os conceitos jurídicos indeterminados estão presentes naquelas normas cujo pressuposto é vago, embora a consequência seja direta”¹⁷¹.

Judith Martins-Costa apresenta um exemplo advindo do direito privado para esclarecer a distinção. Tomando-se em comparação o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor e o art. 422 do Código Civil, percebe-se que ambos os textos legais se referem à “boa-fé”, que constitui uma expressão vaga e aberta.

¹⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 325.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 326.

¹⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 326.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. Ob. cit., p. 449.

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. Ob. cit., p. 449.

Contudo, tais textos normativos se diferenciam na medida em que o art. 51, IV, do CDC já prevê o respectivo consequente normativo, qual seja, a nulidade da cláusula. Nesse caso, caberá ao juiz a valoração quanto ao sentido de boa-fé para, após realizar um juízo valorativo sobre a existência de obrigação incompatível com a boa-fé, determinar a nulidade da respectiva cláusula contratual, em aplicação do consequente jurídico já previsto no texto normativo. Por essa razão, sobre tal texto normativo, Martins-Costa explica que “a solução não é, pois, criada pelo juiz, já estando pré-configurada na lei: o que ocorre é, tão-somente, um preenchimento do significado do conceito de ‘boa-fé’ pelo julgador”¹⁷².

Por sua vez, o art. 422 do CC determina que deverá ser observada a boa-fé tanto na conclusão do contrato como em sua execução. Trata-se de verdadeira cláusula geral¹⁷³. Primeiramente, percebe-se que o texto legal apresenta a hipótese normativa aberta e vaga, deixando de relacionar quais os casos configuram ofensa à boa-fé, assim como ocorre no conceito jurídico indeterminado. No entanto, tal texto normativo se apresenta indeterminado não apenas em sua hipótese normativa, mas também no respectivo consequente normativo, já que não há previsão legal dos efeitos jurídicos decorrentes da ofensa à boa-fé. Com isso, confere-se ao julgador amplos poderes para, à luz do caso concreto, determinar as consequências jurídicas que entender cabíveis.

A partir das lições e dos exemplos acima, a distinção entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado pode ser resumida na afirmação de que, na primeira, há uma indeterminação da hipótese fática (antecedente) e do consequente jurídico (efeitos), ao passo que, no segundo, a vagueza reside apenas na hipótese fática, estando as consequências jurídicas previamente fixadas no texto normativo.

Tanto as cláusulas gerais como os conceitos indeterminados representam técnica legislativa que se utiliza, propositalmente, de uma vagueza semântica capaz de proporcionar mobilidade e plasticidade ao sistema jurídico, de forma a conferir caráter criador e concretizador à realização do direito.

Por isso, segue-se neste trabalho a concepção de Judith Martins-Costa, no sentido da diferenciação de cláusula geral e conceito jurídico indeterminado pela presença ou ausência de um consequente normativo preestabelecido.

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 327-328.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 328.

Todavia, tal formulação não é suficiente para diferenciar completamente os conceitos indeterminados das cláusulas gerais. Realmente, é inequívoco que a indeterminação contida na hipótese fática (antecedente normativo), acompanhada de um consequente normativo determinado, indica a existência de um conceito jurídico indeterminado. Por outro lado, é certo que o texto que se apresenta indeterminado em ambos os extremos da estrutura normativa (antecedente e consequente) constitui uma cláusula geral.

Mas fica a pergunta: o texto normativo caracterizado por uma hipótese fática determinada e por um consequente normativo indeterminado constitui conceito jurídico indeterminado ou cláusula geral?

Há corrente que defende tratar-se de conceito indeterminado. Nesse sentido reconhece Karl Engisch ao afirmar que “os conceitos indeterminados podem aparecer nas normas jurídicas não só na chamada ‘hipótese’ como ainda na ‘estatuição’”¹⁷⁴. Engisch cita, como exemplo de conceito indeterminado encontrado na estatuição, o § 231 do Código de Processo Penal alemão: “o juiz-presidente pode tomar, relativamente ao acusado que compareceu em juízo, as medidas apropriadas a evitar que ele se afaste para longe”. Na doutrina brasileira, Regina Helena Costa¹⁷⁵ também admite a possibilidade de utilização de conceitos indeterminados no consequente normativo, embora reconheça a raridade dessa formulação.

De outra banda, há quem sustente que se está diante de cláusula geral. Nessa linha defende Alexandre José Gois Lima de Victor¹⁷⁶ quando afirma que um texto normativo composto por antecedentes dotados por termos determinados e consequentes não eleitos corresponde a uma cláusula geral.

Parece superior a segunda corrente. Isso porque a ausência de determinação do consequente normativo revela característica marcante das cláusulas gerais, concernente à possibilidade de construção, pelo julgador, da solução jurídica adequada para o caso.

Dois exemplos demonstram a superioridade deste último entendimento, pois revelam cláusulas gerais que, embora possuam uma hipótese fática definida, deixa-se de estabelecer o respectivo consequente jurídico. É o que se observa no art.

¹⁷⁴ ENGISCH, Karl. Ob. cit., p. 174.

¹⁷⁵ COSTA, Regina Helena. Ob. cit., p. 42.

¹⁷⁶ VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. Ob. cit., p. 47.

1.109 do CPC, assim redigido: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”.

Trata-se da cláusula geral da adequação do processo e da decisão no âmbito da jurisdição voluntária¹⁷⁷. Na sua formulação, a indeterminação não se encontra na hipótese fática, mas sim no consequente normativo, pelo qual se confere ao juiz a possibilidade de adotar a solução mais conveniente ou oportuna.

Outro exemplo de cláusula geral com o antecedente normativo definido é o art. 461, §5º, do CPC:

Art. 461. [...] § 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Também no dispositivo acima, a hipótese fática apresenta termos determinados, ficando no consequente normativo a utilização dos termos abertos “medidas necessárias”. Tem-se aí a cláusula geral executiva¹⁷⁸, pela qual, ao lado das ferramentas já eleitas pelo legislador, confere-se ao juiz um poder geral de efetivação.

Daí se conclui que: i) em regra, a cláusula geral apresenta uma dupla indeterminação – no antecedente e no consequente normativo –, excepcionadas as cláusulas gerais que apresentam indeterminação apenas no consequente normativo, a exemplo dos arts. 1.109 e 461, § 5º, do CPC; ii) a vagueza semântica dos conceitos jurídicos indeterminados sempre se situa na hipótese fática, por ser consequente jurídico já fixado no texto.

Em que pese tal diferenciação, reconhece-se que as cláusulas gerais são comumente formadas por conceitos indeterminados¹⁷⁹. É que a indeterminação das

¹⁷⁷ Assim entende Alexandre José Gois Lima de Victor (Ob. cit., p. 74).

¹⁷⁸ Sobre o art. 461, § 5, do CPC enquanto cláusula geral, confira-se: VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. Ob. cit., p. 89-119.

¹⁷⁹ Nesse sentido reconhece Teresa Wambier quando afirma que os conceitos jurídicos indeterminados aparecem na formulação de cláusulas gerais (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. Ob. cit., p. 151). Essa também parece ser a compreensão de Judith Martins-Costa, ao reconhecer que a cláusula geral contém, em regra, termos indeterminados (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 326). De

cláusulas gerais se alcança pela utilização de conceitos indeterminados. Cite-se, como exemplo, a cláusula geral da função social do contrato. Trata-se inequivocamente de cláusula geral, na medida em que há uma indeterminação na hipótese legal, bem como não se determina o respectivo consequente normativo. Não se pode negar, porém, que a expressão “função social”, utilizada no texto normativo, constitui um conceito indeterminado, com a vagueza semântica que lhe é característica.

A partir dessas notas comparativas, demonstra-se que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados constituem uma técnica legislativa marcada por uma vagueza semântica proposital, com a finalidade de conferir, ao aplicador do direito, a possibilidade de adaptar o texto normativo à realidade concreta, conferindo mobilidade ao sistema jurídico.

2.6. A posição das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados no fenômeno normativo: sua relação com regras e princípios

Apresentadas as considerações acima acerca dos elementos que caracterizam as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, cumpre situar tais institutos no plano normativo.

Já se viu que o texto normativo constitui o conjunto de termos presentes na disposição legal, a partir do qual, mediante um processo interpretativo, se (re)constrói a norma jurídica. Esta é o resultado da interpretação do texto normativo. Texto e norma, portanto, não se confundem.

Apreendida tal diferenciação, necessário se faz compreender em que categoria se inserem as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados: trata-se de espécies de texto normativo ou de norma jurídica?

A doutrina que aborda o tema não faz essa distinção, enquadrando as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados ora como técnica legislativa, ora como norma jurídica.¹⁸⁰

modo semelhante, Alexandre José Gois Lima de Victor afirma que “o conceito jurídico indeterminado, normalmente, é elemento integrante da cláusula geral” (Ob. cit., p. 46).

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 286.

Na verdade, percebe-se que a doutrina que tratou do tema não adotou como pressuposto teórico a distinção entre texto e norma, limitando-se a uma tentativa de diferenciação entre as cláusulas gerais e os princípios jurídicos.

Tal se verifica nas lições de Judith Martins-Costa, que se propôs a diferenciar as cláusulas gerais dos princípios jurídicos, manifestando-se nos seguintes termos:

Na verdade a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime [...] Aí, sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral.¹⁸¹

Extraí-se claramente do trecho acima a ausência de distinção entre texto e norma pela autora, sendo colocados no mesmo plano as cláusulas gerais e os princípios, ambos como normas jurídicas.

Prossegue a autora, na sua proposta de distinção, afirmando que não se admite cláusula geral inexpressa (implícita), pois, tratando-se de técnica legislativa, não pode haver implicitude: ou estão formuladas na lei ou não estão. Já os princípios podem ser expressos e inexpressos, o que afasta a possibilidade de equiparação às cláusulas gerais¹⁸².

Daí se percebe que a civilista, apesar de explicar corretamente a impossibilidade de cláusula geral implícita, por se tratar de técnica legislativa, não se baseia na distinção entre texto e norma, uma vez que, à época, tal distinção ainda não havia sido bem apreendida pela doutrina brasileira.

Por isso se faz necessário um aprimoramento da lição, adequando-a ao pressuposto teórico que distingue texto e norma. Nessa perspectiva, compreende-se que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados constituem espécies de textos normativos, ao passo que as regras e os princípios jurídicos correspondem a espécies de normas jurídicas.

Desse modo, a partir dos textos normativos se extraem/constroem as normas jurídicas, que podem, por sua vez, constituir regras ou princípios. A norma jurídica, portanto, é gênero do qual são espécies regras e princípios.

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 323.

¹⁸² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 323.

Sobre a distinção entre regras e princípios, a produção doutrinária é bastante extensa e rica, fugindo às pretensões deste trabalho uma abordagem exaustiva do tema. Convém examinar, então, as principais teorias que tratam da questão¹⁸³.

Conforme conhecida formulação de Ronald Dworkin¹⁸⁴, as regras são normas que estabelecem consequências jurídicas a serem aplicadas diante da ocorrência dos requisitos nelas estabelecidos. Assim, a aplicação das regras se opera no modelo “tudo-ou-nada”¹⁸⁵, ou seja, havendo o enquadramento do fato à hipótese legal da regra, deve ser aplicada a resposta nela prevista.

Já os princípios, ainda na concepção de Dworkin, operam na dimensão do peso (ou importância), de modo que, havendo colisão entre dois ou mais princípios válidos, esse conflito é solucionado levando-se em consideração o peso relativo a cada princípio envolvido. Isso não ocorre com as regras, que suscitam problemas de validade, de forma que, havendo conflito, uma delas não será válida e, portanto, terá sua aplicação excluída, conforme os critérios de solução de antinomias estabelecidos no ordenamento jurídico¹⁸⁶.

Partindo das lições de Dworkin, Robert Alexy defende que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹⁸⁷. Daí por que os princípios constituem, nessa visão, mandamentos de otimização, pois caracterizam-se pela possibilidade de satisfação em graus variados. As regras, por seu turno, constituem normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Isso significa que, sendo uma regra válida, deve ser feito exatamente aquilo que ela exige. As regras contêm, então, determinação dentro daquilo que é fática e juridicamente possível.¹⁸⁸

¹⁸³ A abordagem aqui desenvolvida restringe-se estritamente aos critérios de distinção entre princípios e regras, não se ingressando nos demais aspectos teorizados por Ronald Dworkin, Robert Alexy, Humberto Ávila e Marcelo Neves.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-46.

¹⁸⁵ Assim argumenta Dworkin: “As regras são aplicáveis à maneira do 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” (DWORKIN, Ronald. Ob. cit., p. 39).

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. Ob. cit., p. 42-43.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. Ob. cit. p. 90.

Alexy¹⁸⁹ acrescenta que a distinção entre princípios e regras se dá pela forma de solução do conflito entre tais normas. O conflito entre regras se resolve de uma entre duas formas: ou insere-se uma cláusula de exceção em uma das regras ou declara-se a invalidade de uma das regras. Já as colisões entre princípios são solucionadas de forma bastante diversa. Quando dois princípios colidem, um deles deve ceder sem que seja declarado inválido ou que nele se introduza uma cláusula de exceção. Há, na verdade, precedência de um princípio em face de outro, sob determinadas condições: o princípio com maior peso tem precedência. Portanto, conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que colisões entre princípios ocorrem, para além da dimensão da validade, na dimensão do peso.

Robert Alexy¹⁹⁰ sustenta, ainda, que a distinção entre princípios e regras passa pela circunstância de que os primeiros não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Isso significa que os princípios são razões aceitas em um primeiro momento e posteriormente verificadas, pois podem ser afastadas por razões antagônicas. Por isso, eles não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. Diferentemente, as regras têm uma determinação da extensão de seu conteúdo dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, pois exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam.

As teorias de Dworkin e Alexy, cada uma a seu modo, contribuíram profundamente na compreensão de princípios e regras, mas não representam critérios absolutos de distinção entre tais espécies normativas. Não é absolutamente correta a ideia de que as regras se aplicam segundo o modelo tudo-ou-nada (Dworkin) ou são sempre satisfeitas ou não satisfeitas (Alexy), aplicando-se a dimensão da validade e não do peso. Na verdade, é possível que esse caráter absoluto da regra seja modificado depois da análise das circunstâncias do caso, tendo em vista outras razões contrárias que venham a se sobrepor em determinados casos¹⁹¹. Nesse sentido, Ávila cita o exemplo da regra penal (art. 224, CP) que, ao prever o crime de estupro, estabelecia uma presunção absoluta de violência no caso de a vítima ser menor de 14 anos, não sendo prevista qualquer exceção. Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos,

¹⁸⁹ Ibidem, p. 92-94.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 104.

¹⁹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Ob. cit., p. 36.

considerou circunstâncias particulares não previstas na regra, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, para afastar a incidência daquela regra penal.

Essa crítica demonstra que aplicação ao modo tudo-ou-nada (satisfeita ou não satisfeita) das regras somente pode ser aceita ao final do processo interpretativo, ou seja, “quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas”¹⁹². Semelhante observação é feita por Marcelo Neves quando afirma que as regras somente se aplicam nos termos do tudo-ou-nada “no final do processo concretizador, quando já foram consideradas (ou excluídas) todas as (possíveis) exceções relevantes para a solução do caso, possibilitando-se a subsunção deste àquela mediante a norma de decisão”¹⁹³.

Nesse ponto, a teoria de Alexy se mostra mais sofisticada que a de Dworkin por considerar que as regras podem perder seu caráter definitivo para a decisão do caso, diante da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção, o que pode ocorrer, inclusive, em virtude de um princípio. Para Alexy¹⁹⁴, então, as cláusulas de exceção não são nem mesmo teoricamente enumeráveis, pois é sempre possível que, diante de um novo caso, seja necessária a introdução de uma nova exceção.

É de se notar, além disso, que a dimensão de validade não é exclusiva das regras, pois é possível suscitar a invalidade de princípios. Esta crítica, aliás, levou Alexy a reconhecer que “também no caso dos princípios é possível que a questão da validade seja postulada”¹⁹⁵, para, com isso, aperfeiçoar sua teoria afirmando que o conceito de colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes. Robert Alexy, então, sustenta que a dimensão da validade se insere no âmbito do que se deve ser incluído ou excluído do ordenamento jurídico, ao passo que as colisões entre princípios ocorrem sempre no interior do ordenamento jurídico. Daí a conclusão do teórico alemão de que “a referência à possibilidade de se classificar

¹⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Ob. cit., p. 39.

¹⁹³ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 61.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 104.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 110. Alexy cita como exemplo de invalidade de princípios o eventual princípio da segregação racial, que seria inválido no âmbito do direito constitucional alemão (e, igualmente, no direito constitucional brasileiro).

princípios como inválidos não atinge o teorema da colisão, apenas torna mais claro um de seus pressupostos¹⁹⁶.

Também é inadequada a afirmação de que a ponderação e a dimensão de peso seriam exclusivas da aplicação de princípios. É possível, em alguns casos, que regras entrem em conflito sem que percam sua validade, resolvendo-se o conflito a partir da atribuição de maior peso a uma delas¹⁹⁷.

Feitas tais ressalvas às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, não se pode negar a contribuição destas na compreensão e diferenciação de princípios e regras, tendo em vista que, mesmo que não produzam critérios distintivos absolutos, as lições daqueles autores servem para diferenciar tais espécies normativas em grande parte dos casos.

Merece destaque, na doutrina brasileira, a concepção de Humberto Ávila, que propõe a diferenciação entre regras e princípios com base em três critérios. Quanto à natureza do comportamento prescrito¹⁹⁸, o autor afirma que as regras são normas imediatamente descritivas, pois descrevem a conduta a ser adotada (estabelecem obrigações, permissões e proibições), ao passo que os princípios são normas imediatamente finalísticas, mediante a determinação de um fim juridicamente relevante. Assim, os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido.

O segundo critério indicado por Ávila¹⁹⁹ se refere à natureza da justificação exigida. Segundo o jurista, a aplicação das regras exige “uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte”. Já a aplicação dos princípios exige “uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária”.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 110.

¹⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Ob. cit., p. 44. Como exemplo de colisão entre regras, Humberto Ávila cita a regra proibitiva de concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º, Lei nº 9.494/1997), à qual pode ser acrescida a regra que veda a concessão de tutela antecipada irreversível (art. 273, § 2º, CPC), o que proibiria a concessão de medida liminar para fornecimento de medicamento. Tal regra proibitiva colide com outra regra que impõe ao Poder Público o dever de fornecimento de remédios aos que deles necessitem para viver. Embora tais regras instituem comportamentos contraditórios, não se tem aí um conflito de validade, tampouco de abertura de exceção a uma delas. Resolve-se tal conflito normativo pela atribuição de um maior peso a uma das duas regras.

¹⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Ob. cit., p. 63-65.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 65-68.

Por fim, o terceiro critério apontado por Ávila²⁰⁰ diz respeito à medida de contribuição para a decisão. Nesse aspecto, as regras são preliminarmente decisivas (objetivam gerar uma solução específica para o conflito) e abarcantes (buscam abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão). Diferentemente, os princípios são primariamente complementares (não objetivam oferecer uma solução específica, mas pretendem contribuir para a tomada de decisão ao lado de outras razões) e preliminarmente parciais (abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para a tomada de decisão).

Outra teoria que se destaca na doutrina brasileira corresponde à formulação de Marcelo Neves. Para este autor, os princípios são razões ou critérios *prima facie*, ao passo que as regras são razões ou critérios definitivos para que se decidam questões jurídicas²⁰¹. Nessa linha, Neves²⁰² defende que os princípios não podem ser razões diretas de decisões concretas, pois a solução do caso exige a atribuição de uma regra, seja ela atribuída diretamente a texto produzido pelo processo legislativo, seja ela atribuída indiretamente a um texto normativo mediante a construção jurisprudencial. Afirmar Neves²⁰³, então, que os princípios são razões mediatas de decisões, pois entre aqueles e estas deve haver uma regra.

Daí decorre a afirmação de Neves²⁰⁴ no sentido de que os princípios são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Estas, por sua vez, configuram razões imediatas para normas de decisão e, com isso, apresentam-se como condições da aplicação dos princípios à solução dos casos. Tem-se aí uma relação circular entre princípios e regras, caracterizada por uma implicação recíproca entre tais espécies normativas²⁰⁵.

Diante disso, na concepção de Marcelo Neves²⁰⁶, as regras e os princípios são, respectivamente, normas de primeiro grau e de segundo grau em relação ao caso a ser decidido e à norma de decisão.

²⁰⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Ob. cit., p. 68-69.

²⁰¹ Neste ponto, Neves parte de uma das lições de Robert Alexy, no sentido de que princípios são razões *prima facie* e regras são razões definitivas.

²⁰² NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 84.

²⁰³ Ibidem, p. 84.

²⁰⁴ Ibidem, p. 103.

²⁰⁵ Ibidem, p. 131-138.

²⁰⁶ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 120-123.

Embora sejam concepções diferentes sobre princípios e regras, elas não devem ser consideradas antagônicas. As teorias acima tratadas não são totalmente incompatíveis entre si, mas, na verdade, representam perspectivas diversas no exame dos princípios e regras. Há, inclusive, pontos em comum entre elas. As concepções de Dworkin e Alexy, por exemplo, exploram critérios distintivos semelhantes, relativos ao modo de aplicação e aos conflitos normativos dos princípios e regras. A teoria de Neves, por sua vez, também explora – aprofunda e desenvolve – o terceiro critério adotado por Ávila, concernente à medida de contribuição para a decisão²⁰⁷. Por tais motivos, não se opta aqui por uma escolher uma das teorias acima como a “melhor” ou a “correta”, porquanto cada uma apresenta relevante contribuição na compreensão dos princípios e regras enquanto espécies normativas.

Lançadas tais bases doutrinárias, volta-se para o objetivo deste ponto com a reafirmação de que os textos normativos podem ser abertos ou fechados, dos quais se constroem as normas jurídicas que, por sua vez, podem ser regras ou princípios.

Observe-se, pois, que não há uma perfeita correspondência entre textos fechados e regras, tampouco entre textos abertos e princípios. Trata-se de diferentes fenômenos. Nas palavras de Marcelo Neves, “a questão dos princípios e das regras situa-se no plano da norma (do significado), entre os planos do texto normativo (significante) e do fato jurídico (referente)”²⁰⁸.

Portanto, conceitos indeterminados e cláusulas gerais se situam no plano do texto normativo, ao passo que regras e princípios se põem no plano da norma jurídica.

A propósito, oportuna a percepção de Marcelo Neves²⁰⁹ no sentido de que a imprecisão semântica – característica dos textos normativos abertos – não é critério adequado para a distinção entre princípios e regras, apesar de ser comum encontrar a ideia de que os princípios seriam mais imprecisos que as regras. É perfeitamente

²⁰⁷ Não se afirma, com isso, que a teoria de Marcelo Neves seja uma reformulação ou aperfeiçoamento da concepção de Humberto Ávila. Os juristas adotam pressupostos diversos e alcançam resultados distintos. O que se percebe, apenas, é que a construção teórica do primeiro se insere dentro de um dos critérios adotados pelo segundo, qual seja, a medida de contribuição dos princípios e regras para a decisão jurídica.

²⁰⁸ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 5.

²⁰⁹ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 15.

possível encontrar regras caracterizadas pela imprecisão semântica, assim como há princípios que possuem certo grau de precisão semântica.

Marcelo Neves²¹⁰ apresenta alguns exemplos que ilustram tais assertivas. Veja-se a regra extraída a partir do art. 94, II, do Código Penal, que estabelece o “bom comportamento público e privado” como requisito para a reabilitação, ou a regra do art. 55, II, da Constituição Federal, que estabelece a perda do mandato do deputado ou senador “cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar”. Trata-se aí de regras com alto grau de imprecisão semântica.

Há, por outro lado, princípios que apresentam maior precisão semântica do que algumas regras. Considerem-se, como exemplos, o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF) e o princípio finalístico de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CF). Tais princípios apresentam imprecisão semântica inferior às regras acima citadas.

O direito processual civil apresenta inúmeros exemplos de regras abertas, caracterizadas pelo alto grau de imprecisão semântica. É o caso, por exemplo, das regras processuais que definem litigante de má-fé (art. 17, CPC). Expressões como “opuser resistência injustificada” ou “proceder de modo temerário” apresentam intensa imprecisão semântica. Também se observa alto grau de vagueza semântica na regra que prevê a “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação” como requisito de admissibilidade do agravo de instrumento (art. 522, CPC).

Até se pode considerar que existe uma “tendência maior à imprecisão entre os princípios”²¹¹, mas isso não deve levar à afirmação categórica de que princípios são mais imprecisos que regras.

Com base nisso, não há como confundir conceitos indeterminados ou cláusulas gerais com princípios, visto que ambos operam em diferentes planos. É o que explica Fredie Didier Jr.:

Cláusula geral é um texto jurídico; princípio é norma. São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. A norma jurídica é produto da interpretação de um texto jurídico. Interpretam-se textos jurídicos para que se verifique qual norma deles pode ser extraída. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a

²¹⁰ Ibidem, p. 15-20.

²¹¹ Ibidem, p. 19.

cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra.²¹²

No mesmo sentido é a afirmação de Alexandre Gois Lima de Victor:

Por meio de um enunciado normativo que reflita uma cláusula geral, assim, é possível que se extraia (reconstrua) uma norma-regra ou uma norma-princípio [...] Em outras palavras: a cláusula geral (espécie de texto normativo aberto) pode ensejar a aplicação de uma regra ou de um princípio.²¹³

A cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) é exemplo que deixa evidente essa diferenciação. A partir dela, é possível construir diversos princípios processuais, a exemplo da isonomia processual ou do contraditório, princípios estes que, ainda que não tivessem expressa previsão normativa, estariam presentes no direito brasileiro em decorrência do devido processo legal. Mas também é possível construir regras processuais a partir do devido processo legal, a exemplo da que determina sejam as decisões judiciais motivadas ou da regra da publicidade dos atos processuais. Portanto, a cláusula geral do devido processo legal é texto normativo que permite a formulação de regras e princípios.

O mesmo ocorre com conceitos jurídicos indeterminados. Tal espécie de texto normativo aberto pode ensejar a incidência de um princípio ou de uma regra. Cite-se, como exemplo, o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) que se utiliza de conceitos indeterminados na sua formulação. Também é possível a existência de uma regra formulada a partir de um conceito jurídico indeterminado, como se vislumbra no requisito da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, §3º da CF c/c art. 543-A do CPC).

Dessas considerações resulta a conclusão, objeto deste tópico, de que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados constituem textos normativos e não normas jurídicas. A partir deles é que, aí sim, poderão ser extraídas ou construídas as normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios.

²¹² DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 129-130.

²¹³ VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. Ob. cit., p. 29.

CAPÍTULO III – O CARÁTER INDETERMINADO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA

3.1 Tempo do processo e espécies de cognição judicial

O processo pode ser compreendido a partir de diversas perspectivas, entre as quais merece destaque a sua visualização como procedimento em contraditório, como defendido por Elio Fazzalari²¹⁴. Nessa linha, o processo é entendido como um conjunto de atos jurídicos, concatenados de forma lógica e consequencial, com o objetivo final de prestar a tutela jurisdicional.

Percebe-se, pois, que a própria ideia de processo conduz, necessariamente, à noção de decurso de tempo, eis que o seu desenvolvimento exige certo lapso temporal para a prática dos atos jurídicos que o compõem²¹⁵. Por isso, todo processo exige tempo para alcançar seu desiderato. Impraticável um processo instantâneo, apto a prestar a tutela jurisdicional de forma imediata. Por essa razão, Carnelutti já afirmava: “o processo dura; não se pode fazer tudo de uma vez. É necessário ter paciência. Semeia-se, como faz o camponês, e se há de esperar para colher”²¹⁶.

Embora essa temporalidade seja indissociável do processo, é certo que o decurso do tempo pode acarretar graves prejuízos à efetividade da tutela jurisdicional. Muitas vezes, o lapso temporal decorrido entre a postulação e a prestação jurisdicional retira a própria utilidade do provimento judicial. Tal problema se agrava no atual contexto da sociedade pós-moderna, na qual, nas palavras de Luís Roberto Barroso, vive-se “a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias”²¹⁷.

A sociedade atual, cada vez mais, necessita de soluções rápidas e, por outro

²¹⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-121.

²¹⁵ Ovídio Baptista da Silva acentua a relação indissociável entre tempo e processo: “Todo processo, portanto, envolve a ideia de temporalidade, de um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 13).

²¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 177.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 1.

lado, a morosidade judicial constitui uma das principais deficiências do Judiciário. Nesse sentido, Cruz e Tucci²¹⁸ menciona que o tempo constitui o principal motivo de crise da justiça, afirmando que a excessiva duração do processo constitui enorme obstáculo para que ele cumpra os seus compromissos institucionais.

Daí a grande preocupação da doutrina processualista contemporânea em assegurar um processo célere e tempestivo. Essa busca, aliás, conduziu à expressa consagração, em patamar constitucional, do princípio da razoável duração do processo, positivado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, dispositivo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, com o seguinte teor: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Essa disposição não é, a rigor, uma novidade. A duração razoável do processo já tinha previsão na Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais²¹⁹, firmada em 4/11/1950. Também já estava disposta na Convenção Americana de Direitos Humanos²²⁰, assinada em 22/11/1969 e ratificada pelo Brasil em 25/09/1992.

Tais diplomas internacionais consagraram o direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável. Como informa Cruz e Tucci²²¹, a exegese desses dispositivos conduziu à compreensão de que processo razoável é aquele sem dilações indevidas, assim entendidas as delongas decorrentes de inobservância dos prazos

²¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. O autor faz interessante estudo sobre as repercussões do tempo do processo e indica os fatores da lentidão judicial, elencando fatores institucionais, fatores de ordem técnica e subjetiva e fatores derivados da insuficiência material.

²¹⁹ Artigo 6.º 1- Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso a sala de audiências pode ser proibido a imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

²²⁰ Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

²²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 87-88.

estabelecidos, os injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de atos processuais, bem como sempre que tais dilações decorram da vontade das partes (ou seus procuradores).

Nota-se, portanto, que não é possível estabelecer, objetivamente, as hipóteses violadoras do direito à duração razoável do processo, tendo em vista que as expressões “duração razoável” ou “dilações indevidas” constituem “conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como a simples inobservância dos prazos processuais pré-fixados”²²². No intuito de estabelecer parâmetros definidores dessa razoabilidade, a Corte Européia de Direitos do Homem firmou entendimento de que a análise sobre a duração razoável do processo deve passar por três critérios: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes de seus procuradores; e c) a atuação do órgão jurisdicional.

Essa preocupação de razoabilidade na duração do processo se fortalece na atual perspectiva do direito processual, que concebe o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Há muito, a ciência processual abandonou a noção do processo como relação jurídica absolutamente desvinculada do direito material sob tutela, como se a autonomia processual significasse indiferença e neutralidade quanto ao direito material tutelado.

Desde o instrumentalismo, percebeu-se que o processo tem a essencial incumbência de concretizar o direito material e, desse modo, alcançar os escopos sociais, jurídicos e políticos da jurisdição²²³. Nesse contexto, tornou-se lema da doutrina processual instrumentalista a afirmação chiovendiana de que “o processo deve proporcionar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”. Consagra-se, pois, a ideia de *efetividade processual*. O processo deve ser apto a proporcionar uma prestação jurisdicional concretizadora do direito material sob

²²² TUCCL, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 89.

²²³ Os escopos da jurisdição são tratados por Cândido Rangel Dinamarco, em sua clássica obra *A instrumentalidade do processo*. Segundo o doutrinador, o processo constitui instrumento estatal para se alcançar os escopos da jurisdição, que são de três ordens: sociais, jurídicos e políticos. Os escopos sociais são a pacificação com justiça e a educação da sociedade. O escopo jurídico corresponde à atuação da vontade concreta do direito objetivo. Finalmente, os escopos políticos da jurisdição consistem na afirmação do poder estatal, no culto às liberdades públicas e na garantia de participação do jurisdicionado nos destinos da sociedade (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998).

tutela. Segundo José Roberto Bedaque²²⁴, processo efetivo é aquele que proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material, mediante um equilíbrio entre segurança e celeridade.

A efetividade do processo pode ser extraída do princípio da inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV, art. 5º, CF), eis que, quando a norma constitucional estabelece a garantia de acesso à justiça, assegura-se não apenas a mera oportunidade de buscar o Judiciário, mas, sobretudo, o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Trilhando tal raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni²²⁵ enfatiza o caráter fundamental do direito à prestação jurisdicional efetiva, pois este decorre da própria existência de direitos e constitui a contrapartida da proibição da autotutela. É por essa razão que o direito à tutela jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, na medida em que constitui o direito de fazer valer os próprios direitos.

O direito à prestação jurisdicional efetiva, então, impõe a construção de técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos, pois a resposta judicial deve conferir tutela a toda e qualquer situação de direito substancial. Daí resulta a construção de tutelas diferenciadas em consonância com as especificidades do direito material sob tutela.

Nesse sentido se pronuncia Kazuo Watanabe²²⁶ ao afirmar que as exigências próprias do direito material por uma adequada tutela implicam a construção de técnicas e soluções específicas do direito processual, relacionadas à natureza do provimento, à duração do processo, à intensidade e amplitude da cognição, entre outros aspectos.

Desse modo, em face dos prejuízos que o decurso do tempo causa ao processo, constatou-se a necessidade de desenvolvimento de mecanismos aptos a proteger o direito tutelado, de modo a neutralizar os efeitos do tempo e, com isso, garantir a efetividade processual.

Tais mecanismos de mitigação dos efeitos do tempo no processo podem ser

²²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

²²⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 27.

divididos em dois grupos²²⁷. De um lado, existem providências que objetivam a aceleração do processo, sem prejuízo da atividade cognitiva do juiz. Trata-se da sumarização do procedimento, que pode ocorrer mediante a criação de ritos especiais, a exemplo dos procedimentos sumário (art. 275 e seguintes do CPC) e sumarássimo (Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/01), ou através da abreviação eventual do próprio rito ordinário, a exemplo do “julgamento antecipado da lide” (art. 330 do CPC).

De outro lado, encontra-se a sumarização da cognição, que atua “como uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada”²²⁸. Conforme sistematização de Kazuo Watanabe²²⁹, a cognição se divide nos planos horizontal e vertical. No plano horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada (parcial), conforme a extensão das questões que podem ser objeto da cognição judicial. No plano vertical, a cognição pode ser exauriente (completa) ou sumária (incompleta), segundo o grau de sua profundidade. Permite-se, então, a combinação dessas modalidades de cognição a fim de se conceber procedimentos diferenciados e adaptados às especificidades do direito material.

A prestação jurisdicional definitiva se dá mediante cognição plena e exauriente, ou seja, abrange todas as questões objeto do processo (pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa), sobre as quais se exerce uma cognição completa em sua profundidade. Propicia-se, assim, um juízo mais seguro que autoriza a formação da coisa julgada.

Há, entretanto, situações que não se recomenda aguardar o desenvolvimento da cognição plena e exauriente própria do provimento definitivo. Daí resulta a cognição sumária, que consiste em “uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical”²³⁰. Verifica-se, portanto, que a cognição sumária atua como técnica de concepção de processos destinados a atender direitos que exigem tutelas diferenciadas, “pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência da tutela em

²²⁷ Nesse sentido afirma Babosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. *GENESIS – Revista de Direito processual civil*, p. 287-288).

²²⁸ WATANABE, Kazuo. Ob. cit., p. 40.

²²⁹ WATANABE, Kazuo. Ob.cit., p. 127-129.

²³⁰ WATANABE, Kazuo. Ob. cit., p. 145.

razão da iminência de dano irreparável”²³¹.

Percebe-se, desse modo, que a cognição sumária se revela técnica processual utilizada para concepção da tutela antecipada, tema objeto do presente trabalho. É que, diante da inviabilidade de se aguardar um provimento definitivo, fundado em juízo de certeza decorrente da cognição exauriente, emerge a necessidade de efetivação de um provimento de antecipado, baseado em juízos de probabilidade e verossimilhança provenientes da cognição sumária.

3.2 A tutela antecipada como técnica processual

Costuma-se encontrar, na doutrina processualista, um estudo comparativo entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, em que são delineadas as distinções entre tais institutos. Com algumas variações entre os processualistas, passou-se a conceber, sobretudo após a generalização²³² da tutela antecipada com a Lei nº 8.952/1994, um quadro comparativo entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

De um lado, a tutela cautelar seria uma tutela de segurança, incapaz de satisfazer o direito material, pois seria destinada a assegurar a efetividade de outro processo, ou seja, garantidora do resultado útil de outro processo²³³.

Por outro lado, a tutela antecipada traduziria uma tutela satisfativa, apta a entregar provisoriamente o bem da vida pretendido pela parte, falando-se em tutela “antecipada” exatamente porque, através dela, antecipa-se a satisfação²³⁴ do direito.

Nessa concepção, portanto, o aspecto fundamental para distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada residiria na natureza conservativa da primeira e satisfativa da segunda. Tal elemento distintivo se encontra presente na doutrina

²³¹ WATANABE, Kazuo. Ob. cit., p. 167.

²³² Fala-se aqui em generalização da tutela antecipada porque, como se sabe, esta não foi criada com a Lei nº 8.952/1994. Antes disso, já existiam medidas liminares satisfativas (antecipatórias), por exemplo, no mandado de segurança e em procedimentos especiais, tais como as ações possessórias e os embargos de terceiro.

²³³ Para essa doutrina, o processo cautelar constituiria instrumento de proteção do processo, e este, por sua vez, consistiria no instrumento do direito material. Daí se falar na tutela cautelar como “instrumento do instrumento” ou “instrumento ao quadrado”, conforme clássica definição de Calamandrei (CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. da edição italiana de 1936, por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 41-42).

²³⁴ É o que se extrai da lição de Teori Zavascki: “Antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48).

amplamente majoritária, podendo ser citados, a título de exemplificação, os seguintes processualistas: Cândido Rangel Dinamarco²³⁵; Teori Albino Zavascki²³⁶; Athos Gusmão Carneiro²³⁷; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²³⁸; Cassio Scarpinella Bueno²³⁹; Kazuo Watanabe²⁴⁰; Daniel Amorim Assumpção Neves²⁴¹; Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini²⁴².

Embora tenha o mérito de perceber a diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada²⁴³, essa contraposição não encontra amparo em entendimento doutrinário mais recente²⁴⁴. Passa-se a compreender que tutela cautelar e tutela antecipada possuem naturezas diversas e, por isso, não devem ser confrontadas.

A tutela cautelar constitui *tutela jurisdicional* definitiva²⁴⁵, de cunho assecuratório (não-satisfativo), marcada pela temporariedade²⁴⁶, e não pela

²³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60-62.

²³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47-49.

²³⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 62-66.

²³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, p. 23-27.

²⁴⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 38.

²⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 1139-1140.

²⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 3. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37.

²⁴³ Apesar de atualmente reconhecida na doutrina dominante, a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada mostrou-se bastante tormentosa entre os processualistas. Houve quem, mesmo após a Reforma de 1994, insistisse na existência de satisfatividade na tutela cautelar, cujo traço essencial seria o *periculum in mora*. Nesse sentido, confira-se: MACHADO, Antonio Claudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273 I, do CPC. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

²⁴⁴ A propósito, confira-se: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47-50; MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 197, p. 27-66, jul. 2011; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional. *Revista de processo*, São Paulo, ano 38, n. 219, p. 307-344, mai. 2013, p. 14-15; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 467-475; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 32-33.

²⁴⁵ A tutela cautelar é definitiva, pois “tanto a tutela cautelar como a tutela satisfativa são tutelas finais que visam a disciplinar de forma definitiva determinada situação fático-jurídica” (MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária. Ob. cit., p. 3). O que se verifica, na verdade, é que as situações fático-jurídicas submetidas à tutela cautelar são mais instáveis do que aquelas submetidas à tutela satisfativa, uma vez que visam à proteção de direito submetido a perigo. Por isso, embora definitiva a tutela cautelar, os seus efeitos são temporários, pois duram enquanto durar o perigo. Diante dessa definitividade, a sentença cautelar, inclusive, tem aptidão para alcançar a coisa julgada. É claro, porém, que a coisa julgada cautelar não tem por objeto o direito acautelado, pois, quanto a

provisoriedade²⁴⁷. Trata-se de uma tutela de segurança, que visa a resguardar a futura satisfatividade do direito material em face de uma situação de perigo.

A tutela antecipada, por outro lado, consiste em *técnica processual* que antecipa os efeitos da tutela final, seja satisfativa ou cautelar. A técnica da tutela antecipada, então, traduz um meio para que seja prestada a tutela satisfativa ou a tutela cautelar. Caracteriza-se pelo momento em que é prestada a tutela jurisdicional, bem como em razão da cognição sumária que é exercida.

A partir daí, extraem-se duas observações. Primeiramente, nota-se que a tutela cautelar não se opõe à tutela antecipada, e sim à tutela satisfativa. Logo, a tutela jurisdicional pode ser cautelar (assegura a eficácia da futura realização do direito) ou satisfativa (realiza o direito).

Em segundo lugar, observa-se que a tutela antecipada, por ser provisória, se opõe à tutela definitiva. Trata-se, pois, de técnica processual através da qual é possível antecipar, provisoriamente, a conservação do direito (tutela antecipada cautelar) ou a satisfação do direito (tutela antecipada satisfativa).

Os arts. 273 e 461, §3º, do CPC apresentam hipóteses de tutela antecipada satisfativa, nas quais se antecipa a própria realização do direito. O art. 804 do CPC, por sua vez, contempla hipótese de tutela antecipada cautelar, na qual se antecipa a conservação do direito que somente seria obtida no final do processo cautelar.

Em suma, a tutela jurisdicional pode ser satisfativa ou cautelar, podendo ser prestada de forma definitiva ou antecipada.

este, a cognição é sumária. Na verdade, o objeto da coisa julgada cautelar está no direito à cautela e não no direito acautelado. Sobre a coisa julgada cautelar, confira-se, por todos: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista*, maio/2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/sentenca-cautelar-cognicao-e-coisa-julgada/>. Acesso em 17 out. 2013.

²⁴⁶ Embora pareçam contraditórias, as características da temporariedade e definitividade não são inconciliáveis entre si. Isso porque a *decisão* cautelar é definitiva, mas seus *efeitos* são temporários, pois duram o tempo necessário para a preservação a que se propõe.

²⁴⁷ A distinção entre temporariedade e provisoriedade está bem delineada na obra de Ovídio Baptista da Silva. Para o autor, a tutela cautelar é temporária porque deve durar enquanto dure a situação de perigo a que esteja exposto o interesse tutelado. Assim, a temporariedade diz respeito à duração temporalmente limitada, ao passo que a provisoriedade se refere àquilo que dura até que haja substituição por algo definitivo. O autor, então, se utiliza do exemplo dado por Lopes da Costa, segundo o qual os andaimes são temporários, pois devem permanecer até que o trabalho exterior de construção seja finalizado, mas não são provisórios, já que nada virá substituí-los. Já uma barraca utilizada até que seja construída uma habitação definitiva desempenha uma função provisória, pois será substituída (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 86-88).

O projeto do novo Código de Processo Civil, inclusive, consagra tal concepção na versão aprovada na Câmara dos Deputados. O art. 295²⁴⁸ projetado prevê expressamente que a tutela antecipada pode ter natureza satisfativa ou cautelar. Trata-se, aliás, de modificação introduzida naquela Casa Legislativa, cuja justificativa, de forma explícita, adota a concepção de tutela antecipada como técnica processual: “O que o Título IX do Livro I do Projeto do CPC (LGL\1973\5) prevê é a técnica da antecipação da tutela – designação conhecida e consagrada em nosso ordenamento. [...] Todo o capítulo cuida da concessão de tutela fundada em cognição sumária. Rigorosamente, tutela antecipada satisfativa ou cautelar”.²⁴⁹

A partir disso, pode-se compreender a tutela antecipada como “técnica direcionada a antecipar de forma provisória mediante cognição sumária a tutela jurisdicional do direito à parte visando à distribuição isonômica do ônus do tempo no processo”²⁵⁰.

Quanto à parte final do conceito adotado por Mitidiero, observa-se que, através da tutela antecipada, distribui-se o ônus do tempo do processo entre as partes de acordo com a maior ou menor probabilidade da veracidade das posições jurídicas afirmadas pelas partes.

Nas palavras de Mitidiero, “se a versão mais provável é a do demandante, esse merece tutela imediata, ainda que provisória, a fim de que o tempo do processo não seja um peso exclusivamente por ele suportado”²⁵¹.

²⁴⁸ Art. 295. A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

²⁴⁹ Todavia, na versão final aprovada no Senado Federal, promoveu-se uma alteração redacional em que se opta por diferente nomenclatura. Passa-se a conceber o gênero “tutela provisória”, de que são espécies (i) a tutela de urgência e (ii) a tutela de evidência. Já a tutela de urgência tem como espécies (i.1) a tutela cautelar (tutela provisória de urgência cautelar) e (i.2) a tutela antecipada (tutela provisória de urgência antecipada). Registre-se que tais modificações são meramente redacionais, não se alterando a natureza e o regramento substancial da matéria. Aliás, no próprio relatório desta versão final, fica consignado que se trata de mero ajuste redacional concernente à taxonomia, não implicando em inovação substancial do texto. Portanto, a compreensão aqui seguida de que a tutela antecipada é técnica processual que antecipa provisoriamente a tutela final (cautelar ou satisfativa) equivale à expressão “tutela provisória” na versão final do projeto do novo CPC. Já a expressão “tutela antecipada” adotada no projeto do novo CPC equivale à noção de “tutela antecipada satisfativa” aqui desenvolvida. Note-se, a propósito, que a característica marcante da tutela antecipada adotada neste trabalho é justamente a provisoriedade decorrente de um juízo de cognição sumária, o que deixa evidente a sua correspondência com o que a versão final do NCPC denomina de “tutela provisória”. Observe-se, ainda, que tais discussões terminológicas fogem ao objeto do presente estudo, que se destina ao exame da técnica legislativa aberta utilizada em seus pressupostos.

²⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 17.

²⁵¹ MITIDIERO, Daniel. *Tendências em tutela sumária*. Ob. cit., p. 5-6. Sobre a técnica antecipatória

Firmadas tais considerações, cumpre melhor explicar a razão pela qual se compreende a tutela antecipada como técnica processual.

A noção de técnica é bem exposta por Aroldo Plínio Gonçalves nos seguintes termos: “a noção geral da técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”²⁵². A técnica processual, nessa linha, pode ser compreendida como um conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados no processo.

Como explica Bedaque²⁵³, a técnica processual pode ser entendida como o conjunto de meios destinados a possibilitar que o processo atinja seu escopo maior, consistente na solução das crises verificadas no plano do direito material. Busca-se, com isso, encontrar mecanismos mais eficientes para que o processo alcance suas finalidades.

A tutela antecipada constitui técnica processual exatamente porque consiste em meio que se destina a antecipar a tutela satisfativa ou cautelar.²⁵⁴ Trata-se, pois, de mecanismo para que o processo preste a devida tutela jurisdicional, seja esta satisfativa ou cautelar.

Nessa linha, então, a tutela antecipada corresponde à técnica processual que antecipa provisoriamente a tutela final (satisfativa ou cautelar), com o objetivo de promover uma distribuição isonômica do ônus do tempo no processo.

3.3. Das cautelares típicas à generalização da antecipação da tutela

como instrumento de distribuição do ônus do tempo no processo, confira-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 272-274.

²⁵² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 23. O autor critica a ideia de que toda técnica seria de índole científica, pois não se pode negar a existência de técnicas antes da ciência, como procedimentos primitivos dotados de eficácia para a consecução das finalidades desejadas (Ibidem, p. 23).

²⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73 e ss. O autor reconhece, ainda, que técnica processual pode ser considerada em sentido mais amplo, “para compreender os momentos de formulação e interpretação da norma processual, além do modo de ensinar o direito processual: elaboração, conhecimento e interpretação” (Ibidem, p. 75).

²⁵⁴ Nessa linha defende Mitidiero: “O problema agora está em perceber que a técnica antecipatória é apenas um meio para realização da tutela satisfativa ou cautelar e que essas formas de tutela jurisdicional devem ser pensadas a partir do direito material – mais propriamente, à luz da teoria da tutela dos direitos” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 48).

Os textos normativos abertos vêm ganhando cada vez maior destaque no âmbito da atuação legislativa. Passa-se de uma técnica legislativa casuística, com a previsão de textos normativos fechados, rígidos e detalhados, para a consagração de textos vagos, com larga amplitude semântica.

Essa notável mudança no plano da técnica legislativa se mostra presente no percurso histórico-legislativo que vai das cautelares típicas à técnica antecipatória. A análise histórica da evolução legislativa da matéria revela que a origem das tutelas de urgência está ligada às cautelares típicas, previstas em textos normativos fechados e casuísticos, que se utilizam de uma detalhada descrição dos requisitos legais autorizadores de medidas tipicamente previstas.

Nesse sentido comenta Leonardo Carneiro da Cunha, ao tratar sobre os processos preparatórios, preventivos e assecuratórios existentes no processo comercial previsto no Dec. 3.084, de 1898:

Em primeiro lugar, estava previsto o 'embargo ou arresto', que tinha lugar em hipóteses expressamente indicadas de modo casuístico [...] com indicação de seus respectivos casos, de forma detalhada, exaustiva e casuística.²⁵⁵

Essa forma de elaboração dos textos normativos persistiu no CPC de 1939 e continua presente no CPC de 1973, atualmente vigente, subsistindo a previsão de medidas cautelares típicas, caracterizadas por requisitos precisamente descritos.

É o que se observa, por exemplo, no arresto. O art. 813 do CPC elenca, de forma casuística, as hipóteses autorizadas da medida:

Art. 813. O arresto tem lugar:

I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

II - quando o devedor, que tem domicílio:

a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;

b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;

III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas;

IV - nos demais casos expressos em lei.

²⁵⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional. *Revista de processo*, São Paulo, ano 38, n. 219, p. 307-344, mai. 2013.

Na disposição legal acima, observa-se a descrição pormenorizada das situações que ensejam a cautelar do arresto, devendo ser atendidos, além disso, os requisitos previstos no art. 814 do CPC, concernentes à prova literal da dívida líquida e certa e à prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.

O arresto, como se vê, constitui exemplo bastante nítido da utilização da técnica casuística na formulação dos textos normativos referentes às tutelas de urgência.

Todavia, as cautelares típicas não foram suficientes para a adequada tutela do direito material. A tipicidade desejada no modelo liberal de processo não era capaz de atender às necessidades do direito material, visto que as cautelares nominadas não poderiam descrever todas as situações possíveis que reclamam tutelas de urgência.

Daí a importância do poder geral de cautela, inicialmente consagrado no art. 675 do CPC de 1939 e posteriormente previsto no art. 798 do CPC de 1973. Com base nesse poder geral atípico, a prática do foro permitiu a utilização das “cautelares satisfativas”, desvirtuando a tutela cautelar em nome da efetividade processual.

Com a reforma do CPC, em 1994, ocorreu a generalização da tutela antecipada, fundada em pressupostos genéricos para sua concessão, aplicáveis a todos os procedimentos.

Tal evolução deixa patente a mudança na técnica legislativa das tutelas de urgência, passando da técnica casuística para a técnica aberta, que se opera mediante o estabelecimento de pressupostos vagos e indeterminados.

Nessa perspectiva, expõe Daniel Mitidiero:

No campo da técnica legislativa, finalmente, passa-se de uma legislação redigida de forma casuística para uma legislação em que se misturam técnica casuística e técnica aberta. No Estado Constitucional, o legislador redige as suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as consequências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de consequências jurídicas na própria proposição (técnica aberta).²⁵⁶

²⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 149.

Por isso, o autor aponta a *atipicização* como uma das tendências em matéria de tutela sumária. Explica Mitidiero que “a atipicização da técnica antecipatória constitui importante movimento para universalização da tutela jurisdicional dos direitos”²⁵⁷, tratando-se de “solução inevitável”.

Nessa perspectiva, bastante oportuna a lição de Leonardo Carneiro da Cunha ao se pronunciar nos seguintes termos:

[...] as medidas de urgência ou de evidência são essencialmente atípicas, sendo concedidas em razão das peculiaridades do caso. Seus requisitos são termos vagos ou indeterminados, constituindo verdadeiros tipos, por conterem uma estrutura flexível, gradual e aberta à realidade.²⁵⁸

Essa necessária atipicidade das tutelas de urgência é bem percebida por Barbosa Moreira, que, ao analisar as experiências italiana e francesa, observa que nem uma nem outra legislação tentou arrolar, em enumeração exaustiva, as providências adotáveis, ambas utilizando-se de termos genéricos. E conclui:

E cumpre reconhecer que não seria mesmo possível ao legislador prever de modo casuístico todas as situações concebíveis e prescrever para cada qual uma solução específica. Apenas *in concreto*, tomando em consideração as várias peculiaridades do caso, é que se poderá escolher o caminho adequado.²⁵⁹

A atipicidade das tutelas de urgência não é novidade no direito brasileiro. Desde o CPC de 1939, já existia, em seu art. 675, o poder geral de cautela, pelo qual seria possível a concessão de medidas atípicas. É preciso reconhecer, contudo, que a utilização inicial desse poder se deu de forma bastante tímida na prática dos tribunais²⁶⁰.

Essa tendência de atipicização da tutela antecipada encontra seu ponto máximo do projeto do novo CPC. Tanto o projeto de lei aprovado no Senado Federal (Projeto de Lei nº 166/2010) como o substitutivo aprovado da Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010) consagram a estruturação de toda a matéria referente à tutela antecipada²⁶¹ em textos normativos abertos que

²⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 197, p. 27-66, jul. 2011.

²⁵⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional. Ob. cit., p. 16.

²⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 8, n. 28, p. 286-297, abr.-jun. 2003, p. 291.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 102-103.

²⁶¹ Fala-se em tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, no texto aprovado na Câmara

consubstanciam medidas atípicas. Eliminam-se, com isso, os requisitos casuísticos das cautelares típicas, as quais decorrem do direito material à cautela e deixam de possuir autonomia procedimental.

Ao lado da atipicização, fala-se em *mobilidade* da técnica antecipatória. A utilização de textos normativos abertos permite que a tutela antecipada, seja cautelar ou satisfativa, se amolde às situações jurídicas apresentadas em juízo. Como explica Daniel Mitidiero, “a técnica antecipatória constitui importante fator de adequação do processo às necessidades do direito material e à maneira como as posições jurídicas das partes se apresentam em juízo”²⁶². Portanto, essa mobilidade permite uma natural variabilidade da técnica antecipatória.

Outra característica da técnica antecipatória, conforme indicado por Mitidiero, se refere à sua *plasticidade*. Afirma o processualista que a técnica antecipatória tem que ser dotada de plasticidade, “a fim de que possa recobrir de forma aderente a toda e qualquer tutela do direito que com ela se pretenda realizar ou salvaguardar judicialmente”²⁶³. Com isso se reconhece “o dever de o legislador infraconstitucional instituir técnicas processuais executivas atípicas para efetivação da tutela jurisdicional do direito mediante a técnica antecipatória”²⁶⁴.

Tais tendências da técnica antecipatória evidenciam a mudança da técnica legislativa utilizada nos seus respectivos textos normativos. Abandona-se a técnica casuística marcada pela formulação de hipóteses legais típicas e precisas, passando-se a adotar textos normativos abertos, caracterizados por sua vagueza semântica que confere atipicidade, mobilidade e plasticidade à técnica antecipatória.

3.4. Os pressupostos da tutela antecipada como conceitos jurídicos indeterminados

Demonstrou-se acima a mudança da técnica legislativa referente às tutelas de urgência, passando-se da técnica casuística de descrição pormenorizada das hipóteses legais, tal como consagrado nas cautelares típicas, para a técnica que se

dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010). Porém, no texto anterior, aprovado no Senado Federal (Projeto de Lei nº 166/2010), falava-se em tutela de urgência e tutela da evidência.

²⁶² MITIDIERO, Daniel. *Tendências em matéria de tutela sumária*. Ob. cit., p. 11.

²⁶³ Ibidem, p. 12.

²⁶⁴ Ibidem, p. 12.

utiliza de textos normativos abertos na formulação dos pressupostos da técnica antecipatória.

Realizada tal análise, importa neste momento adentrar especificamente no estudo dos textos que preveem os pressupostos da tutela antecipada. Primeiramente, parte-se para a análise dos termos utilizados na redação do art. 273 do CPC, dispositivo legal que estabelece a tutela antecipada genérica, de cunho satisfativo.

Recorde-se, nesse aspecto, que o texto desse dispositivo legal tem sua redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994. Ao tratar sobre a reforma de 1994, que generalizou a tutela antecipada no direito brasileiro, Arruda Alvim²⁶⁵ já comentava sobre a técnica e a linguagem utilizadas pelo legislador.

Afirma o autor, então, que seria inviável uma linguagem rígida, com mandamentos legais definitórios, pois isso retiraria a liberdade do juiz. Em uma sociedade em constante evolução, tem-se a necessidade de adoção de termos indeterminados para que o julgador seja o artífice dessas mudanças.

Daí a conclusão de Arruda Alvim no sentido de que a utilização de conceitos vagos ou indeterminados no art. 273 do CPC foi indispensável porque “se se houvesse servido de outra linguagem ou de outra técnica (precisa, casuística e minuciosa), certamente não se lograriam resultados úteis”²⁶⁶.

Semelhante foi a percepção de Barbosa Moreira, ao reconhecer que os pressupostos estabelecidos no art. 273 do CPC apresentam “expressões de contornos semânticos flexíveis” e constituem conceitos jurídicos indeterminados: “Cuida-se aí de conceitos jurídicos indeterminados, cuja concretização toca ao órgão judicial, mediante o exame cuidadoso das características da espécie sub judice”²⁶⁷.

De fato, ao se analisarem os pressupostos da tutela antecipada do art. 273 do CPC, nota-se que tais textos constituem conceitos jurídicos indeterminados. O primeiro pressuposto para concessão da antecipação da tutela se refere à “prova

²⁶⁵ ALVIM, José Manuel Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 107.

²⁶⁶ Ibidem, p. 107.

²⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva. *Revista de direito processual civil – Genesis*, Curitiba, mai/ago 1996, p. 338-346.

inequívoca” que conduza à “verossimilhança da alegação”. Tais expressões, certamente, consubstanciam conceitos jurídicos indeterminados.

O mesmo se pode afirmar sobre os pressupostos alternativos descritos nos incisos I e II do art. 273 do CPC. É certo que “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório” são termos indeterminados.

Também constituem conceitos jurídicos indeterminados os pressupostos da tutela antecipada específica prevista no § 3º do art. 461 do CPC, relativa às obrigações de fazer ou não fazer. Nesse sentido, “relevante fundamento da demanda” e “justificado receio de ineficácia do provimento final” são termos juridicamente indeterminados, caracterizados por alto grau de vagueza semântica.

Em relação aos pressupostos da tutela antecipada prevista no mandado de segurança, conforme termos inseridos no inciso III do art. 7º da Lei 12.016/2009, é certo que as expressões “fundamento relevante” e “possibilidade de ineficácia da medida” constituem, igualmente, conceitos indeterminados.

Todos os textos legais acima transcritos, que consubstanciam pressupostos de concessão de tutela antecipada, configuram conceitos jurídicos indeterminados, tendo em vista que tais termos apresentam vagueza semântica que confere alto grau de indeterminação²⁶⁸.

Assim, configurando-se conceitos indeterminados, tais pressupostos constituem expressões vagas, cuja indeterminabilidade semântica impõe uma atividade integrativa do aplicador.

²⁶⁸ Ao tratar dos pressupostos das tutelas de urgência na perspectiva aqui abordada, a doutrina reconhece que tais textos legais correspondem a conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido se manifestam Didier Jr., Braga e Oliveira: “A concessão da tutela antecipada é efeito jurídico decorrente de um enunciado normativo composto por conceitos juridicamente indeterminados, como, por exemplo, prova inequívoca e perigo de dano irreparável” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., 2011, p. 497). Athos Gusmão Carneiro, por sua vez, assinala “a norma legal se vale – e diferentemente não poderia ser, de expressões e conceitos abertos e indeterminados, adaptáveis pois à variedade de situações concretas” (CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 20). Daniel Neves parece trilhar o mesmo entendimento: “O juiz tem certa liberdade na apreciação do preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela antecipada em razão da utilização pelo legislador de normas abertas, com conteúdo indeterminado ou vago” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 1176). Cassio Scarpinella Bueno também menciona os pressupostos da tutela antecipada como “conceitos vagos e indeterminados” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 64). Ainda no mesmo sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ob. cit., 2013, p. 16; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 351; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 53.

Os pressupostos das tutelas de urgência conferem espaços de indeterminação a serem preenchidos pelo intérprete, encarregando o juiz de proceder a uma avaliação casuística do estado fático e das qualidades que a lei processual define como pressupostos²⁶⁹.

Assim, segundo Eduardo Costa²⁷⁰, nos pressupostos das tutelas de urgência, a hipótese fática da norma permanece aberta à obra do magistrado, como um modelo a ser construído e não pré-constituído. Com isso, em virtude do conteúdo semântico impreciso dos pressupostos para concessão das medidas de urgência, cabe ao juiz delimitá-las caso a caso.

Portanto, com base nas constatações acima, evidencia-se que os pressupostos da tutela antecipada constituem conceitos jurídicos indeterminados, na medida em que a indeterminação semântica reside no antecedente fático, estando predeterminado o consequente normativo.

Vislumbra-se, pois, a predeterminação do consequente normativo, de modo que a tarefa do intérprete consiste na fixação da premissa, cujo efeito jurídico se encontra determinado no texto normativo. É que, considerando-se presentes os pressupostos concessivos da tutela antecipada, o respectivo efeito jurídico já está predeterminado: a concessão da medida.

Daí se conclui que tais pressupostos não podem ser considerados cláusulas gerais²⁷¹, haja vista estas se caracterizarem pela indeterminação do consequente normativo, o que não se verifica nos textos legais acima mencionados.

No projeto do novo CPC, segue-se com a utilização predominante de conceitos jurídicos indeterminados na formulação dos pressupostos da tutela antecipada (ou tutela provisória, nos termos adotados no projeto de lei). Segundo o art. 300 projetado, constituem pressupostos da tutela de urgência os “elementos que

²⁶⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 54.

²⁷⁰ Ibidem, p. 54.

²⁷¹ Por outro lado, há quem considere como cláusulas gerais os textos normativos que estabelecem os pressupostos da tutela antecipada. Nessa linha, Ruy Henriques Filho cita o art. 273 do CPC como cláusula geral processual (HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Os direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais*. 2006. 184f. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, UFPR, Curitiba, 2006). Na verdade, o autor não apresenta uma clara distinção entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados, mencionando ainda “cláusulas de conteúdo indeterminado ou aberto”. Portanto, o entendimento daquele autor decorre de uma diferente forma de abordagem do tema, ao desconsiderar os traços distintivos das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados.

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

Já “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório” da parte, atualmente previstos no inc. II do art. 273 do CPC, passam a ser pressupostos da tutela de evidência (art. 309, I, NCPC), que independe da demonstração de urgência.²⁷²

Uma vez caracterizados os pressupostos da tutela antecipada como conceitos jurídicos indeterminados, importa apresentar um esclarecimento sobre a suposta discricionariedade judicial oriunda dessa indeterminação.

Essa discussão advém do direito administrativo²⁷³, porquanto importante parcela doutrinária²⁷⁴ compreende que a discricionariedade administrativa pode decorrer da utilização de conceitos indeterminados pelo legislador. Todavia, mostra-se indevida tal compreensão. Na verdade, a adoção de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais não implica discricionariedade administrativa, pois não se tem aí a oferta de opções ao administrador público. Trata-se apenas de aplicação e interpretação do texto normativo que não resulta em juízo de conveniência e oportunidade para o administrador.

No âmbito do direito processual civil, notadamente na concessão da tutela antecipada, é inequívoco que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados não implica a existência de poder discricionário do juiz.

Ocorre que, tratando-se de conceitos indeterminados, o processo de interpretação e aplicação dos pressupostos da tutela antecipada é bastante complexo e, em razão disso, o magistrado possui maior espaço interpretativo na averiguação desses pressupostos. Como se está diante de uma linguagem vaga, o

²⁷² No projeto do novo CPC, há novas três hipóteses de tutela da evidência: “Art. 309. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Nos incisos II e III, predominam termos determinados. Já o inciso IV traz os conceitos jurídicos indeterminados concernentes à “prova documental suficiente” e “prova capaz de gerar dúvida razoável”.

²⁷³ Conforme exposto no item 2.3.1 deste trabalho.

²⁷⁴ Por todos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 18-20.

jugador detém margem interpretativa para definir, no caso concreto, sobre a presença ou ausência dos pressupostos.

Isso não significa, porém, discricionariedade judicial, pois não há liberdade de escolha. Se presentes os pressupostos para concessão da medida, o juiz deve deferi-la; se ausentes, deve indeferi-la. Tanto é assim que a decisão sobre a tutela de urgência pode ser impugnada na via recursal, o que não seria possível caso se tratasse de decisão discricionária do juiz.

A questão é unanimemente tratada pela doutrina²⁷⁵, que proclama a inexistência de decisão discricionária do juiz na concessão de tutelas de urgência. Reconhece-se, na verdade, a maior complexidade do processo decisório, tendo em vista a utilização de conceitos indeterminados pelo legislador.

3.4. O poder geral de cautela como cláusula geral processual

Ao lado da tutela antecipada genérica (art. 273, CPC), da tutela antecipada específica de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461, § 3º, CPC) e da medida liminar no mandado de segurança (art. 7º, III, Lei 12.016/2009), merece especial atenção o poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC.

Em uma primeira análise, reconhece-se grande relevância ao poder geral de cautela, porquanto, através dele, possibilita-se a determinação de medidas cautelares atípicas. Assim, tal poder constitui fundamento para a atipicidade da tutela cautelar²⁷⁶, ou seja, possibilita a concessão de medidas cautelares inominadas, não descritas em lei.

²⁷⁵ A doutrina é pacífica ao reconhecer a inexistência de discricionariedade judicial, como se exemplifica pelos seguintes doutrinadores: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ob. cit., p. 352-353; BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 64; CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 20-21; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 497; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ob. cit., p. 1176; ALVIM, José Manuel Arruda. Ob. cit., p. 109-110; CÂMARA, Alexandre Freitas. Ob. cit., 2009, p. 437.

²⁷⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas, Ob. cit., 2002, p. 43. Semelhante lição é apresentada por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: "A tutela cautelar não fica restrita às medidas típicas, podendo o juiz conceder outras medidas atípicas em nome do poder geral cautelar que lhe confere o CPC 798" (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Ob. cit., p.1330). O Superior Tribunal de Justiça possui vários precedentes admitindo cautelares inominadas (atípicas) em decorrência do poder geral de cautela. A título de exemplificação, podem ser citados os seguintes julgados: REsp 627.759/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/04/2006, DJ 08/05/2006, p. 198; REsp 753.788/AL, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 400.

Daí a afirmação doutrinária no sentido de que o poder geral de cautela constitui poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional²⁷⁷, que tem lastro constitucional, pois decorre da garantia de acesso à justiça, pondo a salvo qualquer situação que, mesmo não prevista em lei, demande tutela jurisdicional.

Ademais, no manejo do poder geral de cautela, o art. 797 do CPC possibilita que o magistrado determine medidas cautelares de ofício, independentemente de requerimento da parte²⁷⁸. Havendo fundado receio de lesão grave e de difícil reparação, cabe ao juiz adotar as medidas necessárias para fornecer a tutela de segurança à pretensão da parte, no intuito de possibilitar a futura satisfação do direito material.

Feitas tais considerações, parte-se para a análise do texto normativo do poder geral de cautela, conforme disposto no art. 798 do CPC:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz *determinar as medidas provisórias que julgar adequadas*, quando houver *fundado receio* de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra *lesão grave e de difícil reparação*. (grifos acrescentados)

No texto normativo acima, nota-se que a hipótese legal é composta por termos indeterminados, cuja vagueza semântica confere ao juiz a função de atribuir, à vista do caso concreto, o conteúdo das expressões “fundado receio” de “lesão grave e de difícil reparação”.

O consequente normativo, por sua vez, também é indeterminado, tendo em vista que cabe ao magistrado “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas”. Não há, portanto, um efeito jurídico predeterminado, sendo de incumbência do juiz a fixação das consequências jurídicas.

Nesse sentido, revela-se bastante esclarecedora a explicação de Alexandre Gois de Victor:

No preceito em apreço os antecedentes fáticos apresentam-se, como é intuitivo, sob o signo da vagueza e indeterminação, razão porque caberá ao juiz preencher o conteúdo ou sentido das expressões “*fundado receio*” e “*lesão grave e de difícil reparação*”.

²⁷⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A moderna ótica do poder geral de cautela do juiz. *Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 534.

²⁷⁸ Nesse sentido explica Humberto Theodoro Júnior: “[...] as medidas cautelares inominadas, compreendidas dentro dos limites dos poderes processuais do juiz, tanto podem ser tomadas a requerimento da parte como *ex officio*” (Ob. cit., p. 99).

Por outro lado, deverá fixar, estabelecer, portanto, *criar* o consequente normativo (ou efeito jurídico), de maneira a eleger a *medida provisória adequada* que atenda ao caso concreto que tem sob os seus auspícios.²⁷⁹

Por isso se afirma que o poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC, constitui uma cláusula geral processual²⁸⁰, haja vista a indeterminação existente tanto do antecedente fático como no consequente normativo.

Há, inclusive, precedente do Superior Tribunal de Justiça²⁸¹ que considera o poder geral de cautela como cláusula geral processual que “clama a observância ao princípio da adequação judicial, propiciando a harmonização do procedimento às particularidades da lide, para melhor tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão”.

Assim, tratando-se de cláusula geral, o poder geral de cautela insere em sua disciplina jurídica um amplo domínio de casos, nas palavras de Karl Engisch. É que, com base no poder geral de cautela, possibilita-se a adoção de medidas para as mais variadas situações jurídicas. Nesse sentido, citem-se os seguintes exemplos de manejo da cautelar com base no poder geral de cautela²⁸²: a) para obtenção de efeito suspensivo a recursos extraordinário e especial, bem como à apelação em mandado de segurança; b) para destrancar recursos excepcionais obrigatoriamente retidos (art. 542, § 3º, CPC); c) para autorizar a produção de provas antes do momento regular, ainda que ausentes os requisitos para a cautelar típica de produção antecipada de provas; e d) para até mesmo obter o afastamento do juiz do caso na hipótese de exceção de suspeição desacolhida e pendente de análise recursal.

Tais exemplos ilustram a amplitude de situações jurídicas que podem ser objeto da tutela cautelar, o que se alcança em razão da indeterminação em ambos os extremos da estrutura normativa da cláusula geral do poder geral de cautela, promovendo uma adaptabilidade da tutela jurisdicional às infindáveis possibilidades do direito material.

²⁷⁹ VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. Ob. cit., p. 72.

²⁸⁰ Nesse sentido se manifesta Fredie Didier Jr (*Cláusulas gerais processuais*. Ob. cit., p. 9).

²⁸¹ STJ, REsp: 1241509 RJ 2011/0043812-6, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 09/08/2011, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 01/02/2012.

²⁸² Síntese trazida por Fernando Gajardoni (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Ob. cit., p. 536) a partir de situações colhidas em precedentes judiciais.

CAPÍTULO IV – A COMPLEXIDADE DO PROCESSO DE APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA E O PROBLEMA DA “JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA”

4.1 A tentativa de subsunção na aplicação dos pressupostos da tutela antecipada

Tradicionalmente, compreende-se a subsunção como método exclusivo de aplicação do direito, pelo qual se promove um enquadramento do fato à hipótese da norma, aplicando-se, assim, a norma jurídica no caso concreto.

Na era da codificação, todo o direito estaria contido nas leis e, em razão disso, a posição do aplicador seria meramente de adequação do fato à lei, através do procedimento lógico da subsunção²⁸³.

Com base no dogma da completude do ordenamento jurídico, aplicar-se-ia o direito mediante a subsunção pura, que se opera através da consideração do fato a ser enquadrado na classe de fatos constante da norma geral abstrata. Essa aplicação mecânica da lei reflete o momento histórico do auge do positivismo jurídico clássico do século XIX, em que o direito era o direito escrito²⁸⁴.

Esse sistema logicamente fechado fazia com que o aplicador realizasse uma atividade meramente dedutiva: partia da norma e verificava se o caso concreto se encaixava na hipótese normativa. Desse modo, aplicava-se o direito, unicamente, através da lógica, sendo a subsunção herança da escolástica e do racionalismo jusnaturalista²⁸⁵.

Portanto, a subsunção pode ser compreendida como a operação de encaixe entre conceitos. Trata-se de enquadrar o caso concreto na norma jurídica que o regula²⁸⁶.

Assim, com o positivismo jurídico como modelo dominante, a subsunção

²⁸³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção da aplicação do direito. *Faculdade de direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Org. Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 416.

²⁸⁴ Ibidem, p. 420.

²⁸⁵ Ibidem, p. 422-423.

²⁸⁶ Nesse sentido expõe Flóscolo da Nóbrega: “A aplicação do direito consiste, assim, em enquadrar o caso concreto numa norma jurídica que o regule; é o que em termos técnicos se chama subsunção, inclusão do particular no geral – aplicar o direito é subsumir o caso concreto na norma” (*Introdução ao direito*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987, p. 193).

despontou como método exclusivo de aplicação do direito, prevalecendo o raciocínio lógico-dedutivo pelo qual se tem a premissa maior (norma jurídica), a premissa menor (fato) e a conclusão, daí decorrendo a consequência jurídica.

Daí por que, entre os modelos da ciência dogmática do direito, o analítico²⁸⁷ foi o que mais se desenvolveu. Por esse modelo, realiza-se um procedimento de análise que consiste em um “processo de decomposição em que se parte de um todo, separando-o e especificando-o nas suas partes. O método analítico é, neste sentido, um exame discursivo que procede por distinções, classificações e sistematizações”²⁸⁸.

Essa prevalência do método analítico igualmente se verifica no âmbito do Direito Processual Civil. Desse modo, os processualistas partem para a análise do texto normativo em busca de estabelecer conceituações. É o que se verifica, inclusive, no estudo das tutelas de urgência.

Ao examinar o tema, a doutrina se dedica à conceituação dos pressupostos concessivos das tutelas de urgência, a partir da detida análise dos respectivos textos normativos. Desse empenho doutrinário resulta um esforço na delimitação conceitual no plano abstrato.

Nessa perspectiva analítica, portanto, a doutrina se debruça no estudo conceitual dos pressupostos da tutela antecipada satisfativa genérica (art. 273, I, CPC). Assim, a tarefa doutrinária inicial consiste em conciliar os termos “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”, aparentemente contraditórios. É que, como assinala Daniel Neves, “o termo inequívoco significa aquilo que não se tem mais dúvida, que não admite mais discussão, o que é, naturalmente, incompatível com a ideia de verossimilhança, que cuida tão somente da aparência da verdade”²⁸⁹.

Com esse objetivo, há corrente doutrinária, liderada por Barbosa Moreira, que

²⁸⁷ Adota-se aqui a divisão estabelecida por Tercio Sampaio Ferraz Jr., que identifica três modelos da ciência jurídica: analítico, hermenêutico e empírico. O modelo analítico apresenta uma sistematização de regras para a obtenção de decisões possíveis, possuindo um caráter em certa medida formalista. Já o modelo hermenêutico assume a ciência do direito como atividade interpretativa, construindo-se como um sistema compreensivo do comportamento humano. Finalmente, o modelo empírico segue a concepção de ciência do direito como uma investigação das normas de convivência, constituindo-se o pensamento jurídico como um sistema explicativo do comportamento humano (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 47-48).

²⁸⁸ Ibidem, p. 53.

²⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ob. cit., p. 1166. Daí a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni no sentido de que “há dificuldade de compreender como uma prova inequívoca pode gerar somente verossimilhança” (Antecipação da tutela, ob. cit., p. 167).

se vale da interpretação gramatical para, partindo do conceito de “inequívoco” como antônimo de “equivoco”, chegar à conclusão de que prova inequívoca é “aquela que só num sentido é possível entender – independentemente, note-se, de sua maior ou menor força”²⁹⁰. Para Barbosa Moreira, portanto, a expressão “prova inequívoca” não diz respeito à sua força persuasiva, pois esta capacidade para persuadir se exige enquanto “verossimilhança da alegação”.

Contudo, a compreensão de que “prova inequívoca” seria aquela que aponta em um único sentido sofre forte e consistente crítica. Como defende Luiz Guilherme Marinoni, “uma prova que aponta em dois sentidos também pode formar convicção de verossimilhança, bastando apontar para o direito do autor de forma mais convincente”²⁹¹. Aduz Marinoni²⁹² que a prova que aponta em dois sentidos pode ser valorada e conjugada com outra, não podendo ser excluída do conjunto probatório sobre o qual a convicção incide.

Por isso, a principal contribuição de Barbosa Moreira reside na percepção de que a expressão “prova inequívoca” corresponde ao meio de prova, não se referindo ao grau de convicção do julgador²⁹³. Isso porque, quanto à convicção do magistrado, o dispositivo legal exige apenas a verossimilhança da alegação, inerente à cognição sumária que caracteriza a tutela antecipada.

Embora tenham significados distintos, os pressupostos “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação” são interligados e, por isso, devem ser interpretados conjuntamente. Por essa razão, parece mais adequado compreender, conforme Bedaque, que “existirá prova inequívoca toda vez que houver prova consistente, capaz de formar a convicção do juiz a respeito da verossimilhança do direito”²⁹⁴.

Portanto, prova inequívoca é o meio de prova consistente, capaz de conduzir o julgador a um juízo de probabilidade²⁹⁵. Isso significa que, para a concessão da tutela antecipada satisfativa, faz-se necessário um juízo de verossimilhança

²⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação dos efeitos da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, n. 104, p. 103-104.

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, ob. cit., p. 172.

²⁹² Ibidem, p. 174.

²⁹³ Vale mencionar que prova é um termo plurívoco. Pode significar meio, atividade e resultado.

²⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 336-337.

²⁹⁵ Essa parece ser a posição de Didier Jr., Braga e Oliveira, que afirmam a prova inequívoca como a “prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária” (ob. cit., p. 498).

(probabilidade) acompanhado de prova, não podendo se sustentar em mera alegação da parte.

Superadas tais divergências sobre a precisa delimitação conceitual dos pressupostos acima analisados, a doutrina parece concordar que a tutela antecipada se funda em um juízo de probabilidade, próprio da cognição sumária e da provisoriedade do provimento, diferentemente da cognição exauriente pela qual se obtém um julgamento definitivo apto a produzir a coisa julgada material.

Além disso, a doutrina converge no entendimento de que a “prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação”, exigida na tutela antecipada satisfativa, é pressuposto mais intenso e rigoroso que o *fumus boni iuris* da tutela cautelar. É o que defende Kazuo Watanabe:

Mas um ponto deve ficar bem sublinhado: 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 até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dúvida, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples ‘fumaça’, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito.²⁹⁶

Semelhante lição é apresentada por Athos Gusmão Carneiro, ao afirmar que “a verossimilhança, em seu conceito jurídico-processual, é mais do que o ‘fumus boni iuris’ exigível para o deferimento de medida cautelar”²⁹⁷.

De um modo geral, a doutrina reconhece que a heterogeneidade dos textos normativos acarreta diferentes graus de convencimento, afirmando que o juízo de verossimilhança da tutela antecipada satisfativa se revela mais intenso e rigoroso do que o da tutela cautelar²⁹⁸. Essa gradação também é mencionada em alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça²⁹⁹.

²⁹⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, ob. cit., p. 33-34.

²⁹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 27.

²⁹⁸ Nesse sentido, confira-se: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ob. cit., p. 334. BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 35. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 501. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ob. cit., p. 1142-1143.

²⁹⁹ No julgamento do AgRg na MC 12968/PR, assim restou consignado: “Diferentemente do provimento de natureza tipicamente cautelar, que se satisfaz com o juízo de aparência (*fumus boni iuris*), a antecipação de tutela exige que o autor demonstre a verossimilhança de suas alegações por meio de prova inequívoca, o que traduz juízo de evidência bem mais complexo do que o exigido para a tutela cautelar” (AgRg na MC 12968/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 25/09/2007, DJ 05/10/2007, p. 245). No mesmo sentido: REsp 532570/RS, Rel. Ministro João Otávio

Por outro lado, apesar de mais robusto que o *fumus boni iuris* da tutela cautelar, o pressuposto da prova inequívoca da verossimilhança da alegação é apontado pela doutrina como menos rigoroso ou intenso que o “fundamento relevante” exigido para a concessão de medida liminar no mandado de segurança³⁰⁰.

Daí é possível estabelecer uma linha de convencimento que pode ser assim representada: *fumus boni iuris* < prova inequívoca da verossimilhança da alegação < fundamento relevante.

É o que explica Cassio Scarpinella Bueno:

Dados esses confrontos, seria possível tecer um gráfico de intensidade do convencimento do magistrado. O *fumus boni iuris* representa um grau menos intenso de convencimento do que a ‘prova inequívoca da verossimilhança da alegação’, que, por sua vez, é menos intensa do que o ‘fundamento relevante’ do mandado de segurança.³⁰¹

Diante disso, evidencia-se o grande esforço intelectual da doutrina para conceituação dos pressupostos da tutela antecipada, com a consequente gradação do convencimento judicial.

Isso ocorre exatamente para possibilitar a operação da subsunção, pois esta se realiza através do encaixe entre conceitos: compara-se o conceito do fato ao conceito da norma, operando-se o enquadramento próprio do processo subsuntivo. Daí a necessidade de delimitação conceitual dos pressupostos da tutela antecipada.

Desse modo, com a conceituação dos pressupostos das tutelas de urgência e o estabelecimento de graus de convencimento do magistrado, a doutrina pretende a aplicação desses pressupostos através do método da subsunção.

Percebendo a questão, Eduardo da Fonseca Costa assinala:

Com isso, para os analíticos, a concessão do provimento de urgência só pode ser entendida como um simples ato *concepto-subsuntivo*: para que o juiz conceda a medida liminar, cabe-lhe verificar se o direito alegado pelo autor e se o perigo concreto que ele diz afligi-lo se enquadram, respectivamente, nos ‘bem delimitados’ conceitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.³⁰²

Desse modo, pretende-se utilizar o raciocínio lógico-dedutivo da subsunção

de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21/10/2004, DJ 13/12/2004, p. 292.

³⁰⁰ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 36. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 502.

³⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., 36.

³⁰² Ibidem, p. 50.

para aplicar os pressupostos das tutelas de urgência, como se o deferimento de medidas liminares dependesse de um simples enquadramento dos fatos à norma jurídica.

Com esse objetivo, parcela da doutrina chega a estabelecer as etapas pelas quais o raciocínio jurídico se desenvolve para apreciação do pedido de tutela de urgência, expondo um passo-a-passo da tarefa judicial de apreciação dos pressupostos das tutelas de urgência.

Nessa perspectiva se manifesta, por exemplo, Antônio Cláudio da Costa Machado:

Por sua íntima conexão com o direito material – dada a identidade fático-jurídica existente entre a causa petendi da ação de conhecimento e causa petendi remota da ação cautelar –, a atividade lógico-intelectiva do magistrado em relação ao *fumus boni iuris* passa por quatro etapas: a) investigação superficial dos fatos que fundamentarão a ação principal; b) investigação superficial do direito aplicável a tais fatos (também aqui vale a proposição *iura novit curia*); c) subsunção aparente dos fatos ao direito; d) declaração da existência do *fumus boni iuris*. Já no que concerne ao *periculum in mora*, um pouco menos complexa se nos afigura a atividade intelectual do juiz que, por seu caráter processual, passa por apenas três etapas: a) investigação superficial dos fatos relativos à situação de perigo, em que se encontra envolto o direito, e à irreparabilidade absoluta ou relativa deste; b) subsunção aparente dos fatos à figura do *periculum in mora*; c) declaração da existência deste requisito.³⁰³

Com base nas considerações acima, busca-se sintetizar, neste ponto do trabalho, que o tratamento analítico e conceitual dos pressupostos das tutelas de urgência prevaleceu por se acreditar que a concessão dessas medidas seria um problema subsuntivo, ou seja, de simples enquadramento do fato à norma jurídica mediante tal encaixe conceitual.

4.2 O modelo analítico e o distanciamento da realidade: a separação entre teoria e prática na concessão de medidas liminares

O tratamento analítico dos pressupostos das tutelas de urgência, como exposto acima, resulta em um estudo abstrato e conceitual do tema. Essa postura, no entanto, acarreta um distanciamento da realidade, pois deixa de se preocupar

³⁰³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 101.

com a dinâmica externa e concreta da vida social para se voltar à sua própria dinâmica, interna e abstrata³⁰⁴.

Trata-se de uma influência do paradigma racionalista que, como aponta Ovídio Baptista da Silva³⁰⁵, buscou fazer do Direito uma “ciência” sujeita à metodologia da matemática, transformando o pensamento jurídico em um conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade. Uma das consequências dessa metodologia é a separação entre o direito dos grandes sistemas teóricos e aquele dos práticos forenses. Há, nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, um “divórcio entre o direito que se pratica no foro e o direito exposto pela doutrina dos sábios em seus manuais e reproduzido pela cátedra universitária”³⁰⁶.

Evidencia-se, nessa perspectiva, uma separação entre teoria e prática na concessão de medidas liminares. É possível comparar, então, “o sentido ‘morto’ e meramente frásico do texto de lei com o sentido ‘vivo’ e contextualizado da norma concretamente vivenciada”³⁰⁷.

Tal desencontro entre teoria e prática se percebe, inicialmente, pela frustrada tentativa de medição em graus dos pressupostos das diferentes modalidades de tutela de urgência. Aquela linha de convencimento judicial (*fumus boni iuris* < prova inequívoca da verossimilhança da alegação < fundamento relevante), apesar de teoricamente bem formulada, não tem aplicação prática relevante, pois não é possível matematizar o raciocínio jurídico.

Como observa Marinoni³⁰⁸, não tem propósito pretender explicar o conceito de prova inequívoca mediante uma tentativa de comparação entre a verossimilhança do art. 273 e o *fumus boni iuris* da tutela cautelar, como se a prova e a cognição pudessem ser medidos em graus.

Para o processualista paranaense, não há lógica na distinção entre a convicção de verossimilhança da tutela antecipatória e aquela característica da tutela cautelar, sendo um enorme equívoco supor que a verossimilhança possa variar

³⁰⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*, ob. cit., p. 49. O autor utiliza a expressão “direito vivo”, cunhada por Eugen Ehrlich, para designar a perspectiva pragmática da concessão de medidas liminares, em oposição ao “direito morto” presente nos textos legais.

³⁰⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. Ob. cit., 2006, p. 1.

³⁰⁶ Ibidem, p. 35.

³⁰⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*, ob. cit., p. 27.

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, ob. cit., p. 171.

conforme se trate de tutela cautelar ou de tutela antecipatória. Marinoni³⁰⁹ afirma, por isso, que tal gradação não passa de uma tentativa, sem êxito, de empregar a lógica matemática para demonstrar algo que não pode ser por ela explicado.

Segundo Marinoni³¹⁰, a doutrina que assim aborda a questão supõe que, formatando a atividade judicial, ou seja, definindo o grau de convencimento ou a qualidade da prova hábil à decisão, pode resolver a problemática que envolve a tutela antecipada. Todavia, aponta o autor que, havendo uma referência legislativa a um juízo de verossimilhança, o legislador reconhece que a necessidade da tutela antecipada depende das peculiaridades do caso concreto.

Por tais motivos, a delimitação dos graus de convencimento judicial, apesar da elegante formulação teórica, não se aplica na prática dos tribunais. Como reconhece Cassio Scarpinella Bueno, o gráfico de intensidade de convencimento do magistrado tem relevância teórica, mas não encontra repercussão prática:

Mas está certo no papel, porque não funciona na prática. Na prática, não é possível ligar à mente do magistrado que analisa uma petição inicial de ação cautelar, de ação com pedido de tutela antecipada ou de mandado de segurança, uns tantos conectores para que seja medido o grau ou intensidade de convencimento que ele forma a partir do que é narrado e/ou documentado pelo autor.³¹¹

A mesma conclusão é obtida por Eduardo José da Fonseca Costa³¹², para quem a diferenciação entre os graus de convencimento judicial não tem valor prático. Explica o autor, com propriedade, que tal classificação somente é possível no plano teórico, mas, na prática, os juízes não atrelam as modalidades de tutela de urgência a cada um desses graus.

Para Eduardo Costa³¹³, portanto, embora as disposições legais prevejam diferentes termos para a definição dos seus pressupostos, a identidade funcional que reúne as modalidades de tutela de urgência faz com que esses pressupostos sejam os mesmos.

Afirma o autor, com isso, que as diversas espécies de tutela de urgência, na prática dos tribunais, acabam sendo concedidas com base nos mesmos

³⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, ob. cit., p. 171.

³¹⁰ Ibidem, p. 172.

³¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 36-37.

³¹² COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*, ob. cit., p. 35-41.

³¹³ Ibidem, p. 40.

pressupostos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), apesar dos diferentes termos consagrados nas disposições legais³¹⁴.

Tal constatação de inaplicabilidade prática daquela linha de convencimento judicial teoricamente formulada leva à percepção de que não é possível a aplicação dos pressupostos da tutela antecipada por meio da subsunção.

Com efeito, não é viável o modelo subsuntivo na aplicação dos pressupostos da tutela antecipada porquanto, tratando-se de textos normativos abertos, sua vagueza semântica impede uma precisa delimitação conceitual desses pressupostos.

Como reconhece Eduardo José da Fonseca Costa³¹⁵, os pressupostos para concessão de medidas liminares são termos vagos, indeterminados ou fluidos, tornando-se muito difícil sua definição, de modo que o conteúdo da urgência (*periculum in mora*) e da evidência (*fumus boni iuris*) somente pode ser obtido em cada caso concreto, cabendo ao juiz avaliar se a urgência e evidência apresentadas *in concreto* são suficientes para a concessão da medida.

Essa ausência de precisão conceitual, inerente aos textos normativos abertos, impossibilita que se opere o encaixe entre conceitos próprio da subsunção. Ora, inexistindo um conceito normativo preciso, não é viável enquadrar o conceito do fato ao conceito da norma, pois este último não pode ser delimitado.

Em suma, não é possível subsumir o caso concreto aos pressupostos concessivos da tutela antecipada, pois tal aplicação vai além do simples enquadramento do fato à hipótese da norma.

Há, ainda, outro aspecto que evidencia a separação entre teoria e prática quando se fala em concessão de medidas liminares, tal como constatado por Eduardo José da Fonseca Costa.

Como se sabe, os pressupostos para concessão das tutelas de urgência são cumulativos. Para o deferimento da tutela antecipada de urgência (art. 273, I, CPC), exige-se a presença da prova inequívoca da verossimilhança da alegação cumulativamente com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

De igual modo, para a concessão da tutela cautelar (arts. 798 e 801, IV, CPC), faz-se necessário que estejam presentes o fundado receio de lesão e o risco de

³¹⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 41.

³¹⁵ Ibidem, p. 152-153.

lesão grave ou de difícil reparação.

Nesse aspecto, a doutrina é unânime em exigir a presença cumulativa de ambos os requisitos (urgência e evidência), de modo que, ausente qualquer deles, a medida pleiteada deve ser indeferida.

Entretanto, Eduardo Costa identifica que, na prática, os pressupostos das medidas liminares não são aplicados de modo tão mecânico e simplista como se imagina na teoria. Segundo o autor, na prática dos tribunais, quanto mais intenso o *fumus boni iuris*, com menor rigor o *periculum in mora* é exigido, assim como, quanto mais intenso for o *periculum in mora*, menos se exige na análise do *fumus boni iuris*. Afirma-se, com isso, a possibilidade de que “a presença ‘forte’ de um pressuposto ‘compense’ a presença fraca do outro”³¹⁶.

Para comprovar tais assertivas, Eduardo Costa exemplifica situações concretas em que ocorre essa “compensação mútua” entre *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, apresentando as hipóteses de concessão de medidas liminares.

O autor cita, então, a medida liminar concedida como (a) *tutela de evidência extremada sem urgência*³¹⁷ (tutela de evidência extremada pura). Nessa hipótese, está-se diante de uma pretensão de direito material de existência quase certa, o que leva à concessão da medida liminar sem que seja tomada em consideração a existência do *periculum in mora*. A procedência da demanda, nesse caso, salta aos olhos do julgador, atraindo o foco de atenção para o *fumus boni iuris*, deixando o *periculum in mora* de ser visto como motivo para a outorga da tutela de urgência. Isso é comum, por exemplo, nas demandas tributárias e previdenciárias, nas quais a petição inicial apresenta provas robustas e pré-constituídas e a matéria de direito já se encontra reconhecida pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Há, por outro lado, situações nas quais se concede a medida liminar como (b) *tutela de urgência extremada sem evidência*³¹⁸ (tutela de urgência extremada pura). Nessas hipóteses, o magistrado não apresenta qualquer consideração relevante sobre o *fumus boni iuris*, como se o *periculum in mora* fosse o único pressuposto para a concessão da medida liminar. Isso ocorre quando o perigo de dano irreparável é extremado a ponto de absorver todo o foco da atenção do julgador.

³¹⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 19.

³¹⁷ Ibidem, p. 71-90.

³¹⁸ Ibidem, p. 91-122.

O exemplo mais comum de tutela de urgência extremada sem evidência se refere aos casos de direito à saúde. Nessas situações, o perigo de dano irreparável é máximo, pois o bem jurídico ameaçado é a vida, aplicando-se o seguinte raciocínio: “salve-se a vida; só após se discuta o direito”³¹⁹. Outra hipótese dessa modalidade consiste no pedido liminar de candidato em concurso público pelo qual se pleiteia a participação na etapa seguinte do certame. Nesse caso, a urgência é máxima porquanto, se o candidato não puder participar da etapa seguinte, a ação perderá a sua razão de ser, inviabilizando a efetivação de eventual sentença de procedência futura. O mesmo raciocínio se verifica em procedimentos licitatórios, nos quais os licitantes, muitas vezes, requerem medidas liminares para prosseguir na licitação, pois, caso contrário, impossibilita-se a efetivação de eventual sentença de procedência, já que o autor não teria participado das demais fases da licitação. Mais um exemplo de tutela de urgência extremada sem evidência se refere às medidas liminares ambientais. Nesses casos, tem-se urgência extremada em razão do bem jurídico tutelado, pois o meio ambiente ecologicamente equilibrado tem especial proteção constitucional (art. 225, CF) e os danos ambientais normalmente são irreversíveis, sendo extremado o perigo de dano irreparável. Nesses casos, ademais, reforça-se o *periculum in mora* pela incidência do princípio da precaução.

A tutela de evidência extremada pura e a tutela de urgência pura são apontadas por Eduardo Costa como as hipóteses mais extravagantes de medidas liminares, pois sua concessão se afasta do usual, integrando a categoria dos casos-limite.

Assim, o autor apresenta outras hipóteses menos radicais em que *fumus boni iuris* e *periculum in mora* se fazem concomitantemente presentes, ainda que de forma não homogênea. Para Eduardo da Fonseca Costa, portanto, há também os seguintes tipos de medida liminar: (c) *tutela de evidência extremada e de urgência não extremada*, na qual existe um *fumus boni iuris* contundente, suficiente para a concessão da tutela de evidência extremada pura, sendo reforçado por um *periculum in mora* mais tênue; (d) *tutela de urgência extremada e de evidência não extremada*, na qual, além da urgência extremada que já justificaria a concessão da medida, acrescenta-se uma evidência intermediária; (e) *tutela de evidência e urgência*

³¹⁹ Ibidem, p. 95.

extremadas, situação na qual se verifica a presença robusta tanto da evidência quanto da urgência; (f) *tutela de evidência e urgência não extremadas*, nas qual *fumus boni iuris* e *periculum in mora* se apresentam em níveis igualmente intermediários.

Além dessas hipóteses, Eduardo Costa apresenta dois outros tipos de medida liminar, cuja concessão se dá em razão da presença exagerada de um dos pressupostos, sendo tal demasia presumida por lei: (g) *tutela de evidência pura de extremidade legalmente presumida*, na qual se exige apenas a presença dos elementos que a lei considera suficientes para configuração do *fumus boni iuris* extremado, dispensando-se a demonstração do *periculum in mora* (p. ex., ação de manutenção ou de reintegração de posse nova – art. 928, CPC – e embargos de terceiro – art. 1.051, CPC); (h) *tutela de urgência pura de extremidade legalmente presumida*, na qual a presença exagerada do *periculum in mora* se presume caso estejam presentes os elementos elencados pela lei como suficientes para a concessão da medida, prescindindo-se do exame do *fumus boni iuris* (p. ex., imissão provisória da posse em ação de desapropriação – art. 15, Decreto-lei 3.365/41).

Portanto, em sua pesquisa de cunho pragmático, Eduardo José da Fonseca Costa³²⁰ identifica que o Poder Judiciário, na prática, estabelece uma relação de complementaridade entre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, havendo, assim, uma lógica de compensação mútua. Nessa perspectiva, tais pressupostos atuam em regime de integração e de complementação recíproca, afastando a afirmação de que seriam pressupostos autônomos e independentes, como se a verificação de um fosse absolutamente separada da análise do outro.

O processualista aduz, dessa forma, que a concessão de medidas de urgência depende da “existência de um único pressuposto, que é o *resultado da valoração* que o juiz faz a respeito do estado de tensão entre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, tal como configurados *in concreto*”³²¹.

Tais considerações demonstram que a análise tradicional dos pressupostos da tutela antecipada não consegue explicar satisfatoriamente o seu processo de aplicação, pois se limita a uma abordagem meramente conceitual dos textos legais. Esse modo de análise, porém, supõe que a aplicação das tutelas de urgência

³²⁰ Ibidem, p. 147-148.

³²¹ Ibidem, p. 149.

consistiria em simples subsunção, como se as medidas liminares fossem concedidas com base em um raciocínio lógico-dedutivo de enquadramento do fato à norma.

A prática dos tribunais, por outro lado, revela que a concessão de medidas liminares envolve um complexo processo decisório que extrapola a subsunção. Em razão dos textos normativos abertos que caracterizam os pressupostos da tutela antecipada, tem-se uma vagueza semântica que promove uma abertura à valoração do julgador, permitindo-lhe a aplicação do direito com ampla adaptabilidade às peculiaridades do caso concreto.

Daí a necessidade de uma releitura crítica sobre o processo de aplicação da tutela antecipada, superando-se o dogma da subsunção como método exclusivo de aplicação do direito.

4.3 Subsunção e concreção como métodos de aplicação do direito

Diante das considerações delineadas no tópico anterior, percebe-se que, na atual perspectiva do sistema jurídico, a subsunção não constitui método exclusivo de aplicação do direito, sobretudo diante da sua inadequação para aplicação dos textos normativos abertos.

Com efeito, diante da consagração de textos normativos abertos e do reconhecimento da distinção entre texto e norma, impõe-se uma releitura do processo de aplicação e realização do direito. Isso porque a diversidade da linguagem normativa implica distintos métodos de aplicação do direito.

Segundo Humberto Ávila, as normas jurídicas se diferenciam pela medida de rigidez ou grau de tipicidade da previsão normativa. As prescrições normativas com formação rígida ou tipificação máxima³²² “possuem linguagem determinada e fornecem particularidades suficientes para determinação do seu sentido, sem intensa atividade valorativa por parte do aplicador”³²³.

Para tais prescrições normativas, a aplicação do direito se opera mediante a subsunção, compreendida como o ato de colocar em correspondência o conceito do fato com o conceito da norma, enquadrando fatos particulares em uma dada classe

³²² Assim podem ser considerados os textos normativos fechados.

³²³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção da aplicação do direito. *Faculdade de direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Org. Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 446.

normativa³²⁴.

Ávila diferencia, por outro lado, as prescrições normativas de linguagem aberta e indeterminada, as quais não fornecem particularidades suficientes para a determinação do seu sentido, senão por meio do preenchimento valorativo condicionado à análise do caso concreto³²⁵.

Evidencia-se, pois, que a subsunção encontra diversos obstáculos para aplicação de determinadas normas jurídicas, não podendo ser considerada método exclusivo de aplicação do direito.

Nesse sentido, Humberto Ávila³²⁶ indica diversos obstáculos para a subsunção enquanto técnica exclusiva de aplicação do direito. Primeiramente, o autor observa que a subsunção apresenta uma rigidez classificatória que proporciona falta de informação sobre as circunstâncias de fato. Com isso, o fato individual não é apreendido na sua totalidade, havendo a desconsideração de objetos individuais não valorizados pela norma abstrata.

Além disso, Ávila³²⁷ sustenta que a subsunção compromete os valores sistemáticos, por duas razões: os fatos nem sempre se encaixam perfeitamente no conceito normativo e a norma jurídica não resulta de um isolado veículo normativo, mas do sistema globalmente considerado.

Tais obstáculos se mostram evidentes diante de textos normativos abertos. A subsunção, como operação de encaixe entre conceitos, pressupõe a identidade conceitual: o fato deve ser enquadrado no conceito normativo. Essa operação, entretanto, não é possível diante de textos abertos, como as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados. Isso porque, nesses tipos de texto, a hipótese normativa é vaga, não havendo uma precisão semântica que permita o enquadramento³²⁸ do fato à norma.

Ora, inexistindo conceito normativo preciso, não é possível verificar a identidade conceitual necessária à subsunção. Tratando-se de termo indeterminado, resta inviabilizado o enquadramento do fato à hipótese normativa, pois esta última

³²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção da aplicação do direito*. Ob. cit., p. 413.

³²⁵ Ibidem, p. 446.

³²⁶ Ibidem, p. 426.

³²⁷ Ibidem, p. 426-427.

³²⁸ Nesse sentido aponta Humberto Ávila ao afirmar que a subsunção “não supera a vagueza das normas que não encontram, diretamente, fatos a encaixar” (ibidem, p. 448).

não tem o seu sentido determinado abstratamente.

Nos textos normativos abertos, não há uma formulação acabada da premissa maior e da premissa menor, de modo que tais elementos são construídos pelo próprio aplicador³²⁹. Daí por que não há, nessas situações, uma mera operação lógica de subsunção.

Diante disso, evidencia-se que o processo de aplicação dos textos normativos abertos não ocorre mediante subsunção, pois “requerem, em maior intensidade, um processo volitivo complexo – concreção –, por meio do qual a norma é preenchida de conteúdo de sentido, de acordo com valores intra e extra-sistemáticos”³³⁰.

A aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, portanto, se dá através da concreção. Para Ávila, a concreção “consiste no processo de aplicação do direito que, substituindo as notas abstratas pelas especificidades concretas, atribui sentido concreto às normas”³³¹.

Como os textos normativos abertos não têm um sentido determinado, em razão da sua vagueza semântica, faz-se necessário que esse sentido seja atribuído concretamente, o que se realiza por meio da concreção.

Na concreção, a aplicação do direito apresenta elementos não estritamente “positivos”, pois envolve também valores extrajurídicos, de modo que a subsunção constitui apenas parte do processo de concreção³³². A aplicação do direito, portanto, extrapola a mera subsunção como procedimento lógico-dedutivo, havendo, na verdade, uma “mescla de indução e dedução”³³³.

Humberto Ávila³³⁴ apresenta cinco elementos externos integrantes da concreção: a) finalidade concreta da norma; b) pré-compreensão; c) valoração judicial dos resultados da decisão; d) precedente judicial; e) consenso como fundamento parcial da decisão.

A finalidade concreta da norma³³⁵ constitui elemento fundamental de

³²⁹ Ibidem, p. 437.

³³⁰ Ibidem, p. 446.

³³¹ Ibidem, p. 419.

³³² Reconhece-se que a subsunção compõe o processo de concreção. Por isso, não se mostra adequado opor “subsunção *versus* concreção” como se fossem métodos incomunicáveis, separados em compartimentos estanques. Na verdade, o enquadramento conceitual próprio da subsunção também existe na concreção.

³³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Ob. cit., 1997, p. 429.

³³⁴ Ibidem, p. 439-443.

³³⁵ ÁVILA, Humberto Bermann. Ob. cit., 1997, p. 439.

aplicação do direito. Na determinação do sentido da norma, busca-se o fim visado pelo preceito legal. Trata-se aqui do conhecido método teleológico de interpretação.

A pré-compreensão³³⁶, por sua vez, constitui o procedimento prévio do aplicador na delimitação do significado da norma. O aplicador atua seletivamente, tanto na análise das circunstâncias de fato, como na definição das normas aplicáveis ao caso, existindo, nessa atuação, componentes axiológicos e extralegislativos.

Outro elemento integrante do processo de concreção se refere à valoração judicial dos resultados da decisão³³⁷. Tal valoração consiste em uma ponderação dos resultados realizada pelo aplicador, que antecipa imaginárias soluções para o caso e constrói o seu juízo da premissa maior e da premissa menor. Trata-se, portanto, de uma atividade valorativa, cujos valores se manifestam diante do caso concreto.

Ademais, o precedente judicial³³⁸ constitui elemento da concreção, pois exerce função de direcionamento da individualização da norma abstrata. Nos textos normativos abertos, o conteúdo da norma não pode ser definido antes da análise do caso concreto, de modo que o precedente serve para alcançar o sentido dessas normas, transformando fatores metajurídicos em elementos jurídicos.

Diante da complexidade do processo de concreção, a jurisprudência atua para dar certeza e segurança às relações jurídicas. O problema da certeza do Direito passa a depender tanto do conhecimento da lei, como de sua uniformidade de obediência.

Finalmente, o último elemento da concreção, citado por Humberto Ávila, se refere ao consenso como fundamento parcial da decisão³³⁹. No diálogo entre as teses contraditórias, prevalece aquela que possui maior capacidade de consenso. Nessa perspectiva, a ideia de justiça se aproxima da ideia de consenso social e, desse modo, a decisão será justa quando melhor se adaptar aos valores do meio social.

4.4 Concreção como método de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada

³³⁶ Ibidem, p. 439-440.

³³⁷ Ibidem, p. 440-441.

³³⁸ Ibidem, p. 441-443.

³³⁹ Ibidem, p. 443-444.

Partindo da premissa de que os pressupostos da tutela antecipada consubstanciam conceitos jurídicos indeterminados, fica evidente que a sua aplicação se dá mediante o processo de concreção.

Com efeito, diante de textos normativos abertos, percebe-se que sua aplicação não se esgota na simples subsunção, pois não se mostra viável o encaixe conceitual próprio do processo subsuntivo, como já destacado acima.

Tal impossibilidade se verifica na medida em que não é viável a conceituação, no plano abstrato, dos textos normativos abertos, já que seu sentido e conteúdo somente podem ser atribuídos à vista do caso concreto.

Basta analisar, por exemplo, os termos “verossimilhança das alegações” (art. 273, *caput*, CPC) ou “fundado receio de lesão grave” (art. 798, CPC) para se perceber que eles não podem ser precisamente delimitados. Somente será possível verificar se a alegação é verossímil ou se existe fundado receio de lesão grave em face de situações concretas.

Como explica Eduardo José da Fonseca Costa³⁴⁰, a definição do conteúdo da urgência e da evidência somente se alcança mediante a análise de cada caso *sub judice*, pois cabe ao julgador avaliar se os graus de urgência e de evidência vislumbrados in concreto são suficientes para a concessão da medida.

Daí se evidencia a concreção como processo de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada, extrapolando-se o raciocínio lógico-dedutivo por meio de um processo complexo que mistura dedução e indução, no qual se preenche o conteúdo da norma com as especificidades concretas.

Além de só poderem ser definidos diante do caso concreto, os pressupostos da tutela antecipada têm seu conteúdo variável em cada situação. Isso significa que, dependendo das circunstâncias do caso, tais pressupostos assumem diferentes sentidos.

Nesse aspecto, é interessante a analogia feita por Judith Martins-Costa³⁴¹ valendo-se da mitologia grega, ao se referir ao deus marinho Proteu. Seu poder consistia em tomar a aparência que desejasse, assumindo uma diversa figura a cada momento. Analogamente, afirma-se que os conceitos indeterminados e as cláusulas

³⁴⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Ob. cit., 2011, p. 153.

³⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. Ob. cit., 2000, p. 273.

gerais são “proteiformes” porque assumem diferentes conteúdos, dependendo do ângulo de análise do intérprete e das circunstâncias do caso concreto.

É exatamente tal característica que permite a “compensação mútua” e a “complementação recíproca” entre os pressupostos da tutela antecipada, de modo que a presença “exagerada” de um pressuposto compense a presença “atenuada” do outro, tal como identificado por Eduardo da Fonseca Costa.

Cite-se, por exemplo, a tutela de evidência extremada pura, na qual a evidência do direito alegado é tanta que a análise da urgência se realiza com menos rigor. Diante de uma pretensão evidente, a mera tramitação processual sem a imediata satisfação da pretensão já constitui dano que configura situação de urgência. Ora, se a existência do direito alegado pelo autor é quase certa, há urgência em conferir imediata satisfação à sua pretensão, pois, caso contrário, o demandante será obrigado a aguardar o desenrolar do processo, o que lhe causaria “dano de difícil reparação” na medida em que o autor teria que suportar longo período sem o bem da vida pleiteado, sendo impossível devolver ao autor esse lapso temporal.

Por outro lado, na tutela de urgência extremada pura, tem-se uma situação de urgência tão grave que se faz uma análise mais branda da verossimilhança da alegação. Nesses casos de urgência extremada, tal como uma demanda que envolva direito à vida, o pressuposto relativo à verossimilhança da alegação assume um sentido de simples aparência de verdade, existente ainda que haja dúvida sobre o direito alegado pela parte.

A partir dessas observações, conclui-se que a concreção dos pressupostos da tutela antecipada enseja variadas possibilidades de sentidos atribuídos ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*³⁴², a depender do caso concreto.

Deve-se observar, ademais, que a concreção dos pressupostos da tutela antecipada não envolve apenas a aplicação das disposições processuais relativas às medidas de urgência. É certo que também se examina o direito material alegado pela parte, uma vez que o pressuposto concernente à “verossimilhança da alegação” abrange as questões de fato e de direito alegadas pelo autor.

Nessa linha, esclarecedora a lição de Athos Gusmão Carneiro:

³⁴² Utiliza-se aqui o sentido amplo das expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, abrangendo os diversos textos normativos que ensejam tanto a tutela antecipada satisfativa como a cautelar.

[...] o juízo de verossimilhança supõe não apenas a constatação pelo juiz relativamente à *matéria de fato* exposta pelo demandante, como igualmente supõe a plausibilidade na subsunção dos fatos à *norma de lei* invocada – ‘*ex facto oritur ius*’ –, conducente, pois, às consequências jurídicas postuladas pelo autor.³⁴³

Portanto, na apreciação do pedido de tutela antecipada, a análise do julgador não se restringe aos dispositivos processuais invocados, mas envolve o exame das disposições normativas sobre a questão de direito material apresentada. Com isso, o raciocínio jurídico desenvolvido pelo julgador abrange todo o arcabouço normativo concernente ao direito material em análise.

Trata-se de um reenvio a outras disposições normativas integrantes do sistema. Promove-se, assim, a mobilidade interna do sistema jurídico, que consiste no retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema³⁴⁴.

Isso gera uma complexidade ainda maior no processo decisório da tutela antecipada. Além da difícil delimitação dos textos normativos abertos que consubstanciam os pressupostos da tutela antecipada, o magistrado obrigatoriamente analisa o direito material em discussão, que corresponde, muitas vezes, a questões jurídicas de alta complexidade.

Finalmente, ao se abordar a concreção dos pressupostos da tutela antecipada, importa analisar os elementos de aplicação citados por Ávila e sua incidência na concessão de medidas liminares.

De início, percebe-se que a finalidade concreta da norma assume especial relevância na aplicação da tutela antecipada. Isso porque, no manejo da técnica antecipatória, pressupõe-se a antecipação de tutela como instrumento destinado a alcançar um processo capaz de oferecer uma tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos³⁴⁵. Ademais, a tutela antecipada tem a importante finalidade de garantir a isonomia processual, ao proporcionar a distribuição isonômica do ônus do tempo do processo³⁴⁶.

³⁴³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 28. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 500.

³⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Ob. cit., 2000, p. 341-344. A mobilidade externa, por outro lado, consiste na abertura do sistema jurídico às mudanças de valoração, permitindo a inserção de elementos extrajurídicos.

³⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., 2013, p. 60-65.

³⁴⁶ Sobre a antecipação de tutela como meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no

Quanto à pré-compreensão, percebe-se a existência de elementos axiológicos e extralegislativos na aplicação da tutela antecipada, pois o julgador atua de modo seletivo tanto na análise das circunstâncias fáticas como no campo normativo apresentado na situação que reclama o provimento antecipatório.

Por sua vez, a valoração judicial dos resultados da decisão se encontra bastante presente no processo de aplicação da tutela antecipada. Ao analisar um pedido de concessão de medida liminar, o magistrado realiza uma ponderação de resultados, antevendo as consequências concretas do deferimento ou indeferimento da medida pleiteada.

Isso fica evidente na tutela antecipada sobretudo em razão de sua eficácia imediata, pela qual o provimento antecipatório prontamente entrega o bem da vida pretendido pelo requerente.

Essa valoração dos resultados da decisão é bastante clara, por exemplo, nas hipóteses de tutelas de urgência concernentes ao direito à saúde. Nesses casos, é inegável que o magistrado analisa os potenciais resultados de sua decisão, muitas vezes deferindo a tutela antecipada exatamente pelos graves efeitos decorrentes de eventual indeferimento.

Outro elemento da concreção dos pressupostos da tutela antecipada se refere ao consenso. É que a decisão antecipatória termina sendo aquela com maior capacidade de consenso, que funciona como forma de legitimação parcial da decisão.

Por fim, fala-se também no precedente judicial como elemento da concreção. Nesse aspecto, percebe-se que o precedente constitui importante diretriz na objetivação do direito, pois delimita o conteúdo normativo dos textos abertos, servindo como importante parâmetro de aplicação da tutela antecipada.

Pela grande relevância do precedente judicial na aplicação de textos normativos abertos – e da tutela antecipada, conseqüentemente –, a questão merece análise mais aprofundada, o que se realiza no capítulo seguinte.

4.5 Concreção dos pressupostos da tutela antecipada em face da segurança jurídica e da isonomia: o problema da “jurisprudência lotérica”

A percepção de que a aplicação dos pressupostos da tutela antecipada envolve um processo de concreção, muito além da mera subsunção, evidencia a complexidade do processo decisório referente à concessão ou rejeição do pedido de tutela antecipada.

Tratando-se de textos normativos abertos, dotados de larga amplitude semântica, a definição *in concreto* do sentido dos pressupostos da tutela antecipada pode variar conforme os diferentes modos de conjugação dos elementos de aplicação, levando a diversos resultados na concreção da norma jurídica.

É que, por envolver vários elementos de aplicação, inclusive extrajurídicos, o processo de concreção dos pressupostos da tutela antecipada pode produzir diferentes decisões para as mesmas situações jurídicas, a depender da interpretação do julgador.

Nesse sentido reconhece Athos Gusmão Carneiro, por exemplo, acerca do pressuposto da verossimilhança das alegações: “a verossimilhança é um conceito relativo: aquilo que é verossímil para o juiz A, pode não sê-lo para o juiz B”³⁴⁷. Por sua vez, Didier Jr., Braga e Oliveira assinalam que a análise desse pressuposto é “casuística e dotada de alta dose de subjetivismo”³⁴⁸.

Essa complexidade do processo de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada proporciona, habitualmente, a proliferação de diferentes decisões judiciais para situações jurídicas idênticas, fenômeno conhecido por “jurisprudência lotérica” conforme designação dada por Eduardo Cambi³⁴⁹.

O autor parte da constatação de que o texto legal não contém a decisão do problema, sendo a norma resultado do processo hermenêutico pelo qual o intérprete atribui significação aos enunciados. Assim, diante de conceitos indeterminados ou enunciados plurissignificativos, abertos à valoração do intérprete, é possível que a operação de determinação do sentido dos textos conduza a normas diferentes.³⁵⁰

Nesse contexto se insere a *jurisprudência lotérica*, identificada por Eduardo Cambi “quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras

³⁴⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 28.

³⁴⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., 2011, p. 502.

³⁴⁹ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 90, vol. 786, p. 108-128, abr. 2001.

³⁵⁰ CAMBI, Eduardo. Ob. cit., p. 110.

diferentes”³⁵¹, ou seja, para casos idênticos, são proferidas decisões diferentes.

Com isso, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a um determinado juízo, obterá a tutela jurisdicional pleiteada, ao passo que, caso contrário, sendo a demanda distribuída para juízo com entendimento diverso, sua pretensão será rejeitada. Daí a alusão de Cambi à expressão “lotérica”, em referência ao elemento sorte como fator determinante para obtenção da tutela jurisdicional.

Esse fenômeno acarreta graves problemas relacionados à segurança jurídica e à isonomia. Com efeito, é inequívoca a insegurança jurídica gerada quando se interpreta a mesma regra ou princípio de maneira diversa em casos iguais, pois, nesses casos, diante da mesma questão jurídica, alguns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional.

Nessas situações, impera a incerteza em detrimento da credibilidade social da administração da justiça, comprometendo a legitimidade do exercício do poder jurisdicional pelo Estado-Juiz.

Essa falta de certeza do direito, proporcionada pela jurisprudência lotérica, é causa de crise, pois se deixa de efetivar a segurança jurídica, valor imprescindível ao convívio social. De fato, a ordem jurídica tem a missão de prever, com clareza, os direitos, deveres e obrigações, bem como os modos pelos quais devem ser exercidos e cumpridos.

Conforme precisa explicação de Luiz Guilherme Marinoni³⁵², a segurança jurídica é indissociável do Estado de Direito e se caracteriza por dois elementos principais: a) a previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta; b) a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica.

A previsibilidade permite que o cidadão possa esperar um comportamento e se postar de determinado modo, sendo necessário, para tanto, que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Com isso se garante a previsibilidade em relação às consequências de suas ações³⁵³.

Bem percebe Marinoni³⁵⁴ que a previsibilidade necessária à segurança jurídica está ligada à decisão judicial, e não à norma jurídica em abstrato (ou ao texto

³⁵¹ Ibidem, p. 111.

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121-124.

³⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 123-124.

³⁵⁴ Ibidem, p. 126.

normativo). Isso porque, quando se está diante de uma crise de direito material e os textos normativos encontram diversas interpretações, o que realmente importa são as decisões judiciais, momento em que a dimensão normativa dos textos encontra expressão, e não o texto normativo abstratamente considerado.

Daí a necessidade de se garantir a previsibilidade das decisões judiciais, pois é essa previsibilidade que assegura a confiabilidade do jurisdicionado nos seus próprios direitos, o que se revela indispensável para a conformação do Estado de Direito.

A segunda perspectiva da segurança jurídica, relativa à estabilidade das relações jurídicas, exige a continuidade e o respeito às decisões judiciais, que não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário³⁵⁵.

Por outro lado, além de provocar insegurança jurídica, o fenômeno da jurisprudência lotérica constitui grave ofensa à isonomia. Se a Constituição Federal garante o princípio da isonomia, pelo qual “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*, CF), significa que o direito deve ser aplicado igualmente para os casos iguais. A situação inversa, manifestada na jurisprudência lotérica, viola a garantia da isonomia exatamente por permitir soluções diversas para situações idênticas.

Faz-se necessária, portanto, uma releitura do princípio da igualdade. Tradicionalmente, analisa-se a incidência do princípio da igualdade apenas quanto ao tratamento igualitário das partes no processo, a fim de que se permita a participação com paridade de armas.

No máximo, além dessa igualdade no processo, fala-se na igualdade ao processo, ou seja, igualdade de acesso à jurisdição, de procedimentos e técnicas processuais.

Porém, é preciso avançar no sentido de garantir, também, a observância da igualdade diante das decisões judiciais, momento em que o Judiciário cumpre seu dever, prestando a tutela jurisdicional.

Fala-se, então, na igualdade diante das decisões judiciais. Nas palavras de Marinoni, “a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que formada no tribunal competente

³⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 130-131.

para a definição do sentido e do significado das normas”³⁵⁶, de modo que, “se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas”³⁵⁷.

Sendo assim, à vista da segurança jurídica e da isonomia necessárias ao sistema jurídico, cumpre ingressar, no capítulo seguinte, na análise sobre a necessidade de respeito aos precedentes judiciais, sobretudo diante dos textos normativos abertos relativos aos pressupostos da tutela antecipada.

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 149.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 149.

CAPÍTULO V – A FUNÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA

5.1 Precedente judicial: noção e aspectos fundamentais

Uma vez estruturada em textos normativos abertos, a tutela antecipada apresenta um complexo processo de aplicação. Do texto normativo abstratamente previsto à decisão judicial prolatada diante do caso concreto, há um imenso caminho percorrido pelo magistrado, no qual incidem diferentes elementos para definição da resposta jurídica.

Assim, a análise do caso concreto exerce papel fundamental na aplicação da tutela antecipada, pois o conteúdo normativo dos seus pressupostos somente se preenche a partir das circunstâncias concretamente apresentadas.

Nesse contexto, sobressai a necessidade de examinar a função do precedente judicial na aplicação da tutela antecipada. Isso porque, constituindo-se a partir do caso concreto, o precedente judicial preenche o conteúdo normativo dos pressupostos da tutela antecipada, servindo de parâmetro para os casos idênticos ou similares.

O estudo do precedente judicial deve se iniciar com uma observação importante. Costuma-se atrelar a noção de precedente judicial à família jurídica do *common law*, como se não existisse essa figura nos sistemas jurídicos filiados à tradição do *civil law*.

Essa compreensão, contudo, é equivocada. O precedente judicial está presente em todo sistema jurídico. Em qualquer país, a decisão judicial sobre um caso constitui um precedente para os casos futuros a ele idênticos ou semelhantes. O que varia conforme cada sistema jurídico é a eficácia conferida ao precedente judicial.³⁵⁸

Portanto, a distinção entre tais sistemas jurídicos reside no fato de que, em

³⁵⁸ Nesse sentido esclarece Marcelo Dias de Souza: “O precedente judicial [...] está presente em todo e qualquer sistema jurídico. Em qualquer país, independentemente de sua filiação a esta ou àquela família jurídica, a decisão de um caso tomada anteriormente pelo Judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um precedente judicial. Apenas seus atributos, tais como seu poder criativo ou meramente declarativo, seu caráter persuasivo ou obrigatório, é que vão depender dos contornos atribuídos a ele pelo sistema jurídico estabelecido” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 15).

cada um deles, o precedente é dotado de diferente eficácia e aplicabilidade. No sistema do *common law*, “os precedentes judiciais gozam de força vinculante e, portanto, consubstanciam-se na mais importante fonte do direito”³⁵⁹. Por outro lado, no sistema do *civil law*, predomina a compreensão de que o precedente não tem força vinculante, mas apenas eficácia persuasiva, pois prevalece a lei escrita como principal forma de expressão do direito.

Partindo da noção de que o direito tem como objetivo predominante obter estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas, percebe-se que os sistemas do *common law* e do *civil law* se utilizaram de diferentes mecanismos para atingir tal fim³⁶⁰.

Tal previsibilidade é obtida, no *common law*, pela prática de se obedecerem precedentes. Com isso, o comportamento dos cidadãos se conforma aos termos das decisões judiciais, garantindo-se a estabilidade por meio do sistema de precedentes vinculantes³⁶¹.

No *civil law*, por sua vez, pretende-se alcançar previsibilidade e estabilidade mediante a vinculatividade da lei. Nessa tradição jurídica, vigora o princípio da legalidade, pelo qual devem os juízes decidir os casos de acordo com a lei escrita³⁶².

Em que pese essa diferenciação histórica, é certo que existem precedentes judiciais em ambas as experiências jurídicas. Isso porque a noção de precedente judicial está ligada, simplesmente, à existência de decisões judiciais, cujo núcleo pode orientar futuras decisões para casos análogos.

Nesse sentido, conforme lição de Marcelo Souza, com apoio em Henry Black, pode-se conceituar precedente judicial como “um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”³⁶³.

Na concepção de Luiz Guilherme Marinoni³⁶⁴, entende-se como precedente a

³⁵⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

³⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

³⁶¹ Ibidem, p. 128-131.

³⁶² Ibidem, p. 136-137.

³⁶³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Ob. cit., p. 41.

³⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 215-216. Daí a afirmação de Marinoni no sentido de que todo precedente é uma decisão, mas nem toda decisão constitui um precedente.

decisão judicial sobre matéria de direito, com potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

Nota-se, pois, que a ideia de precedente judicial não se confunde com a noção de jurisprudência³⁶⁵. Como bem explica Michele Taruffo³⁶⁶, há, antes de tudo, uma distinção pelo aspecto quantitativo. Precedente judicial diz respeito a apenas uma decisão, tomada em um caso particular, ao passo que jurisprudência indica uma pluralidade de decisões relativas a diversos casos concretos.

Também não se pode confundir precedente com súmula, pois esta consiste no conjunto de enunciados do tribunal acerca das suas decisões. A súmula, portanto, não se trata de decisão que possa ser qualificada como precedente. Constitui, na verdade, uma linguagem que descreve as decisões (metalinguagem).³⁶⁷

Feitos tais esclarecimentos, necessário conhecer os elementos constitutivos do precedente judicial. Nesse ponto, esclarece Cruz e Tucci que “todo precedente judicial é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”³⁶⁸.

A *ratio decidendi* (ou *holding*³⁶⁹) constitui a “essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros”³⁷⁰.

Denota-se, assim, que a *ratio decidendi* constitui o elemento primordial na aplicação do precedente, porquanto são as razões de decidir, adotadas no precedente, que orientam os julgamentos futuros. Esse elemento do precedente corresponde, portanto, à tese jurídica acolhida como razão de decidir, que pode ser aplicada futuramente aos casos análogos.

³⁶⁵ Fala-se aqui em “jurisprudência” no sentido de um conjunto de decisões judiciais uniformes sobre a mesma questão jurídica. Por outro lado, é certo que a expressão “jurisprudência” também pode significar filosofia ou ciência do direito.

³⁶⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *La ciencia del derecho procesal constitucional*: estudios en homenaje a Ector Fix-Zamudio em sus cincuenta anos como investigador del derecho. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2014.

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, ob. cit., p. 216-217.

³⁶⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 12.

³⁶⁹ Adota-se a denominação *holding* no direito estadunidense.

³⁷⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 175. Daí a correta afirmação de Marcelo de Souza: “Embora comumente se diga que a doutrina do *stare decisis* (ou do precedente obrigatório) significa que as cortes devem seguir o precedente existente quanto ao caso em julgamento, na verdade, o que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi* deste precedente”. (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Ob. cit., p. 125).

Nesse sentido, explica Leonardo Carneiro da Cunha³⁷¹ que a *ratio decidendi* constitui a concreta expressão do resultado a que chegou o juiz com a interpretação e a aplicação da norma jurídica ao caso que lhe foi posto a julgamento, de modo que, na *ratio decidendi*, tem-se a solução hermenêutica adotada no caso concreto, servindo como orientação para casos similares.

Há, contudo, uma séria dificuldade na identificação e delimitação da *ratio decidendi*. Primeiramente, ela não é explicitada na decisão judicial tida como precedente, cabendo aos julgadores, em momento posterior, ao aplicar o precedente, examiná-lo a fim de extrair a tese jurídica adotada.³⁷²

É certo que a *ratio decidendi* está essencialmente contida na fundamentação da decisão, mas com esta não se confunde. Isso porque, na fundamentação, podem ser ponderadas várias teses jurídicas, mas consideradas de modo diferenciado, ou seja, sem a mesma relevância. Assim, não é possível associar a *ratio decidendi* a qualquer elemento da sentença (relatório, fundamentação ou dispositivo), pois a razão de decidir é “algo mais”, externo a esses requisitos, formulada a partir da decisão judicial em sua inteireza.³⁷³

Diante dessa dificuldade de delimitação da *ratio decidendi*, surgiram, no *common law*, diversas teorias destinadas à identificação da razão de decidir do precedente. Entre elas, destaca-se a teoria de Wambaugh, segundo a qual a *ratio decidendi* é uma proposição necessária para a decisão, sem a qual o caso seria decidido de modo diverso³⁷⁴.

A partir da compreensão de *ratio decidendi*, é possível separá-la do *obiter dictum*, que constitui o conjunto de proposições marginais e secundárias, dispensáveis à solução do caso. Nesse ponto, Rogério Cruz e Tucci assevera que *obiter dictum* consiste na “passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da

³⁷¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, ano 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

³⁷² TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 175. Trilhando o mesmo raciocínio, pronuncia-se Marcelo de Souza: “De fato, é o juiz do caso em julgamento que tem a incumbência de interpretar o precedente em cotejo com o caso que julga, para extrair, se for o caso, a proposição que deve obrigatoriamente seguir” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Ob. cit., p. 134).

³⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, ob. cit., p. 221-222.

³⁷⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Ob. cit., p. 126-127.

controvérsia”³⁷⁵.

Firmadas tais premissas essenciais à compreensão do precedente judicial, torna-se possível avançar no estudo da sua função na aplicação da tutela antecipada.

5.2 A relação entre textos normativos abertos e precedentes judiciais

Os textos normativos abertos, gênero no qual se inserem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, apresentam forte relação com os precedentes judiciais. Em razão de sua linguagem vaga, eles possuem larga amplitude semântica que evidencia a incompletude da legislação, cabendo ao julgador posição ativa e concretizadora na realização do direito.

Assim, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados não apresentam um conteúdo normativo bem delimitado, pois sua normatividade somente se revela diante das circunstâncias dos casos concretos, o que demonstra a importância do precedente judicial como elemento de aplicação.

Ora, a partir da consagração de textos normativos abertos, cujo sentido não constitui um dado preexistente, supera-se o dogma do *civil law* de que a legislação seria completa e fonte exclusiva do direito, emergindo a importância do precedente judicial na aplicação do direito.

Daí a afirmação de Fredie Didier Jr.³⁷⁶ no sentido de que a cláusula geral apresenta íntima relação com o precedente judicial e a sua utilização aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Tal afirmação se justifica por duas razões. Primeiramente, afirma Didier Jr. que a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas, pois a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* confere especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral. O segundo aspecto apontado por Didier Jr. se refere ao papel da cláusula geral como elemento de conexão de casos precedentemente julgados.

Realmente, na aplicação de um texto aberto, cuja vagueza semântica impede

³⁷⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 177.

³⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, p. 69-83, jan. 2010. Embora o autor se refira apenas às cláusulas gerais, suas observações são igualmente aplicáveis aos conceitos jurídicos indeterminados, inexistindo a expressa menção a esses últimos apenas por não integrarem o objeto do ensaio.

uma resposta jurídica abstratamente prevista, é certo que a solução pode ser encontrada nos casos precedentemente julgados.

É que a decisão de um caso constitui precedente que deve ser respeitado por quem o produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar. Por sua vez, aquele que se coloca em condições similares às do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa. Como bem assinala Luiz Guilherme Marinoni, “o respeito ao passado é inerente a qualquer tipo de sistema e natural a qualquer espécie de poder”³⁷⁷.

Somente com o respeito aos precedentes é que se impede que a imprecisão semântica se torne incontrolável. Conforme Marcelo Neves, a imprecisão não chega a ser uma “afasia semântica”³⁷⁸ porque “há uma sedimentação histórica de sentido, fundada especialmente nos precedentes”³⁷⁹.

Com base nesses argumentos, revela-se irretocável a conclusão de Marinoni³⁸⁰ no sentido de que a ampliação da latitude do poder judicial com base nos textos normativos abertos exige um sistema de precedentes.

Isso se justifica porquanto um sistema de precedentes judiciais promove uma objetivação do direito. Nessa linha é a percepção de Thomas da Rosa de Bustamante³⁸¹, ao reconhecer que a técnica do precedente tem relevância nos casos em que é possível extrair uma *ratio decidendi* do tipo regra, capaz de elevar o grau de objetivação do direito.

Por isso é que, segundo Bustamante³⁸², embora seja possível, em tese, se extrair normas-princípio de um precedente, quando houver uma *ratio decidendi* bastante abstrata, deve-se perceber que esta hipótese é excepcional e não tem um valor relevante como precedente judicial. É que os princípios valem não por força do precedente, mas pela sua própria correção substancial.

Daí a afirmação de Bustamante³⁸³ no sentido de que são os precedentes com

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 107-108.

³⁷⁸ Na afasia semântica, as palavras perderiam seu significado e se transformariam em meros significantes cujo sentido dependeria da variável axiológica invocada no contexto de aplicação normativa (NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 17).

³⁷⁹ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 17.

³⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 155.

³⁸¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 468.

³⁸² Ibidem, p. 467-468.

³⁸³ Ibidem, p. 468.

estrutura de regra que cumprem sua função de produzir certeza e objetividade para o direito.

Daí se percebe que, diante da vagueza semântica dos textos normativos abertos, sobressai a função do precedente judicial na delimitação do seu conteúdo normativo.

5.3 A necessidade de respeito aos precedentes judiciais na aplicação do instituto da tutela antecipada

5.3.1 A função do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da tutela antecipada

Devido à sua vagueza semântica, os textos normativos abertos não apresentam um sentido unívoco previamente fixado, mas dependem da análise das circunstâncias concretas para delimitação de seu conteúdo. Essa imprecisão semântica dos conceitos indeterminados conduz, não raramente, a interpretações divergentes em situações jurídicas similares.

Assim é que os textos normativos abertos, embora tenham a virtude de proporcionar adaptabilidade e mobilidade ao sistema jurídico, em contrapartida aumentam o grau de subjetivismo das decisões judiciais nele baseadas, o que propicia maior insegurança e incerteza do direito.

Nesse sentido se manifesta Fabiano Menke, ao afirmar que “não se pode ignorar que de uma maneira ou de outra as cláusulas gerais imprimem no sistema uma certa dose de imprevisibilidade e de insegurança, à medida que têm a finalidade de alcançar a justiça do caso concreto”³⁸⁴.

Tal é o que se vislumbra nos pressupostos da tutela antecipada. “Verossimilhança da alegação”, “relevante fundamento da demanda”, “fundado receio de dano irreparável” e “abuso de direito de defesa”, por exemplo, são textos normativos que apresentam linguagem vaga, cujo conteúdo normativo varia de acordo com o juízo valorativo do aplicador diante do caso concreto.

³⁸⁴ MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 29. No mesmo sentido reconhece Fredie Didier Jr.: “As cláusulas gerais trazem consigo, entretanto, o sério risco de insegurança jurídica” (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. Ob. cit., p.8).

Essa vagueza semântica acarreta maior subjetivismo na concessão da tutela antecipada, pois o magistrado tem a ampla liberdade para verificar se aqueles pressupostos vagamente previstos encontram-se presentes no caso em análise.

Diante desse cenário, abre-se espaço para arbitrariedades consubstanciadas em decisões judiciais destituídas de critérios claros, nas quais o julgador simplesmente decide do modo que entender oportuno, utilizando-se de fundamentações genéricas³⁸⁵, dissociadas das circunstâncias do caso concreto.

Basta citar as conhecidas decisões de antecipação da tutela do tipo “indefiro o pedido de tutela antecipada por não vislumbrar, no caso, prova inequívoca que conduza à verossimilhança da alegação”. Ora, tais decisões, além de nulas por ausência de fundamentação, acarretam profunda insegurança e imprevisibilidade ao jurisdicionado.

Bem percebe o problema Luiz Guilherme Marinoni ao reconhecer que “são comuns as decisões de primeiro grau que concedem ou negam a tutela antecipatória sem qualquer fundamento idôneo e as decisões de segundo grau que revogam ou mantêm a tutela antecipatória sem nada argumentar de forma convincente”³⁸⁶

Tal problema é bastante comum justamente em razão de os pressupostos da tutela antecipada constituírem textos normativos abertos, cuja vagueza semântica permite ao magistrado também se utilizar, em sua decisão, de linguagem vaga que facilmente se amolda ao dispositivo legal.

Trata-se aí de má utilização dos textos normativos abertos. Em verdade, a utilização (repetição) de termos vagos na aplicação de textos normativos abertos contraria frontalmente a lógica e a função das cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

Isso porque os textos normativos abertos se apresentam vagos exatamente para permitir que o aplicador, diante do caso concreto, complemente o conteúdo da norma de acordo com as especificidades da situação concreta, a fim de alcançar a justiça do caso concreto.

Portanto, na aplicação dos textos abertos, cabe ao intérprete analisar e explicitar detidamente as específicas circunstâncias do caso para dar concretude ao

³⁸⁵ Sobre o dever de fundamentação nas decisões de tutela antecipada, confira-se o item 5.6 deste trabalho.

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 177.

texto vagamente estabelecido.

Daí se percebe que, nas palavras de Marinoni, “o real problema está na racionalidade da decisão judicial, ou melhor, no controle da racionalidade da decisão que concede, ou não, a tutela antecipatória”³⁸⁷.

Por isso, mostra-se imprescindível o controle do subjetivismo, a fim de que este não culmine em decisionismo puro. Assim, na aplicação dos textos abertos, “há que se afastar o voluntarismo puro, o mero arbítrio do julgador”³⁸⁸.

Para se alcançar tal controle, faz-se necessário definir critérios e diretrizes que proporcionem maior objetivação do direito. Para tanto, é inegável o papel do precedente judicial na delimitação do conteúdo normativo dos textos abertos, pois, nas palavras de Didier Jr., “a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral”³⁸⁹ (e, de igual modo, de um conceito indeterminado).

Como explica Marinoni³⁹⁰, o reconhecimento de que a decisão nem sempre resulta de critérios previamente normatizados, podendo fundar-se em elementos não presentes na legislação, faz com que as expectativas que recaíam na lei sejam transferidas para a decisão judicial. Há, com isso, um deslocamento de eixo, no qual a segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão, sobre a qual recai a incumbência da previsibilidade do direito.

Tudo isso que se expõe se destina a afirmar que a aplicação da tutela antecipada exige uma adequada utilização da técnica do precedente judicial. Como os pressupostos da tutela antecipada constituem conceitos jurídicos indeterminados, seu conteúdo normativo (impreciso e vago) é preenchido mediante a análise das circunstâncias concretas apresentadas no caso sob julgamento. Afirma-se, com isso, que o precedente judicial tem grande relevância para orientar na definição dos pressupostos da tutela antecipada.

Nesse contexto, no qual se reconhece que o julgador cria a norma jurídica do caso, a utilização da técnica do precedente visa a “impedir que haja uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 176.

³⁸⁸ MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 30.

³⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Ob. cit., p. 5.

³⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 154.

desigualdade”³⁹¹.

Diante disso, encontra-se na *ratio decidendi* do precedente a norma propiciadora de maior objetivação do direito, já que o raciocínio jurídico ali desenvolvido deve servir como parâmetro nos casos idênticos (ou similares) posteriormente apreciados, cujas circunstâncias devem ser analisadas em comparação com as circunstâncias verificadas no precedente.

5.3.2 Precedentes obrigatórios, Cortes Supremas e os pressupostos da tutela antecipada

A afirmação de que os precedentes judiciais devem ser respeitados na aplicação da tutela antecipada, sobretudo por atuarem na delimitação do conteúdo normativo dos pressupostos desta, impõe que seja enfrentada a seguinte questão: quais precedentes judiciais devem ser observados na concreção dos pressupostos da tutela antecipada?

Há, nesse aspecto, uma importante classificação que divide os precedentes judiciais em obrigatórios e persuasivos, com base no critério da eficácia. De um lado, os precedentes obrigatórios ou vinculantes correspondem àqueles que ensejam o dever de observância para os julgadores subsequentes, caso contrário configura-se erro de aplicação do direito. Portanto, os precedentes vinculantes atuam como modelos determinantes para decisões posteriores. Com isso, a obrigação de seguir o precedente vinculante insere-se na obrigação de julgar conforme o Direito, aspecto em que equivale ao dever de aplicar a lei.³⁹²

Fala-se, de outra banda, em precedentes persuasivos ou não vinculantes para designar aqueles que não são de observância obrigatória para os julgadores subsequentes, inexistindo a obrigação de decidir tal como decidido no precedente. Assim, o precedente persuasivo não vincula decisões posteriores, mas apenas serve

³⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 107. E acrescenta Marinoni: “Aplica-se aí, literalmente, a máxima do common law, no sentido de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*)” (p. 155).

³⁹² MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 102. Como informa Marinoni (*Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 112-114), tem-se a eficácia absolutamente vinculante do precedente quando este, além de obrigatório, não pode ser revogado, ainda que existam bons fundamentos para tanto. Tal se verificou no sistema inglês da *House of Lords* (atual *Supreme Court of the United Kingdom*) até 1966, quando, mediante o *Practice Statement*, admitiu-se a possibilidade de revogação de seus próprios precedentes.

como argumento para a tomada de decisão em determinado sentido.³⁹³ Note-se, pois, que o precedente persuasivo constitui um argumento da parte e deve ser considerado pelo órgão judiciário, embora possa rejeitá-lo.³⁹⁴

Os precedentes obrigatórios dividem-se, ainda, em horizontais e verticais, de acordo com o órgão vinculado à sua aplicação. Os precedentes horizontalmente obrigatórios vinculam o próprio órgão julgador, de modo que a norma deles emanada deve ser seguida pelo próprio tribunal ou juiz em casos posteriores.³⁹⁵ Trata-se do autorrespeito, pois “não há explicação para o mesmo órgão jurisdicional proferir decisões diferentes em casos similares”³⁹⁶.

Já os precedentes verticalmente obrigatórios são aqueles que vinculam os juízes e tribunais situados em posição inferior na hierarquia judiciária, e decorrem da organização judiciária e da competência recursal.³⁹⁷

No direito brasileiro³⁹⁸, é possível considerar como precedentes obrigatórios aqueles provenientes de decisões dos Tribunais Superiores³⁹⁹, por serem as cortes de vértice do sistema judiciário pátrio. O dever de obediência aos precedentes dos Tribunais Superiores decorre do papel reservado a eles no sistema jurídico brasileiro.

Sobre as funções dos tribunais em dado sistema jurídico, Marinoni e

³⁹³ MACÊDO, Lucas Buril de. Ob. cit., p. 101-102.

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 118.

³⁹⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. Ob. cit., p. 104.

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 118.

³⁹⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. Ob. cit., p. 104.

³⁹⁸ É comum encontrar a afirmação genérica de que o Brasil é um país filiado à tradição jurídica do *civil law*, como se isso significasse um apego à literalidade da lei e uma completa ausência de vinculação aos precedentes judiciais. Tal não se revela correto, pois, como bem demonstra Hermes Zaneti Jr. (*O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 30-71) a partir da análise da história, da dogmática e da prática judicial brasileiras, o Brasil deve ser considerado um país híbrido, sendo o Judiciário uma instituição de garantia que atua, inclusive, em face dos demais poderes. Desde a Constituição Republicada de 1889, inspirada no modelo norte-americano, o Brasil possui controle difuso de constitucionalidade e amplos mecanismos de *judicial review* dos atos dos demais poderes. Na tradição brasileira, então, é função primordial do Poder Judiciário interpretar a Constituição e garantir a sua aplicação uniforme em todo território nacional, submetendo o Poder Público ao crivo da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos. Diante desse modelo, não se pode dispensar uma vinculação vertical às decisões das cortes de vértice, a fim de se garantir a unidade de interpretação e de aplicação do direito.

³⁹⁹ Nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. Ob. cit., p. 447-448. Em sentido semelhante, Luiz Guilherme Marinoni destaca como precedentes obrigatórios aqueles oriundos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (*Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 458-504). Também ressaltando os precedentes do STF e STJ como vinculantes: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 102-127.

Mitidiero⁴⁰⁰, com apoio em Melvin Eisenberg, reconhecem que as cortes podem ter basicamente duas funções: (i) resolver controvérsias (“*resolution of disputes*”) e (ii) enriquecer o estoque de normas jurídicas (“*enrichment of the supply of legal rules*”). Em um sistema judiciário ideal, aos órgãos jurisdicionais ordinários reserva-se a função de solução de controvérsias e, às cortes superiores, fica o papel de resguardo da uniformidade e de promoção do desenvolvimento do direito.

Tais funções estão ligadas à própria função do processo civil no Estado Constitucional, que é dar tutela aos direitos, por meio de decisões justas para o caso concreto, e promover a unidade do direito para a sociedade em geral. Trata-se do duplo discurso que o processo civil deve desempenhar: a prolação de uma decisão justa para as partes no processo (dimensão particular da tutela dos direitos) e a formação e o respeito ao precedente judicial para a sociedade como um todo (dimensão geral da tutela dos direitos).⁴⁰¹

Em correspondência às duas dimensões de tutela dos direitos, uma organização judiciária ideal apresenta determinadas cortes vocacionadas à prolação de uma decisão justa e outras destinadas apenas à formação de precedentes. Daí se falar em Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes.⁴⁰²

Delineadas tais considerações gerais sobre as funções dos tribunais, importa analisar o papel reservado às cortes de vértice (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) no sistema judiciário brasileiro.

Afirma-se que o STF e o STJ são cortes de vértice no sistema judiciário brasileiro porque, quanto ao direito constitucional e ao direito federal, respectivamente, não há nada acima delas, cabendo-lhes dar a última palavra sobre o sentido e a interpretação das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional federal.

Cumprido ao Supremo Tribunal Federal o papel de “guardião da Constituição”, cabendo-lhe preservar e interpretar as normas constitucionais. Daí resulta que o STF tem por objetivo outorgar unidade à Constituição, ou seja, preservar a unidade do direito no plano constitucional.⁴⁰³

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15-16.

⁴⁰¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. Ob. cit., p. 16-26.

⁴⁰² Ibidem, p. 30.

⁴⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. Ob.

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, o papel de interpretar e preservar a legislação infraconstitucional federal. Cumpre-lhe, pois, dar sentido e unidade à lei federal.⁴⁰⁴

É de se notar que as funções do STF e do STJ não mais podem ser consideradas como de mero controle da correção das decisões judiciais, mas abrangem a função de interpretação e desenvolvimento do direito.

Desse panorama sobressai a percepção de uma mudança de paradigma quanto ao papel das cortes de vértice no sistema judiciário brasileiro. Passa-se a falar, então, em Cortes Supremas no lugar de Cortes Superiores⁴⁰⁵.

O modelo de uma Corte Superior parte de uma perspectiva cognitivista ou formalista da interpretação jurídica e tem por competência o controle de legalidade de todas as decisões judiciais a ela submetidas, sendo sua função reativa, preocupada com o passado, a fim de controlar a aplicação da legislação caso a caso. Tal função é desempenhada mediante a interposição de recurso pela parte interessada, cabível em todos os casos em que se afirma a violação à legislação, considerando-se o recurso como um direito subjetivo da parte e uma manifestação da tutela do *jus litigatoris*. Segundo esse modelo, busca-se a “correta” ou “exata” interpretação da lei, que constitui um meio pelo qual o tribunal exerce sua função de controle.⁴⁰⁶

Já o modelo de uma Corte Suprema pressupõe uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação jurídica e tem por competência orientar a aplicação do Direito mediante precedentes formados a partir de julgamentos de casos concretos que tenham relevância na consecução da unidade do Direito. Sua função é proativa, direcionada para o futuro, sendo o caso concreto um meio para que o tribunal interprete a ordem jurídica.⁴⁰⁷

Assim, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem

cit., p. 18-22. Também ressaltando o papel do STF no sistema judiciário brasileiro: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 349.

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. Ob. cit., p. 159-161. Igualmente percebendo a função do STJ no sistema judiciário pátrio: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ob. cit., p. 325-326.

⁴⁰⁵ Sobre o tema, amplamente: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. Ob. cit., p. 33.

⁴⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. Ob. cit., p. 53.

ser repensados como Cortes Supremas que decidem o sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional federal⁴⁰⁸, através da atividade interpretativa.

Compreendido o papel das Cortes Supremas no sistema jurídico brasileiro, notadamente STF e STJ, cumpre analisar a atuação desses tribunais em relação aos textos normativos que consubstanciam os pressupostos da tutela antecipada.

Para tanto, faz-se necessário averiguar o cabimento de recursos excepcionais contra decisões de tutela antecipada, pois é a partir do julgamento desses recursos que são formados os precedentes daquelas Cortes Supremas.

Assim, questiona-se, quanto ao acórdão do agravo de instrumento relativo à tutela antecipada, o cabimento dos recursos excepcionais, notadamente o recurso extraordinário (art. 102, III, CF) e o recurso especial (art. 105, III, CF).

Sobre esse tema, o enunciado 735 da Súmula do STF dispõe que “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”. Os precedentes que originaram esse enunciado se baseiam no fundamento de que a decisão liminar não é manifestação conclusiva sobre a questão de direito debatida na causa, não havendo decisão de única ou última instância, que é pressuposto para a interposição do recurso. Nessa concepção, o julgamento sobre medida liminar decorre de um juízo provisório, de cognição sumária, que não desafia a recorribilidade extraordinária.

Essa posição do STF é alvo de críticas na doutrina. Segundo defende Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁰⁹, há duas razões principais contra tal entendimento. (i) Não tem respaldo constitucional essa distinção entre decisões definitivas e provisórias para fins de recorribilidade extraordinária. Exigir decisão definitiva para que se permita a interposição de recurso extraordinário significa criar requisito não previsto no texto constitucional. (ii) Impedir o cabimento do recurso extraordinário contra tais decisões desconsidera a relevante função dos recursos excepcionais de zelar pela correta aplicação da norma jurídica. As Cortes Superiores têm o relevante papel de corrigir ou certificar a correção de um dado entendimento jurídico.

Na verdade, até se pode entender pelo não cabimento do recurso extraordinário contra acórdãos de tutela antecipada, mas não com base no

⁴⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. Ob. cit., p. 79.

⁴⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 283-288.

fundamento adotado pelo STF, e sim em razão de que, nos provimentos antecipatórios, a violação a dispositivo constitucional é apenas reflexa ou indireta, pois a discussão central diz respeito à legislação infraconstitucional relativa aos pressupostos da medida pleiteada (a exemplo do art. 273 do CPC, se for o caso de tutela antecipada satisfativa, ou do art. 798 do CPC, em se tratando de medida cautelar).⁴¹⁰

Sendo assim, apesar de baseada em fundamentação criticável, prevalece a orientação do STF no sentido de ser incabível a interposição de recurso extraordinário contra acórdão de agravo de instrumento que julga pedido de tutela antecipada, conforme enunciado 735 da Súmula do STF.

Entendimento diverso merece prevalecer em relação ao recurso especial. Como defende a melhor doutrina⁴¹¹, é cabível o recurso especial contra acórdão que concede ou nega tutela antecipada. Note-se que, nesse caso, não se trata do recurso especial retido⁴¹² (art. 542, §3º, CPC), tendo em vista que a forma retida se revela incompatível com as características da tutela antecipada.

Essa orientação já foi adotada em algumas decisões do STJ, com a ressalva de que o objeto do recurso especial deve se restringir à análise dos pressupostos da medida antecipatória satisfativa ou cautelar, conforme trecho da ementa a seguir transcrito:

Em recurso especial contra acórdão que nega ou concede medida cautelar ou antecipação da tutela, a questão federal passível de exame é apenas a que diz respeito aos requisitos da relevância do direito e do risco de dano, previstos nos artigos 804 e 273 do CPC. Não é apropriado invocar, desde logo, e apenas, ofensa às disposições normativas relacionadas com o mérito da ação principal. (REsp 816.050/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 163)⁴¹³

⁴¹⁰ Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ob. cit., p. 288-291.

⁴¹¹ Por todos, confira-se a lição de Athos Gusmão Carneiro: “O acórdão que concede ou denega a AT poderá, em princípio, ser alvejado por recurso especial, caso ocorrentes seus pressupostos constitucionais; e, embora a decisão seja interlocutória, a regra do art. 542, §3º, não irá incidir, ou seja, o recurso especial não será retido” (Ob. cit., p. 100).

⁴¹² Nesse sentido já se pronunciou o STJ: “A retenção prevista no art. 542, § 3º, do CPC, não tem caráter absoluto, devendo ser relativizada quando sua aplicação possa implicar perda de utilidade do recurso especial, tal como ocorre nos casos de concessão ou indeferimento de medida liminar ou antecipação de tutela” (REsp 791.292/MT, Rel. Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 06/09/2007, p. 200). Em doutrina, confira-se: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 286.

⁴¹³ No mesmo sentido: REsp 703.699/PR, j. 16/05/2006; REsp 854.354/RS, j. 05/09/2006; REsp 885.067/SP, j. 17/10/2006. Registre-se, porém, a existência de decisões em sentido contrário,

Entretanto, diversos julgados do STJ têm, recentemente, rejeitado a interposição de recurso especial contra acórdão que defere ou indefere pedido de tutela antecipada, sob fundamento de que a análise dos pressupostos da antecipação de tutela significaria reexame de matéria fático-probatória⁴¹⁴ (enunciado 7 da Súmula do STJ⁴¹⁵).

Tal entendimento, porém, não merece prevalecer. Não se pode falar genericamente que a análise dos pressupostos da tutela antecipada sempre significa um reexame fático-probatório.

É claro que, no recurso especial, não se procede ao reexame de fatos e provas (enunciado 7 da Súmula do STJ) para se determinar a incidência de um conceito aberto. O que se autoriza, na verdade, é uma análise no sentido de perquirir se o quadro fático assentado no tribunal se insere na delimitação semântica do texto aberto. Trata-se de questão de direito, pois corresponde à qualificação jurídica dos fatos descritos no próprio acórdão do tribunal de origem.

Portanto, no recurso especial contra acórdão que trate de tutela antecipada, não se discute se os fatos da causa ocorreram ou não, mas debate-se se os fatos reconhecidos na decisão recorrida estão abrangidos no alcance semântico dos pressupostos da tutela antecipada.

Entendimento diverso elimina a função do Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte de Precedentes, impedindo a sua atuação na unidade e desenvolvimento do direito federal. É imperiosa a atuação do STJ no intuito de esclarecer paulatinamente o sentido e o alcance dos pressupostos da tutela

influenciadas pelo teor do enunciado 735 da Súmula do STF, a exemplo do julgado seguinte: REsp 664.224/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 01/03/2007, p. 230.

⁴¹⁴ Nesse sentido: AgRg na MC 23.364/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 11/11/2014; AgRg no AREsp 554.450/MS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 11/11/2014; AgRg no AREsp 563.376/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 17/11/2014; AgRg no REsp 1479579/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 30/10/2014; AgRg no AREsp 452.161/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014; AgRg no AREsp 422.078/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 16/09/2014; AgRg no AREsp 530.499/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 28/08/2014.

⁴¹⁵ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Em relação ao recurso extraordinário, no mesmo sentido determina o enunciado 279 da Súmula do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

antecipada.

Esse papel de desenvolvimento do direito se mostra ainda mais relevante por se tratar de texto normativo que consubstancia conceitos jurídicos indeterminados. Consoante ressalta Luiz Guilherme Marinoni⁴¹⁶, constitui função essencial do Superior Tribunal de Justiça a definição do sentido de um conceito indeterminado em face de uma específica situação no tempo. Complementa o referido processualista que “há necessidade de definir o sentido em que um conceito indeterminado deve ser compreendido em determinado momento histórico, evitando-se a sua múltipla e incoerente aplicação em face de casos similares”⁴¹⁷.

Realmente, mostra-se uma grave incongruência do sistema processual a adoção de conceitos jurídicos indeterminados nos pressupostos da tutela antecipada sem que se possibilite o desenvolvimento do sentido desses termos abertos através dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça, que tem a incumbência de preservar a unidade da legislação infraconstitucional federal.

Ora, a partir do momento em que a legislação adota conceitos indeterminados, tal como se verifica com os pressupostos a tutela antecipada, deixa-se ao julgador maior espaço interpretativo para concreção do texto normativo. Daí ser essencial a formação de precedentes judiciais que delimitem o alcance normativo desses textos abertos.

Assim, deve ser enfatizada a relevância do recurso especial como instrumento de delimitação normativa dos textos normativos abertos consagrados em lei federal. Tal recurso excepcional tem a importante função de delimitar o conteúdo semântico de um termo vago.

Tal se verifica, por exemplo, nos enunciados sumulados do STJ sobre o conceito indeterminado “prova escrita” para fins de cabimento de ação monitória (art. 1.102-A, CPC): enunciado 247 (“O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”) e enunciado 299 (“É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”).

Outro exemplo de conceito indeterminado cuja amplitude semântica é

⁴¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 95.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 95-96.

controlada pelo STJ diz respeito ao termo aberto “preço vil” (art. 692 do CPC), sendo o entendimento da Corte Superior no sentido de que “se caracteriza preço vil quando a arrematação não alcançar, ao menos, a metade do valor da avaliação” (AgRg no Ag 1277529/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 22/09/2010).

O mesmo deveria ocorrer em relação aos pressupostos da tutela antecipada. Sendo textos normativos abertos, mostra-se imprescindível que os recursos de estrito direito – notadamente o recurso especial – sejam manejados para definir se as inúmeras situações fáticas passíveis de tutela antecipada se inserem na delimitação semântica dos pressupostos legais para tais medidas antecipatórias.

Todavia, diante da recusa do próprio STJ em admitir recurso especial contra acórdãos de tutela antecipada, praticamente não se encontram precedentes daquele tribunal que delimitem o conteúdo normativo dos pressupostos da tutela antecipada.

Esse cenário revela uma omissão do STJ de seu papel enquanto Corte Suprema incumbida de interpretar a legislação infraconstitucional federal, cabendo-lhe a preservação da unidade e desenvolvimento do direito federal. Tal fuga faz com que os pressupostos da tutela antecipada, embora estejam consagrados em legislação federal, não sejam interpretados precipuamente pelo STJ, mas sim pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados.

Portanto, faz-se necessário resgatar o papel do STJ na delimitação do conteúdo normativo dos pressupostos da tutela antecipada. Não se defende, com isso, que o STJ atue como tribunal de controle de todas as decisões de segundo grau que versem sobre tutela antecipada. O que se propõe, na verdade, é que o STJ assuma seu papel na interpretação e delimitação normativa dos conceitos indeterminados referentes aos pressupostos da tutela antecipada.

Aliás, a suposição, arraigada na cultura jurídica brasileira, de que o STJ é uma mera Corte de Controle⁴¹⁸ constitui um dos principais motivos que impedem aquele tribunal de assumir seu papel como Corte de Precedentes. Em razão da amplitude dos requisitos da “contrariedade à lei” (art. 105, III, “a”, CF) e da “divergência jurisprudencial” (art. 105, III, “c”, CF), as partes sempre buscam o STJ como se fosse

⁴¹⁸ Não se pode negar, conforme Luiz Guilherme Marinoni (*O STJ enquanto corte de precedentes*. Ob. cit., p. 124), que o STJ seja, em certo sentido, uma Corte de Revisão. É, contudo, um tribunal que revê as decisões com a incumbência de definir o sentido da lei federal e garantir a uniformidade de sua interpretação.

mais uma instância de revisão. Daí resulta uma multiplicação irracional de recursos, o que acarreta acúmulo de trabalho e gasto excessivo de recursos, de pessoal e de tempo, impedindo que o STJ tenha condições de exercer a função que lhe foi reservada pela Constituição.⁴¹⁹

Portanto, impõe-se que o STJ deixe de ser visto como mera Corte de Controle para que seja pensado enquanto Corte de Precedentes, cabendo-lhe a tarefa de interpretação dos pressupostos da tutela antecipada, densificando e delimitando o conteúdo normativo desses textos abertos.

5.3.3 O método do grupo de casos na concessão da tutela antecipada

Com o reconhecimento da importância do precedente judicial nas decisões de tutela antecipada, sobressai o método do grupo de casos como técnica de aplicação desse instituto.

Isso porque a aplicação de precedentes judiciais nada mais é do que a comparação do contexto fático-normativo do caso a ser decidido com a *ratio decidendi* do grupo de casos precedentemente julgados.

Como ressalta Karl Larenz, “embora nenhum caso singular seja igual a outro em todos os aspectos, muitos casos assemelham-se a outros no que toca a certas características e em determinada medida”⁴²⁰. Cumpre, então, encontrar nesses casos assemelhados as circunstâncias decisivas para o julgamento, pois “todos aqueles casos que são iguais em relação a todas essas circunstâncias deverão ser julgados de modo idêntico”⁴²¹, em aplicação ao postulado fundamental de justiça de que os “casos iguais” devem ser tratados de modo igual.

Tem-se aí o método de comparação de casos, a respeito do qual Larenz complementa: “com o número de casos decididos pelos tribunais, crescem as possibilidades de comparação”, de modo que, assim, “cresce a segurança com a qual se podem achar decisões e estreita-se o espaço livre residual dentro do qual a

⁴¹⁹ Crítica igualmente apresentada por Luiz Guilherme Marinoni (*O STJ enquanto corte de precedentes*. Ob. cit., p. 124-126).

⁴²⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 411.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 412.

decisão continua a ser insegura”⁴²².

Forma-se, assim, um conjunto de casos que apresentam idêntica base fático-normativa, incidindo a mesma razão jurídica para solução da controvérsia apresentada. Aponta-se o direito alemão como o pioneiro na teorização e sistematização do método de grupo de casos, chamado de *Fallgruppenmethode*. Nas palavras de Fabiano Menke, o método de grupo de casos pode ser assim explicitado:

Por meio dele, compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma. Caso haja identidade fático-normativa entre os casos, será possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado, e no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já expendidas nas hipóteses assemelhadas.⁴²³

Através do método do grupo de casos, promove-se um adensamento de julgados interligados pelo cenário fático normativo, havendo uma espécie de prateleiramento ou ajuntamento de casos fundamentados nos enunciados aos quais corresponde determinado cenário fático⁴²⁴.

Há, portanto, uma análise comparativa entre o caso sob julgamento e os casos anteriormente julgados que sejam relativos à mesma questão jurídica, formando-se um grupo de casos que apresentam a mesma *ratio decidendi*.

Nessa linha, Judith Martins-Costa explica que “pouco a pouco a jurisprudência formará espécies de ‘catálogos de casos’ em que foi similar a *ratio decidendi*”, havendo, então, “progressivamente, a regulação geral (no sentido oposto ao de particular) dos casos, sem que seja necessário traçar na lei todas as hipóteses e suas consequências, ocorrendo, por igual, a possibilidade da constante incorporação de novos casos”⁴²⁵.

A observação da civilista bem se aplica à tutela antecipada. É que, por meio das cautelares típicas, objetivou o legislador a formulação de um “catálogo de casos” legal, no qual seriam minuciosamente delineadas as hipóteses normativas e as respectivas consequências jurídicas.

⁴²² LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 412.

⁴²³ MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 22.

⁴²⁴ VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. Ob. cit., p. 128.

⁴²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 332.

Tal modelo, porém, se mostrou insuficiente, havendo a consagração de textos normativos abertos, a fim de possibilitar a concessão de medidas antecipatórias atípicas, de modo a conferir maleabilidade para que a jurisprudência adote as medidas adequadas para solução de cada caso.

Com efeito, na aplicação da tutela antecipada, é possível vislumbrar a utilização do método do grupo de casos ao se observar a formação de vários conjuntos de situações que apresentam uma identidade fático-normativa, incidindo o mesmo tratamento jurídico mediante a aplicação da mesma *ratio decidendi* para o grupo de casos.

Cite-se, por exemplo, o (i) grupo de casos correspondente à corriqueira situação na qual o requerente busca tutela antecipada, a fim de que seu nome seja excluído do cadastro restritivo de crédito no qual foi indevidamente incluído em razão de dívida que alega não existir.

Como caso representativo deste grupo, considere-se o julgamento do agravo de instrumento nº 00120110082102001, pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. O recurso foi interposto contra decisão interlocutória que havia indeferido a medida liminar postulada pela agravante para exclusão de seu nome dos cadastros de proteção ao crédito.

No caso, a recorrente alegou nunca ter contratado o serviço de seguro com a instituição financeira recorrida, sustentando, em razão disso, a ilegítima inscrição nos cadastros negativos de crédito por ser inexistente o débito. No julgamento do recurso, considerou-se que havia discussão sobre a real existência do débito, de modo que a manutenção da inscrição nos cadastros restritivos de crédito significaria considerar a agravante como devedora, apesar de não comprovada a dívida.

Com base nisso, considerou-se, de um lado, haver prejuízo imposto à agravante, tendo em vista ser comum condicionar a celebração de negócios jurídicos à inexistência de restrição em desfavor do contratante, e, de outro, existir discussão judicial acerca da existência da dívida.

Vê-se, neste precedente, a compreensão de que estão presentes os pressupostos da tutela antecipada. Embora não haja no julgado uma exposição analítica sobre a presença de tais pressupostos, é possível extrair a seguinte *ratio decidendi*: a) quanto à “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”, a

discussão judicial sobre a existência da dívida significa a plausibilidade do direito alegado, pois a parte não reconhecia o débito, mas, ao contrário, rechaçou a existência deste, tornando ilegítima, ao menos provisoriamente, a inserção de seu nome em cadastros restritivos de crédito; b) quanto ao “dano irreparável ou de difícil reparação”, há evidente prejuízo em ter o nome “negativado”, pois tal ato impossibilita a celebração de negócios jurídicos pela parte.

Realmente, no caso acima, deve ser reconhecida a presença dos pressupostos da tutela antecipada. A respeito da prova inequívoca, note-se que não se exige da parte a comprovação efetiva de que não efetuou qualquer negócio jurídico ensejador da dívida questionada. Tratando-se de fato negativo indeterminado, a prova da inexistência da dívida é impossível ou diabólica, não podendo sendo exigível tal comprovação. Na verdade, a “prova inequívoca” está atrelada à “verossimilhança da alegação”, o que se encontra plenamente atendido no caso, pois é bastante comum a ocorrência de fraudes e indevidas imposições de débitos inexistentes. Assim, havendo alegação da parte de que não contraiu a dívida que lhe é imputada, tem-se por verossímil tal alegação.

Já o dano irreparável ou de difícil reparação se mostra presente tendo em vista o prejuízo advindo com a inserção do nome em cadastros de proteção ao crédito. Tal inclusão significa uma séria restrição de crédito, impossibilitando a celebração de negócios jurídicos pela parte. Por isso, a manutenção do nome da parte no cadastro restritivo de crédito implica dano de difícil reparação, uma vez que, ainda que possa haver a compensação pecuniária, não se pode fazer desaparecer o período em que o nome da parte esteve inscrito, o que ofende a honra da parte e prejudica os possíveis negócios jurídicos naquele período.

Nesse grupo de casos, portanto, defere-se a tutela antecipada com base na *ratio decidendi* de que, em termos gerais, havendo discussão judicial sobre a existência de débito negado pela parte, é descabida a manutenção da inscrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito. Esse fundamento, então, é utilizado para todo o grupo de casos⁴²⁶.

⁴²⁶ Como exemplos de julgados que utilizam o fundamento aqui sintetizado: TJPB, AI, processo nº 00120100251030001, 2ª Câmara Cível, Relator Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira, j. em 20/10/2011; TJPB, AI, processo nº 00120110197876001, 2ª Câmara Cível, Relator Onaldo Rocha de Queiroga (juiz convocado), j. em 31/07/2012; TJPE, AI 282985-4, 0015963-83.2012.8.17.0000, 1ª Câmara Cível, j. 09/07/2013, publicação em 15/07/2013; TJPE, AI 225588-9, 0018046-

Outro exemplo de (ii) grupo de casos relativo à antecipação da tutela se refere aos pedidos de fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Em linhas gerais, havendo comprovação da enfermidade e da prescrição médica, a pessoa portadora de doença grave faz jus ao recebimento, via tutela antecipada, de medicamento ou tratamento médico pelo Poder Público.

Como exemplo de julgado inserido neste grupo de casos, considere-se o julgamento do agravo nº 0308773-6, interposto contra decisão monocrática do relator que havia negado provimento a agravo de instrumento contra decisão de deferimento da tutela antecipada pelo juízo de primeiro grau, no âmbito da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Nesse caso, o agravado (requerente da tutela antecipada) obteve medida antecipatória para determinar que o Poder Público fornecesse medicamento para tratamento de hiperparatireoidismo secundário severo (grave problema renal).

Em seu voto, o relator considerou haver prova inequívoca da verossimilhança da alegação tendo em vista a existência de laudo médico indicando a necessidade do medicamento, sendo dever estatal a proteção da saúde do indivíduo (art. 196, CF; art. 2º, Lei 8.080/1990). O perigo de dano irreparável, por outro lado, foi facilmente verificado no caso, tendo em vista a proteção do direito à vida do agravado, tratando-se de doença grave.

Daí se percebe a *ratio decidendi* no sentido de que o Estado tem o dever de fornecer medicamentos para tratamento de doença grave, desde que haja prescrição médica apontando a necessidade do referido tratamento médico, merecendo tal situação o amparo pela técnica processual da tutela antecipada. Tal fundamento, então, é adotado para todo o grupo de casos⁴²⁷.

43.2010.8.17.0000, Relator Eduardo Augusto Paura Peres, 6ª Câmara Cível, j. em 26/05/2011, publicação em 07/06/2011. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há diversos precedentes que adotam tal *ratio decidendi*: REsp 168.934/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 24/06/1998, DJ 31/08/1998, p. 103; REsp 205.039/RS, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 06/05/1999, DJ 01/07/1999, p. 185; REsp 228.790/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 29/06/2000, DJ 23/10/2000, p. 135.

⁴²⁷ TJPE, AI 319785-3, 0012103-40.2013.8.17.0000, Relator Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, 2ª Câmara de Direito Público, j. 29/05/2014, publicação em 05/06/2014; TJPE, AgRg 331602-3, 0003228-47.2014.8.17.0000, Relator Rafael Machado da Cunha Cavalcanti, 4ª Câmara de Direito Público, j. 13/06/2014, publicação em 03/07/2014; TJPE, Ag 321069-5, 0012846-50.2013.8.17.0000, Relator Alfredo Sérgio Magalhães Jambo, 3ª Câmara de Direito Público, j. 05/06/2014, publicação em 11/06/2014; TJPE, Ag 308773-6, 0007218-80.2013.8.17.0000, Relator Jorge Américo Pereira de Lira, 1ª Câmara de Direito Público, j. 27/05/2014, publicação em 05/06/2014; TJPE, AgRg 324147-6, 0014394-13.2013.8.17.0000, Relator Erik de Sousa Dantas Simões, 1ª Câmara de Direito Público, j.

Mais um exemplo de (iii) grupo de casos em que se consideram presentes os pressupostos da tutela antecipada refere-se à hipótese do ex-combatente da Segunda Guerra Mundial que pleiteia o recebimento de pensão especial cumulada com outro benefício previdenciário, na forma do art. 53, II, do ADCT.

Tome-se como caso representante deste grupo o julgamento do agravo de instrumento 55934/AL pela Segunda Turma do TRF da 5ª Região⁴²⁸. Neste caso, reformou-se decisão de primeiro grau que havia indeferido o pedido de tutela antecipada. Na hipótese, o agravante demonstrou ter “participado de operações bélicas no Teatro de Operações da Itália, com a Força Expedicionária Brasileira”, comprovando assim o enquadramento no conceito de “ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial” (art. 53, *caput*, ADCT).

No caso, acertadamente, consideraram-se presentes a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação em razão da concreta comprovação de que o agravante havia efetivamente participado de operações bélicas, incidindo a expressa autorização constitucional (art. 53, II, ADCT) e legal (art. 4º, Lei nº 8.059/1990) para acumulação da pensão especial de ex-combatente com outro benefício previdenciário, no caso, uma aposentadoria estatutária. Esta plausibilidade do direito, aliás, ratifica-se pelo entendimento dos Tribunais Superiores, que se posicionam pela possibilidade de acumulação nesta hipótese.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação, por sua vez, considera-se demonstrado em razão da natureza alimentar que envolve os benefícios previdenciários, pois estes se destinam à subsistência mínima dos seus beneficiários.

Assim, firma-se a *ratio decidendi* de que, comprovada a efetiva participação de ex-combatente em operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, cabe acumulação da pensão especial prevista no art. 53, II, do ADCT com outro benefício previdenciário, através do deferimento de tutela antecipada tendo em vista a evidência do direito e a urgência em se tratando de verba de caráter alimentar. Tal

27/05/2014, publicação em 04/06/2014.

⁴²⁸ TRF 5ª Região, Agravo de Instrumento - AG55934/AL, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Francisco de Barros e Silva (Convocado), j. 18/01/2005, Publicação: Diário da Justiça (DJ) - 14/03/2005 - Página 799.

ratio é seguida, então em todo o grupo de casos⁴²⁹.

Outro (iv) grupo de casos de concessão de tutela antecipada refere-se ao pedido de abstenção do corte de energia elétrica de unidades públicas prestadoras de serviços essenciais.

Neste grupo de casos, considera-se que, sendo o consumidor uma pessoa jurídica de direito público, o corte de energia elétrica é possível, na forma do art. 6º, § 3º, da Lei 8.987/1995. Contudo, tal possibilidade de interrupção no fornecimento do serviço não é absoluta e não pode ocorrer de forma indiscriminada, pois devem ser preservadas as unidades públicas prestadoras de serviços essenciais.

Sendo assim, defere-se a tutela antecipada para impedir que seja interrompido o fornecimento de energia elétrica de unidade pública (por exemplo, hospitais públicos), diante da presença da evidência do direito, calcado em jurisprudência consolidada do STJ, e da urgência da medida, caso contrário restaria interrompida a prestação de serviço público essencial. Tal *ratio decidendi* aplica-se, então, a todo o grupo de casos.⁴³⁰

Tal exemplificação demonstra a formação de grupos de casos na aplicação da tutela antecipada, apresentando situações com idêntica ou similar base fático-normativa, o que enseja a aplicação da mesma *ratio decidendi* para a solução da questão.

5.4 A técnica do *distinguishing* como forma de manutenção da adaptabilidade da tutela antecipada ao caso concreto

⁴²⁹ Nesse sentido: TRF – 5ª Região, Agravo de Instrumento - AG128735/PB, Órgão Julgador: Primeira Turma, Rel. Des. Frederico Pinto de Azevedo (Convocado), j. 10/01/2013, DJE 18/01/2013, p. 197; TRF – 5ª Região, Agravo de Instrumento - AG104195/RN, Órgão Julgador: Terceira Turma, Rel. Des. Leonardo Resende Martins (Convocado), j. 01/07/2010, DJE 14/07/2010, p. 437; TRF – 5ª Região, Agravo de Instrumento - AG80302/PE, Órgão Julgador: Primeira Turma, Rel. Des. Ubaldo Ataíde Cavalcante, j. 13/03/2008, Publicação: DJ 29/05/2008, p. 464; TRF – 5ª Região, Agravo de Instrumento - AG63058/PB, Órgão Julgador: Quarta Turma, Rel. Des. Margarida Cantarelli, j. 04/10/2005, Publicação: DJ 20/10/2005, p. 549; TRF -5ª Região, Agravo de Instrumento - AG30007/RN, Órgão Julgador: Segunda Turma, Rel. Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 18/09/2001, Publicação: DJ 13/11/2002, p. 1225.

⁴³⁰ Nesse sentido: TJPE, Agravo Regimental 262375-2, Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Jorge Américo Pereira de Lira, j. 09/09/2014, Publicação: 17/09/2014; TJPE, Agravo 294902-6, Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Jorge Américo Pereira de Lira, j. 04/02/2014, Publicação: 13/02/2014; TRF 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 58989/CE, Rel. Des. Francisco Wildo, j. 12/05/2005, Primeira Turma, Publicação: DJ 16/06/2005, p. 664, Nº 114.

Apesar de largamente utilizado no direito alemão, o método do grupo de casos não passou imune a críticas naquele país. Conforme exposição de Fabiano Menke⁴³¹, com base na doutrina de Ralph Weber, o método do grupo de casos acabaria impondo uma barreira à criação do juiz, pois ensejaria uma volta à subsunção.

Para Ralph Weber, citado por Menke⁴³², com a utilização do método do grupo de casos, as cláusulas gerais passariam a ser subsumíveis, consistindo em uma nova roupagem do juiz autômato, pois aqueles textos abertos, concebidos para atender o caso individual, passariam a ser generalizantes.

Com isso, não mais haveria a perquirição acerca de novos valores, pois o aplicador da norma não mais examinaria a fundo o caso concreto, preocupando-se apenas em enquadrá-lo e compará-lo aos casos individuais dos grupos de casos.

Nessa linha de raciocínio, quanto mais se desenvolve o grupo de casos, maior a abstração dos conceitos e a distância para os casos individuais, ocasionando um enrijecimento do grupo de casos, que se aproxima do tipo legal. Nesse contexto, a justiça do caso concreto passaria a ficar em segundo plano.

Contudo, deve ser superada a ideia de que a utilização do método do grupo de casos causaria um enrijecimento do sistema jurídico, tornando o juiz um autômato sem opção senão a de aplicar ao caso a solução predefinida dada por outro órgão jurisdicional.

Isso porque, para aplicar um precedente, o juiz precisa interpretá-lo para verificar a adequação do caso sob julgamento à sua *ratio decidendi*. Trata-se do denominado *distinguishing*, técnica de aplicação de precedentes desenvolvida no *Common Law*.

Essa técnica constitui meio de aplicação dos precedentes pelo qual, para se aplicar a *ratio decidendi* de um caso, é necessário comparar as suas circunstâncias fáticas com as do caso sob julgamento. Portanto, o *distinguishing* consiste em técnica de aplicação do precedente que expressa a distinção entre casos com o objetivo de verificar a aplicabilidade do precedente (*ratio decidendi*) ao caso sob julgamento⁴³³.

⁴³¹ MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 25.

⁴³² MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 25.

⁴³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 326.

Note-se que a expressão *distinguishing* apresenta duas acepções, pois pode se apresentar como método e como resultado.

Como método, o *distinguishing* corresponde à técnica pela qual o juiz

deve aproximar os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamento com eventual ou eventuais decisões anteriores, proferidas em casos análogos. Procede-se, em seguida, ao exame da *ratio decidendi* do precedente, que pode ser interpretada de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*).⁴³⁴

Portanto, o primeiro passo do julgador, no *distinguishing*, consiste na identificação da *ratio decidendi*⁴³⁵, para, então, verificar se o caso sob julgamento se amolda à *ratio* do precedente.

Assim, tendo em vista que dificilmente haverá absoluta identidade entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente, há a possibilidade de se argumentar que o caso sob julgamento requer o enfrentamento de outra questão ou tem particularidade fática que o diferencia do caso que originou o precedente.

Nessa hipótese, o juiz poderá seguir um desses caminhos: a) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, considerando que especificidades do caso sob julgamento impedem a aplicação da tese jurídica da *ratio decidendi* (*distinguishing* restritivo); b) ou estender ao caso a mesma solução jurídica conferida aos casos anteriores, porque a peculiaridade do caso sob julgamento não afasta a aplicação daquela tese jurídica (*distinguishing* ampliativo)⁴³⁶.

No *distinguishing* restritivo, caso a aplicação do princípio possa produzir resultado indesejável, o tribunal restringirá o princípio, ou ainda aplicará precedente diverso⁴³⁷.

No *distinguishing* ampliativo, a Corte estende um princípio mais além dos limites de um caso antecedente por entender que assim estará promovendo

⁴³⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Ob. cit., p. 171.

⁴³⁵ Nesse sentido leciona Marinoni, ao afirmar que a identificação da *ratio decidendi* do precedente é antecedente lógico do *distinguishing* (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 326). Relembre-se que a *ratio decidendi* é composta pela indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), pelo raciocínio lógico jurídico da decisão (*legal reasoning*) e pelo juízo decisório (*judgement*) (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Ob. cit., p. 175).

⁴³⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 403.

⁴³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Ob. cit., p. 172.

justiça⁴³⁸.

A limitação e a extensão do precedente configuram acomodação de sua *ratio decidendi*, priorizando as razões do próprio precedente, já que tanto a sua extensão quanto a sua limitação apenas são possíveis quando com ela compatíveis⁴³⁹.

Por outro lado, o *distinguishing* pode ser entendido como resultado. Nessa acepção, consiste na declaração de inaplicabilidade do precedente, por haver alguma diferença entre o caso sob julgamento e o paradigma.

Isso pode ocorrer por não existir coincidência entre os fatos relevantes do caso sob julgamento e aqueles que basearam a *ratio decidendi* do precedente, ou por haver alguma particularidade do caso concreto que afaste a aplicação do precedente.

O *distinguishing* não implica desobediência a precedentes. Não significa sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm, pois o *distinguishing* se baseia em distinção fática que revele justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente⁴⁴⁰.

Além disso, importa notar que o *distinguishing* não significa revogação do precedente. A não adoção do precedente em virtude de distinção não significa que o precedente está equivocado ou deve ser revogado, mas apenas que não é aplicável ao caso.

Portanto, a não-aplicação do precedente não tem relação com o seu conteúdo e força, mas se for rotineira pode revelar que o seu conteúdo não está mais sendo aceito na comunidade jurídica (precedente *very distinguished*)⁴⁴¹.

Outra questão que se põe diz respeito à relação entre o *distinguishing* e a criação do direito. Nesse ponto, questiona-se se o *distinguishing* declara o direito ou cria direito novo.

Numa primeira visão, o *distinguishing* é apenas a declaração de inaplicabilidade do precedente, ou seja, declara-se que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso sob julgamento. Porém, é possível falar em

⁴³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ibidem, p. 171-172.

⁴³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 332.

⁴⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem, p. 327.

⁴⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem, p. 327-328. Assim explica Marinoni: “Quer dizer que a distinção, por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento da sua autoridade” (Ibidem, p. 328).

mudança do direito na decisão que estende a aplicação do precedente a outra hipótese, o que implica seu incremento. Este *distinguished* acaba permitindo a alteração da *ratio decidendi* do precedente, por meio de uma pequena acomodação a um caso que, além de caracterizado pelas circunstâncias fáticas do caso que originou o precedente, é constituído por outros fatos materiais e, assim, depende de outras exigências. Tal *distinguishing* apenas é viável quando o novo fato for compatível com o resultado a que se chegou no precedente⁴⁴².

A partir da noção de *distinguishing*, percebe-se que a aplicação do precedente não provoca o enrijecimento do direito, não impedindo o desenvolvimento do sistema jurídico.

Na verdade, enquanto técnica de aplicação, confronto e interpretação do precedente, o *distinguishing* promove a manutenção da maleabilidade e adaptabilidade do sistema jurídico, já que possibilita a não aplicação do precedente para casos com fatos materiais distintos ou com particularidades ainda não enfrentadas.

O *distinguishing* permite, ainda, o desenvolvimento do direito ao remoldar a *ratio* do precedente, através da distinção ampliativa e restritiva (*ampliative distinguishing* e *restrictive distinguishing*).

Isso fica ainda mais evidente quando se está diante de precedentes nos quais se aplicam cláusulas gerais e conceitos indeterminados. O dever de respeito aos precedentes judiciais não retira a abertura e a vagueza dos textos normativos abertos, pois pode haver distinções, sobretudo diante da infinidade de situações que podem surgir em decorrência da aplicação de um texto normativo aberto.

No tocante à tutela antecipada, é certa a existência de infinitas possibilidades de concessão ou denegação da medida, sendo possível a incidência das mais diversas circunstâncias fáticas no caso sob julgamento, razão pela qual se mantém a adaptabilidade e mobilidade dos provimentos antecipatórios.

Veja-se, por exemplo, a possibilidade de distinções quanto à tutela antecipada do grupo de casos relativo ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Como exposto no item anterior, é firme o entendimento de que, em termos gerais, havendo comprovação da enfermidade e da prescrição médica, a pessoa portadora

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 328-329.

de doença grave faz jus ao recebimento, via tutela antecipada, de medicamento ou tratamento médico pelo poder público.

Sendo assim, não havendo comprovação da prescrição médica, torna-se inaplicável a *ratio decidendi* daquele grupo de casos, eis que ausente elemento fático-probatório para concessão da tutela antecipada, o que enseja o indeferimento do pedido de fornecimento de medicamentos⁴⁴³.

Nesse caso, tem-se o *distinguishing* em razão da diferença entre um fato relevante do caso sob julgamento (ausência de comprovação da prescrição médica) e o fato que originou a *ratio decidendi* do precedente, afastando o caso concreto daquele grupo de casos. Não há, portanto, identidade fático-normativa, sendo inaplicável o precedente.

Exemplo mais interessante de *distinguishing* dentro desse mesmo grupo de casos se refere à situação na qual o requerente pleiteia, via tutela antecipada, o fornecimento de medicamento com um estoque de três meses, sob fundamento de se evitar interrupção no tratamento.

Nesse caso, indefere-se o pedido porque o medicamento é fornecido regularmente pelo Poder Público, de modo que a pretensão tem por objetivo o fornecimento antecipado do medicamento.

Nessa situação, portanto, opera-se o *distinguishing* por haver diversidade fático-normativa dos casos, já que não se vislumbra interesse processual do pleito, pois o Poder Público já fornece regularmente o medicamento pretendido⁴⁴⁴.

Outro exemplo de *distinguishing*, ainda dentro do grupo de casos relativo ao dever do Poder Público de proteção da saúde, tem-se o caso em que a parte pleiteia tutela antecipada para realização de cirurgia na mão, sendo o pedido indeferido por se tratar de cirurgia eletiva que não revela urgência, sendo o procedimento coberto pelo Sistema Único de Saúde, apenas havendo suposta demora na realização do ato médico.⁴⁴⁵ Tal situação afasta-se do grupo de casos exatamente por consistir em diferente base fático-normativa, uma vez que ausente a urgência na realização do

⁴⁴³ TJSP, AI 20536807520148260000 SP, 2053680-75.2014.8.26.0000, Relator Décio Notarangeli, 9ª Câmara de Direito Público, j. 08/04/2014, publicação em 09/04/2014.

⁴⁴⁴ TJSP, AI 00971858720138260000 SP, 0097185-87.2013.8.26.0000, Relator Décio Notarangeli, 9ª Câmara de Direito Público, j. 19/06/2013, publicação em 20/06/2013.

⁴⁴⁵ TJMG, AI 1.0142.12.000563-2/001, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 15/01/2013.

procedimento cirúrgico, não havendo “dano irreparável ou de difícil reparação”.

Tais exemplos evidenciam que o dever de respeitar precedentes não retira a adaptabilidade, plasticidade e mobilidade da tutela antecipada, já que o julgador tem ampla possibilidade de análise do caso concreto para verificar seu enquadramento à *ratio decidendi* do precedente, mediante realização do *distinguishing*, enquanto técnica de confronto, aplicação e interpretação do precedente.

5.5 Outros aspectos que reforçam a importância do precedente na aplicação da tutela antecipada

5.5.1 A eficácia imediata da tutela antecipada e a aplicação do regime da execução provisória

Além da função do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da tutela antecipada, sobressai a necessidade de respeito aos precedentes em razão da eficácia imediata da antecipação da tutela, cuja efetivação segue o regime da execução provisória.

Como explica Daniel Mitidiero, “a antecipação de tutela tem por endereço viabilizar a fruição imediata de um resultado prático à parte que dela se beneficia no processo”⁴⁴⁶. Essa a razão de ser da tutela antecipada: sua função é, provisoriamente, conferir eficácia imediata à tutela definitiva⁴⁴⁷.

Daí a afirmação doutrinária de que, “em linha de máxima, as liminares são dotadas de eficácia própria e imediata para que possam cumprir os fins colimados pelo sistema”⁴⁴⁸.

Do ponto de vista estritamente legal, tal eficácia imediata se verifica porque a decisão de tutela antecipada, em geral, tem natureza interlocutória, sendo o agravo de instrumento o recurso cabível contra tal decisão, já que incompatível o agravo retido em razão do risco de dano a que se submete a parte requerida.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 151.

⁴⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 469.

⁴⁴⁸ LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Eficácia imediata das medidas liminares. *Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 711.

⁴⁴⁹ É como se afirma na lição de por Didier Jr., Braga e Oliveira: “A decisão que concede ou denega tutela antecipada, tendo sido proferida por um juiz singular, é interlocutória. O recurso cabível para impugná-la é o agravo de instrumento (art. 522, CPC), em razão do risco de dano a que se submete a

Essa espécie recursal, como se sabe, não possui efeito suspensivo automático, ou seja, o agravo de instrumento não dispõe de efeito suspensivo *ope legis*, somente podendo ser atribuído tal efeito pelo juiz, diante do caso concreto (art. 527, II, CPC), se preenchidos os requisitos legais do art. 558 do CPC.

Consequência disso é que as decisões concessivas de tutela antecipada podem ser efetivadas de modo imediato, autorizando-se o autor a usufruir prontamente o bem da vida postulado.

A propósito, esse aspecto é apontado por importante parcela doutrinária como incoerência do sistema processual brasileiro: a decisão de tutela antecipada, proferida em caráter provisório e mediante cognição sumária, tem eficácia imediata, o que não ocorre, em regra, com a sentença definitiva, prolatada mediante cognição exauriente⁴⁵⁰.

Exatamente por tal motivo é que, comumente, concede-se a tutela antecipada na sentença, a fim de que se permita a sua eficácia imediata, tendo em vista que, nessa hipótese, retira-se o efeito suspensivo do recurso de apelação⁴⁵¹, conforme

parte requerida. O agravo retido é incabível, por incompatibilidade" (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 532). No mesmo sentido, confira-se: BUENO, Cássio Scarpinella. Ob. cit., p. 70. Essa posição é ratificada pelo STJ, cujo entendimento é no sentido de que, "em se tratando de decisões liminares ou antecipatórias da tutela, o agravo contra elas interposto deve ser, obrigatoriamente, de instrumento. Dada a urgência dessas medidas e os sensíveis efeitos produzidos na esfera de direitos e interesses das partes, não haveria interesse em se aguardar o julgamento da apelação" (RMS nº 31.445/AL, DJe 03/02/2012, Info. 489).

⁴⁵⁰ Nesse sentido assinala José Miguel Garcia Medina: "Nota-se aí, de todo modo, uma incoerência: a decisão que concede liminar — fundada, portanto, em cognição sumária — pode ser executada liminarmente, enquanto a sentença condenatória sujeita-se a recurso que, como regra, deve ser recebido com efeito suspensivo (CPC, art. 520), impedindo sua execução imediata. O Código em vigor, assim, permite a execução imediata de uma liminar fundada em cognição sumária, mas não a execução de sentença fundada em cognição exauriente..." (MEDINA, José Miguel Garcia. *É um pássaro? Um avião? Não, é o 'superjuiz'!* Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/processo-passaro-aviao-nao-superjuiz>. Acesso em 12 abr. 2014). Semelhante crítica é apresentada por João Batista Lopes (*Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 118).

⁴⁵¹ Há profunda discussão doutrinária sobre o recurso cabível contra a tutela antecipada concedida na sentença. De um lado, há posicionamento doutrinário no sentido de que, nesse caso, existem materialmente duas decisões, uma de natureza interlocutória e a outra de sentença, cabendo agravo de instrumento contra a primeira e apelação contra a segunda. Esse é o entendimento, por exemplo, de Luiz Guilherme Marinoni (*Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 161) e João Batista Lopes (*Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. Ob. cit., p. 118-120). Por outro lado, há o entendimento de que o recurso cabível é apenas a apelação, sem efeito suspensivo quanto ao capítulo da antecipação da tutela. Nesse sentido se posiciona, por exemplo, Athos Gusmão Carneiro (*Da antecipação de tutela*. Ob. cit., p. 97). De todo modo, ambas as correntes doutrinárias conduzem ao cabimento de recurso sem efeito suspensivo, o que significa a eficácia imediata da tutela antecipada. Além disso, a divergência parece solucionada no plano legislativo, em razão do disposto no art. 520, VII, do CPC, sendo cabível apelação sem efeito suspensivo. Inclusive, no plano jurisprudencial, o STJ segue essa linha de que cabe apelação apenas com efeito devolutivo, conforme se observa nos precedentes

art. 520, VII, do CPC.

Portanto, pelas considerações acima, pretende-se demonstrar que a tutela antecipada, seja ela concedida mediante decisão interlocutória ou na própria sentença, apresenta como importante atributo a sua eficácia imediata. Ou seja, a executividade imediata é traço marcante da tutela antecipada.

A execução (ou efetivação) da tutela antecipada está prevista no art. 273, §3º, do CPC, com redação dada pela Lei 10.444/02: “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”.

Por esse dispositivo legal, remete-se a efetivação da tutela antecipada ao regime jurídico da execução provisória, antes previsto no referido art. 588 e atualmente disposto no art. 475-O, por força da Lei 11.232/05.

Já a referência aos arts. 461, §§ 4º e 5º, e 461-A tem por objetivo explicitar a aplicação, na efetivação da tutela antecipada, da disciplina jurídica concernente à tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, podendo ser utilizadas as medidas de coerção direta e indireta mencionadas naquelas disposições.

A principal consequência do regime jurídico da execução provisória diz respeito à responsabilidade objetiva daquele que se beneficiou da tutela antecipada. Segundo o art. 475-O do CPC, na hipótese de reforma da decisão, o exequente se obriga à reparação dos danos que o executado haja sofrido (inc. I), restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos (inc. II).

Sendo assim, diante da eficácia imediata da tutela antecipada, cuja efetivação segue o regime da execução provisória (art. 475-O, CPC), reforça-se a necessidade de respeito aos precedentes judiciais na sua aplicação.

Primeiramente, impõe-se o respeito aos precedentes em razão da isonomia. É que a prolação de decisões diferentes para casos idênticos, nos quais se reclama a antecipação da tutela, produz um grave inconveniente: a parte que obtém o provimento favorável poderá usufruir imediatamente o bem da vida postulado, ao passo que a parte que deixa de obter o mesmo provimento termina sem a imediata satisfação do seu direito, apesar de se encontrar em idêntica situação jurídica.

seguintes: REsp nº 648.886/SP (DJ 06/09/2004, p. 162); REsp nº 267.540/SP (DJ 12/03/2007, p. 217); REsp nº 1.001.046/SP (DJe 06/10/2008).

Além dessa nítida violação à isonomia, vislumbra-se a necessidade de respeito aos precedentes em razão da segurança jurídica. Por ter eficácia imediata, a decisão de tutela antecipada que desrespeita precedentes acarreta insegurança jurídica ainda mais grave que a própria sentença definitiva (sem eficácia imediata, em regra).

Isso porque tal provimento antecipado produz efeitos desde o momento de sua prolação, alterando a realidade fática imediatamente, de modo que eventual revogação, reforma ou anulação da decisão gera instabilidade quanto aos efeitos produzidos. Isso porque o retorno ao estado anterior e a restituição de eventuais prejuízos se mostram problemáticos em inúmeras situações concretas.

Essa dificuldade pode ser bem exemplificada com uma conhecida discussão travada no âmbito no Superior Tribunal de Justiça: a (im)possibilidade de restituição de valores recebidos a título de benefício previdenciário concedido através de tutela antecipada posteriormente revogada.

A princípio, o entendimento adotado na corte superior foi no sentido de que, determinado o pagamento ou acréscimo de benefício previdenciário por força de tutela antecipada, a revogação ou anulação da decisão enseja a restituição dos valores recebidos, aplicando-se o regime da responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela antecipada, dado o seu caráter provisório e precário⁴⁵².

Contudo, no julgamento do Recurso Especial nº 991.030/RS, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela impossibilidade de devolução das parcelas previdenciárias recebidas por força de tutela antecipada, sob fundamento de se tratar de verba alimentar recebida de boa fé pelo segurado, considerando que tal pagamento resultou de decisão suficientemente motivada, anterior ao pronunciamento definitivo do STF sobre a matéria, ocasião em que não havia uma orientação jurisprudencial consolidada sobre a questão jurídica discutida.

Tal fundamento se encontra bem delineado no seguinte trecho da ementa do julgado: “O pagamento realizado a maior, que o INSS pretende ver restituído, foi decorrente de decisão suficientemente motivada, anterior ao pronunciamento definitivo da Suprema Corte, que afastou a aplicação da lei previdenciária mais

⁴⁵² Nesse sentido, citem-se os seguintes precedentes: STJ, REsp 988.171/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 04/12/2007, DJ 17/12/2007, p. 343; STJ, AgRg no REsp 984.135/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 13/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 482; STJ, REsp 996.850/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 27/03/2008, DJe 12/05/2008.

benéfica a benefício concedido antes da sua vigência. Sendo indiscutível a boa-fé da autora, não é razoável determinar a sua devolução pela mudança do entendimento jurisprudencial por muito tempo controvertido, devendo-se privilegiar, no caso, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos⁴⁵³.

A partir desse julgamento, a corte superior passou a seguir tal orientação de modo mais amplo, entendendo que, tratando-se de revogação da tutela antecipada, não se deve restituir os valores recebidos a título de verbas previdenciárias, dado seu caráter alimentar e ausência da fraude ou má-fé do segurado quando de seu recebimento⁴⁵⁴.

Na realidade, essa ampliação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça resultou de uma indevida generalização do precedente firmado no julgamento do Recurso Especial nº 991.030/RS. Como explica Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁵⁵, naquele julgamento, entendeu-se pela desnecessidade de devolução dos valores recebidos levando-se em consideração a peculiaridade de que não havia entendimento consolidado quanto à matéria discutida, pois a questão de direito envolvida ainda era controvertida, somente firmando-se orientação em sentido contrário muito tempo depois pelo STF.

Nessa linha, aduz Leonardo Carneiro da Cunha que

na verdade, todos esses precedentes, segundo os quais não há restituição ao *status quo ante* quando revogada a tutela antecipada em matéria previdenciária, estão a generalizar uma situação que era particular, específica, que levava em conta uma peculiaridade que impunha garantir a segurança jurídica.⁴⁵⁶

⁴⁵³ STJ, REsp 991.030/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 14/05/2008, DJe 15/10/2008. Precedente divulgado no Informativo 355 do STJ.

⁴⁵⁴ Nesse sentido, citem-se os seguintes precedentes: STJ, AgRg no REsp 1.057.882/RS (Informativo 369 do STJ), Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6ª Turma, j. 25/09/2008, DJe 13/10/2008; STJ, AgRg no AREsp 22.854/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 6ª Turma, j. 20/10/2011, DJe 09/11/2011; STJ, REsp 1.255.921/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 04/08/2011, DJe 15/08/2011; STJ, AgRg no AREsp 151.349/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. 22/05/2012, DJe 29/05/2012; STJ, AgRg no AREsp 194.038/MG (Informativo 507 do STJ), Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 18/10/2012, DJe 24/10/2012; STJ, AgRg no AREsp 291165/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 09/04/2013, DJe 15/04/2013.

⁴⁵⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 4 – Revogação da tutela antecipada concedida contra o poder público: restituição ao status quo ante*, 2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-4-revogacao-da-tutela-antecipada-concedida-contra-o-poder-publico-restituicao-ao-status-quo-ante/>. Acesso em: 22 jun. 2014; A fazenda pública em juízo. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 308-312.

⁴⁵⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 4 – Revogação da tutela antecipada concedida contra o poder público: restituição ao status quo ante*, 2013. Disponível em:

Realmente, nesse exemplo, percebe-se que os juristas brasileiros ainda têm grande dificuldade de aplicação de precedentes judiciais. Nessa discussão, não se atentou para a *ratio decidendi* do julgamento do Recurso Especial nº 991.030/RS, que se baseou em uma situação específica de mudança de entendimento jurisprudencial por muito tempo controvertido. Assim, diante dessa particularidade, entendeu-se que deveria prevalecer a boa-fé do segurado, em respeito à segurança jurídica.

Contudo, em uma demonstração de inaptidão na análise de precedentes, generalizou-se a compreensão de que, a partir do Recurso Especial nº 991.030/RS, seria indevida a restituição de valores recebidos por força de tutela antecipada em causas previdenciárias, o que não corresponde à *ratio decidendi* daquele precedente.

Em momento posterior, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça restaurou seu entendimento inicial e reviu este posicionamento indevidamente generalizado, firmando nova orientação no julgamento do Recurso Especial nº 1.384.418/SC⁴⁵⁷. Nesse julgado, a corte superior considerou que, embora os benefícios previdenciários ostentem natureza alimentar, a devolução desses valores também deve ser analisada sob o prisma da boa-fé.

Nesse aspecto, o STJ reconheceu a presença da boa-fé subjetiva nessas hipóteses, pois o segurado, ao obter a concessão de um benefício previdenciário por força de decisão judicial, acredita que o seu recebimento é legítimo. Todavia, não se vislumbra a boa-fé objetiva, que consiste na presunção da definitividade do pagamento. No caso do recebimento de valores mediante provimento antecipatório, o segurado tem ciência da não definitividade desse pagamento em razão do caráter provisório e precário da tutela antecipada.

Por oportuno, confira-se o seguinte trecho da ementa do julgado: “Do ponto de vista objetivo, por sua vez, inviável falar na percepção, pelo segurado, da definitividade do pagamento recebido via tutela antecipatória, não havendo o titular do direito precário como pressupor a incorporação irreversível da verba ao seu

<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-4-revogacao-da-tutela-antecipada-concedida-contr-o-poder-publico-restituicao-ao-status-quo-ante/>. Acesso em: 22 jun. 2014.

⁴⁵⁷ STJ, REsp 1.384.418/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 12/06/2013, DJe 30/08/2013. Precedente divulgado no Informativo 524 do STJ.

patrimônio”.

Com esse julgamento, o Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento no sentido de que é dever do segurado devolver valores a título de benefícios previdenciários recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada⁴⁵⁸.

Toda essa discussão acima exposta, acerca da restituição de valores recebidos a título de benefício previdenciário por força de tutela antecipada revogada, evidencia a problemática da restituição ao *status quo ante* no caso de revogação do provimento antecipatório.

Com isso, demonstra-se a necessidade de respeito aos precedentes judiciais na apreciação dos pleitos de tutela antecipada, justamente porque a decisão antecipatória que segue a jurisprudência consolidada sobre a matéria tem menor chance de posterior revogação, evitando-se (ou diminuindo-se) o problema da restituição ao *status quo ante*.

Prestigia-se, assim, a segurança jurídica, na medida em que se busca estabilidade das relações jurídicas ao se evitar (ou, ao menos, reduzir) provimentos antecipatórios cuja eficácia se prolongue no tempo e, após longo período, ocorra a revogação da tutela antecipada, deixando o grave problema relativo à restituição ao estado anterior.

Aliás, note-se que, no julgamento do Recurso Especial nº 991.030/RS, o fundamento que levou o STJ a considerar indevida a restituição dos valores de benefícios previdenciários foi a circunstância de que a decisão concessiva da tutela antecipada teria sido anterior ao pronunciamento definitivo da Suprema Corte sobre a matéria. Portanto, naquela hipótese, não havia jurisprudência firme a ser seguida, havendo, ao contrário, uma posterior definição jurisprudencial sobre a questão. Por isso, prevaleceu a garantia da segurança jurídica para impedir a retroação dos efeitos da revogação da decisão antecipatória.

A partir dessa análise, reconhece-se a necessidade de respeito aos precedentes judiciais na aplicação da tutela antecipada, o que, inclusive, justifica a não devolução de valores recebidos via decisão antecipatória revogada,

⁴⁵⁸ Seguindo o entendimento consolidado no julgamento do REsp 1.384.418/SC, podem ser citados os recentes julgados a seguir: STJ, EDcl no AgRg no AREsp 277.050/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. 03/09/2013, DJe 11/09/2013; STJ, AgRg no AgRg no REsp 1360828/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 11/02/2014, DJe 07/03/2014.

excepcionando o disposto no art. 475-O do CPC.⁴⁵⁹

5.5.2 A situação de urgência na tutela antecipada e a consolidação de situações jurídicas em decorrência de provimentos antecipatórios

Mais um aspecto que reforça a necessidade de respeito aos precedentes judiciais na aplicação da tutela antecipada diz respeito à urgência que envolve esse instituto, a qual, aliada à eficácia imediata tratada acima, resulta, muitas vezes, na consolidação de situações jurídicas pelo decurso do tempo.

Como se sabe, um dos fundamentos da tutela antecipada é a urgência do pleito antecipatório. Daí a exigência, nos dispositivos correspondentes, de demonstração do “perigo de dano irreparável ou de difícil reparação” ou do “receio de ineficácia do provimento final”.

Há, por vezes, hipóteses de tutela antecipada que apresentam uma urgência extremada, nas quais a solução adotada no provimento antecipatório consolida uma situação fática no tempo.

É o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de tutela antecipada em que tanto o deferimento quanto o indeferimento da medida materializam situações jurídicas irreversíveis *in natura*. Trata-se da chamada irreversibilidade recíproca, que pode ser definida nos seguintes termos: “concedida a AT, e efetivada, cria-se situação irreversível em favor do autor; denegada, a situação será irreversível em prol do demandado”⁴⁶⁰.

Tal irreversibilidade recíproca, inclusive, justifica a mitigação do pressuposto negativo contido no art. 273, §2º, do CPC⁴⁶¹, relativizando a vedação para permitir o

⁴⁵⁹ Nesse ponto, bastante lúcida a ponderação de Leonardo Carneiro da Cunha: “Como se observa, a revogação ou anulação de um provimento de urgência impõe a restituição das partes ao estado anterior, ressalvadas situações excepcionais, que demonstrem a necessidade de impedir a restituição, mercê da prevalência da segurança jurídica e da boa fé, com aplicação do postulado da proporcionalidade” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 4 – Revogação da tutela antecipada concedida contra o poder público: restituição ao status quo ante*, 2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniaop/opiniaop-4-revogacao-da-tutela-antecipada-concedida-contra-o-poder-publico-restituicao-ao-status-quo-ante/>. Acesso em: 22 jun. 2014).

⁴⁶⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 87. Nesse ponto, vale lembrar a interessante observação de Ovídio Baptista: “O magistrado que indefere a liminar pedida pelo autor não imagina que esteja outorgando, diríamos, uma ‘liminar’ idêntica ao demandado, apenas de sinal contrário, enquanto idêntico benefício processual, permitindo que ele continue a desfrutar do status quo a custo zero” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Ob cit., p. 16).

⁴⁶¹ Art. 273. [...] §2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de

deferimento de tutela antecipada com efeitos fáticos⁴⁶² irreversíveis.

Nítido exemplo dessa relativização é o caso da concessão de tutela antecipada para determinar a realização de procedimento médico de urgência, situação na qual o deferimento da medida significa a realização de um ato insuscetível de restituição ao estado anterior, assim como o seu indeferimento implica um irreversível dano à saúde do requerente.⁴⁶³

Outro exemplo é a hipótese de tutela antecipada relativa à autorização para realização de evento festivo, em razão de controvérsia acerca do cumprimento de requisitos exigidos pelo Poder Público para segurança e fluxo de veículos no evento. Em tal situação, o provimento antecipatório é irreversível no plano fático, uma vez que, depois da medida, já terá ocorrido o evento ou restará impedida a sua realização.⁴⁶⁴

Mais uma situação de irreversibilidade recíproca é a hipótese de provimento antecipatório relacionado aos direitos de transmissão de evento esportivo. Nesse caso, a tutela antecipada se mostra irreversível porque, após a decisão, o evento já terá se realizado.⁴⁶⁵

Também pode ser citado, como exemplo, o caso de uma pessoa cega que, impedida de entrar em teatro com o seu cão-guia, pleiteia provimento antecipatório para assegurar seu direito de assistir ao concerto, hipótese em que o indeferimento do pedido significa dano irreparável, eis que já realizada a apresentação.⁴⁶⁶

Todos esses exemplos ilustram situações nas quais a tutela antecipada consolida situações fáticas que não poderão ser restituídas ao estado anterior. Isso significa que, apesar de provisória, a decisão antecipatória materializa situações

irreversibilidade do provimento antecipado.

⁴⁶² Prevalece na doutrina a compreensão de que a irreversibilidade mencionada no §2º do art. 273 do CPC não se refere propriamente ao provimento antecipatório, que se caracteriza por ser uma decisão passível de modificação a qualquer tempo (art. 273, §4º, CPC), mas diz respeito, na verdade, aos efeitos fáticos do provimento. Nesse sentido, por todos: CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 81.

⁴⁶³ A título de exemplificação, citem-se os seguintes precedentes que retratam tal situação: TJSP, AI 9027942-54.2000.8.26.0000, Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado, Data de registro: 17/11/2000; TJPE, Agravo 273804-5/01 0013026-03.2012.8.17.0000, Rel. Francisco Manoel Tenório dos Santos, órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, j. 04/04/2013, Publicação: 19/04/2013.

⁴⁶⁴ Exemplo extraído de decisão da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, Processo nº 0800093-98.2014.4.05.8200T, em 17/01/2014.

⁴⁶⁵ Exemplo semelhante é apresentado por Fernando Gama de Miranda Netto (*A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 148).

⁴⁶⁶ Exemplo citado por Fernando Gama de Miranda Netto (*Ibidem*, p. 146).

“definitivas”⁴⁶⁷ no plano material.

Percebe-se, na verdade, que a realização concreta de qualquer decisão judicial sempre leva, em alguma medida, à sua irreversibilidade fática, pois o direito em litígio terá sido gozado por uma das partes durante a vigência do provimento judicial, de modo que as circunstâncias vividas nesse respectivo lapso temporal jamais poderão ser modificadas.⁴⁶⁸

É claro que, em último caso, não havendo a possibilidade de retorno ao estado anterior, possibilita-se a conversão em perdas e danos, operando-se a reversibilidade pecuniária.

Ademais, há hipóteses que, embora não configurem irreversibilidade recíproca, também têm a consequência de consolidar situações pelo decurso do tempo.

Nessa perspectiva, destaca-se a teoria do fato consumado, pela qual se propõe que “as situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo, amparadas por decisão judicial, não devem ser desconstituídas, em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais”⁴⁶⁹.

A teoria do fato consumado, todavia, somente é admitida em hipóteses excepcionalíssimas. Com efeito, “conforme a orientação jurisprudencial do STJ, aplica-se a teoria do fato consumado nas hipóteses em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo em razão de ordem judicial”⁴⁷⁰.

Assim, via de regra, não se aplica a teoria, por exemplo, aos “casos nos quais se pleiteia a permanência em cargo público, cuja posse tenha ocorrido de forma precária, em razão de decisão judicial não definitiva”, segundo anotado em precedente do Supremo Tribunal Federal⁴⁷¹. No mesmo sentido é a orientação do

⁴⁶⁷ Por óbvio, utiliza-se aqui o termo definitivo não no sentido processual de sentença definitiva, própria da cognição exauriente e oposta à provisoriedade que marca a tutela antecipada. O sentido de definitividade utilizado no texto é, claramente, o de situação materialmente consolidada, na qual é impossível o retorno ao estado anterior.

⁴⁶⁸ Nesse sentido, mostra-se oportuna a observação de Eduardo da Fonseca Costa: “a implantação de toda e qualquer decisão no plano dos fatos é sempre acompanhada de um grau indelével de irreversibilidade” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 29).

⁴⁶⁹ STJ, REsp 709934/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. 21/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 531.

⁴⁷⁰ STJ, AgRg no AREsp 460.157/PI, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 26/03/2014.

⁴⁷¹ STF, RE 405964 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 24/04/2012, acórdão eletrônico DJe-

Superior Tribunal de Justiça⁴⁷².

Apesar disso, considerando o caráter excepcional da aplicação da teoria do fato consumado, já decidiu o STJ pela sua aplicação à hipótese em que a candidata, mediante providência liminar, prosseguiu no concurso público e chegou a tomar posse, sendo posteriormente aprovada no estágio probatório e tendo exercido a função pública há 5 (cinco) anos⁴⁷³.

Por outro lado, também não prevalece, em regra, a teoria do fato consumado no caso do profissional formado no estrangeiro que, por meio de antecipação de tutela, obtém o direito de exercer sua profissão no Brasil, independentemente de revalidação legal do diploma. Ocorrendo a revogação da medida judicial precária, de ver restituído o *status quo ante*, ainda que ele tenha exercido a atividade por longo período⁴⁷⁴.

Ainda que não prevaleça a teoria do fato consumado nesses casos, é inegável o grave prejuízo sofrido pela parte que, durante certo lapso temporal, atuou amparado por decisão judicial, pressupondo, assim, legitimidade e licitude no exercício dessa atividade.

Não se pretende discutir aqui a aceitação ou rejeição da teoria do fato consumado, pois tal questão, além de extremamente complexa e tormentosa, foge ao objeto do presente trabalho. O que se busca ressaltar é, tão somente, a importância do respeito aos precedentes judiciais quando da concessão ou denegação da tutela antecipada, exatamente para evitar tais situações, devendo o provimento antecipatório seguir a jurisprudência consolidada a fim de impedir que haja a consolidação, pelo considerável lapso temporal, de situações jurídicas fundadas em provimentos posteriormente revogados.

Outra hipótese relacionada à teoria do fato consumado diz respeito ao estudante que, por força de tutela antecipada, consegue frequentar curso em instituição de ensino superior através do exame supletivo, relativizando os requisitos

095, divulg. 15-05-2012, public. 16-05-2012.

⁴⁷² STJ, MC 18980/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. 15/05/2012, DJe 21/05/2012; STJ, RMS 23390/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 02/12/2010, DJe 17/12/2010; STJ, AgRg no Ag 874884/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 360.

⁴⁷³ STJ, RMS 31.152/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 25/02/2014.

⁴⁷⁴ Exemplo verificado no seguinte precedente: STJ, REsp 1333588/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 16/10/2012, DJe 22/10/2012.

legais para tanto. Revogada a decisão judicial nessa hipótese, reconhece-se o direito do aluno de continuar o curso até o seu término, tendo em vista a conclusão de considerável parcela do curso, em aplicação à teoria do fato consumado, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷⁵.

Dentro dessas hipóteses, considere-se o julgamento do Recurso Especial nº 1262673/SE pelo STJ. No caso, o estudante menor de 18 (dezoito) anos se utilizou do exame supletivo para alcançar precocemente o acesso ao ensino superior, em flagrante burla à legislação que rege a matéria. Tanto é assim que, na razões de decidir adotadas no precedente, fica evidente que o entendimento da corte superior quanto ao mérito da causa seria no sentido de rejeitar a pretensão do requerente. Contudo, em razão da consolidação da situação jurídica pelo decurso do tempo, entendeu-se pela aplicabilidade da teoria do fato consumado, em respeito à segurança jurídica e à estabilidade das relações jurídicas.⁴⁷⁶

O precedente acima é bastante expressivo ao revelar a gravidade da desobediência aos precedentes judiciais na concessão da tutela antecipada. No caso exposto, consolidou-se situação fática ilícita, em virtude de uma antecipação de tutela indevidamente concedida, eis que posteriormente revogada e, ainda, destoante da jurisprudência do STJ sobre a matéria.

Daí se conclui que, nos provimentos antecipatórios, revela-se essencial a observância dos precedentes judiciais concernentes à questão jurídica tratada, tendo em vista que, caso contrário, resultam as seguintes consequências ao sistema jurídico: a) ofensa à isonomia, pois alguns obtêm um provimento que imediatamente satisfaz sua pretensão urgente, enquanto outros deixam de obter tal tutela; b) violação da segurança jurídica, pois se produzem situações jurídicas instáveis ou se consolidam situações jurídicas ilícitas.

5.6 A fundamentação das decisões de tutela antecipada como um dever imprescindível diante de conceitos indeterminados e de um sistema de

⁴⁷⁵ A aplicação da teoria do fato consumado nessa hipótese é amplamente aceita na jurisprudência do STJ, como se evidencia pelos precedentes a seguir: REsp 1289424/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 11/06/2013, DJe 19/06/2013; REsp 1262673/SE, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. em 18/08/2011, DJe 30/08/2011; REsp 900.263/RO, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 13/11/2007, DJ 12/12/2007, p. 397; REsp 613.748/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 21/11/2006, DJ 13/09/2007, p. 183

⁴⁷⁶ STJ, REsp 1262673/SE, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. 18/08/2011, DJe 30/08/2011.

precedentes

Constitui garantia constitucional a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. Segundo disposto no art. 93, IX, da CF⁴⁷⁷, exige-se que as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.

Não bastasse essa explícita previsão constitucional, a legislação processual reforça tal garantia. No art. 458, II, do CPC, consagra-se a fundamentação como requisito essencial da sentença, na qual “o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Por força do art. 165 do CPC, tal exigência se aplica aos acórdãos dos tribunais e, quanto às decisões interlocutórias, exige-se também a fundamentação, ainda que de modo conciso.

Especificamente em relação às decisões de tutela antecipada, o §1º do art. 273 do CPC impõe que, “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”.

Daí se demonstra o vasto arcabouço normativo que impõe o dever de fundamentação das decisões judiciais. Note-se, porém, que, ainda que não houvesse expressa previsão normativa, a motivação das decisões judiciais não poderia deixar de ser direito fundamental do jurisdicionado, pois tal garantia decorre do devido processo legal e é inerente ao Estado de Direito.

Fundamentar significa expor os motivos fáticos e jurídicos que formam o convencimento judicial, ou seja, que levam o julgador a decidir a questão de determinada maneira. A obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais tem duas funções primordiais⁴⁷⁸, situadas nos planos endoprocessual e exoprocessual (ou extraprocessual).

Fala-se na função endoprocessual no sentido de que a fundamentação possibilita às partes conhecer as razões da decisão para, assim, demonstrar eventual irresignação com a decisão mediante o manejo dos recursos cabíveis,

⁴⁷⁷ Art. 93. [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁴⁷⁸ Nesse sentido reconhece a doutrina, a exemplo dos seguintes processualistas: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 291-292; NEVES, Daniel Assumpção de Amorim. Ob. cit., p. 87; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 74.

permitindo o controle da decisão pelos juízos de hierarquia superior. Propicia-se, com isso, o controle das decisões judiciais pelos próprios sujeitos processuais, através da via recursal.

Na função exoprocessual, põe-se em destaque a fundamentação como meio de verificação da imparcialidade e lisura do julgador. Por meio da exteriorização das razões da decisão, possibilita-se o controle difuso da legitimidade da atuação jurisdicional⁴⁷⁹. É que a motivação da decisão se revela indispensável para que se possibilite a participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, conferindo-lhe legitimidade. Trata-se, pois, da função política⁴⁸⁰ da motivação das decisões judiciais.

No âmbito da tutela antecipada, a fundamentação da decisão adquire relevância especial, sobretudo por se tratar de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

É que, diante da aplicação de textos abertos, aumenta-se o grau de subjetividade de atuação do juiz, a quem cabe preencher o conteúdo normativo dos pressupostos da tutela antecipada, com base nas circunstâncias concretamente apresentadas.

Com isso, torna-se muito mais complexo o processo de aplicação do direito e, conseqüentemente, surgem maiores dificuldades no controle da atuação judicial. Isso pode levar ao voluntarismo puro, mediante a utilização indevida dos textos abertos.

Exatamente por tal motivo é que a fundamentação das decisões de tutela antecipada exige uma exposição mais detalhada dos motivos de fato e de direito que embasam a decisão. Por se tratar de concreção de textos normativos abertos, há uma maior complexidade nesse processo decisório, o que impõe um maior ônus argumentativo para o julgador. Quanto maior a abertura semântica do texto que se concretiza, maior a necessidade de justificação da decisão.

Daí por que se mostra inadequada a previsão de “fundamentação concisa”

⁴⁷⁹ Lembre-se que as funções executiva e legislativa encontram legitimidade no voto popular, ao contrário da função jurisdicional, cuja legitimidade somente pode ser alcançada mediante a justiça das decisões, o que apenas pode ser averiguado mediante a exteriorização das razões da decisão. Nessa linha: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. Ob. cit., p. 55.

⁴⁸⁰ Nesse sentido: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., p. 74.

nas decisões interlocutórias, contida no art. 165 do CPC. No caso da tutela antecipada, em regra veiculada por decisão interlocutória, é problemático falar em fundamentação concisa. Dificilmente uma adequada fundamentação de decisão de tutela antecipada será concisa, tendo em vista que, por se tratar de concreção de conceitos jurídicos indeterminados, há necessidade de exposição detalhada das circunstâncias concretas que preenchem o conteúdo normativo do texto aberto, além da necessidade de explicitação do sentido concreto atribuído ao conceito indeterminado.

Nesse aspecto, Daniel Mitidiero observa que, ao exigir que a decisão tenha motivação precisa, o §1º do art. 273 do CPC impõe que a decisão analise as questões:

de modo pormenorizado, sem recurso a frases feitas – que, ao servirem para todos os casos em geral, não servem para nenhum de forma precisa. Isso quer dizer que não basta alusão genérica aos pressupostos legais para decisão da questão. É preciso enfrentar os pressupostos legais à luz do caso dos autos, sem o que a decisão carece de precisão.⁴⁸¹

Daí a especial importância da motivação das decisões judiciais na aplicação da tutela antecipada. Por se estruturar em textos abertos, a antecipação da tutela apresenta um complexo processo de aplicação que dificulta o controle da atuação judicial, o que somente pode ser feito mediante uma adequada fundamentação.

Mas não é só. Outro aspecto que ratifica a relevância da fundamentação das decisões de tutela antecipada é justamente a utilização dos precedentes judiciais na sua aplicação. É que a motivação das decisões assume papel fundamental em um sistema jurídico em que se valorizam precedentes.

A fundamentação da decisão constitui elemento imprescindível para a identificação da *ratio decidendi* do precedente. Embora não haja uma perfeita correspondência entre a fundamentação e a *ratio decidendi*, é inegável a importância daquela para a construção desta. Nesse sentido, Lucas Buril de Macêdo⁴⁸² considera a regularidade da fundamentação como requisito específico para a eficácia do precedente, tendo em vista que a norma do precedente somente pode ser aplicada e compreendida quando a fundamentação for suficiente para tanto, caso

⁴⁸¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 151.

⁴⁸² MACÊDO, Lucas Buril de. Ob. cit., p. 455.

contrário torna-se impossível a construção racional da *ratio*.

Além disso, em um sistema de precedentes, a fundamentação da decisão é importante para que as Cortes Supremas – responsáveis pela interpretação dos textos normativos e pela unidade e desenvolvimento do direito – possam, através de recursos de natureza excepcional, formar seus precedentes a partir do quadro fático delineado na decisão recorrida, já que não se procede ao reexame fático-probatório em recursos de estrito direito.

Apesar dessa notável relevância da motivação das decisões judiciais, a deficiência na fundamentação de decisões de tutela antecipada é bastante comum na prática dos tribunais. É frequente encontrar decisões de tutela antecipada que se limitam a repetir os termos legais, utilizando-se da mesma linguagem aberta e vaga do texto normativo.

Esse cenário é bem exposto por Antonio Dall'agnol Junior nos seguintes termos:

Não é raro, antes pelo contrário, a denegação ou concessão de antecipação de tutela, seja cautelar, seja satisfativa, com a só referência aos elementos meramente qualificadores da pretensão típica, tal como 'denego (ou concedo), por ausente (ou presente, em caso contrário) periculum in mora'. [...] Tais termos, sem sustentação fática, evidenciam-se vazios, permanecendo no mesmo nível em que se encontravam antes da postulação, qual seja, no plano normativo.⁴⁸³

Como exemplo de decisão de tutela antecipada desprovida de qualquer fundamentação, cite-se a decisão proferida pelo 2º Juizado Especial Cível de João Pessoa-PB, nos autos do processo nº 3012926-28.2013.815.2001. No caso, a parte autora alegou a indevida inscrição de seu nome em cadastros restritivos de crédito, por empresa de serviços de telecomunicações, mesmo após efetuado o cancelamento do contrato, sendo apresentados documentos de declaração de quitação e extrato de faturas pagas.

Contudo, o inteiro teor da decisão do pedido de tutela antecipada foi o seguinte: “Indefiro o pedido de tutela antecipada por não preencher os requisitos do artigo 273, do CPC. Ademais é de bom alvitre ouvir a parte adversa”. É manifesta a

⁴⁸³ DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Meios de enunciação e de controle dos provimentos de urgência. *Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

nulidade da decisão acima transcrita, por absoluta ausência de fundamentação. É claro que tal decisão é extrema, pois sequer parafraseia os pressupostos da tutela antecipada e apenas cita o dispositivo legal aplicável.

Outras decisões – igualmente nulas – reproduzem genericamente o texto normativo que prevê a tutela antecipada, sem analisar as respectivas circunstâncias concretas. Cite-se, como exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento que discutia a suspensão da exigibilidade de ISS constante de autos de infração, na qual o único trecho que menciona os pressupostos da tutela antecipada foi o seguinte:

Independentemente do depósito pode evidentemente ser concedido adiantamento da pretensão para suspensão da exigibilidade do tributo. No entanto, para estes casos, haveria necessidade da presença do "fumus" ou da "prova inequívoca" suficiente para convencer da "verossimilhança da alegação", elementos estes não presentes nesta fase de cognição provisória.⁴⁸⁴

Note-se que tal decisão não traz qualquer consideração sobre a "prova inequívoca" e a "verossimilhança da alegação", limitando-se a afirmar que tais requisitos não se encontrariam presentes no caso sob julgamento.

Como já se expôs brevemente em tópico anterior⁴⁸⁵, decisões nesses moldes representam má utilização dos textos abertos. Nesses casos, os julgadores se aproveitam da vagueza semântica dos textos legais e reproduzem os termos vagos em suas decisões, simulando uma (pseudo)subsunção do caso à norma jurídica.

Essa repetição de termos vagos na decisão contraria a função dos textos normativos abertos, que se apresentam vagos exatamente para permitir que o aplicador, diante do caso concreto, complemente o conteúdo da norma de acordo com as especificidades da situação concreta.

Registre-se que a segunda decisão acima citada foi anulada pelo Superior Tribunal de Justiça, em importante precedente que ressalta a importância da fundamentação da decisão de antecipação de tutela. No julgamento do Recurso Especial nº 856.598/SP⁴⁸⁶, sob relatoria da Ministra Eliana Calmon, restou delineado

⁴⁸⁴ TJSP, AI 0078691-92.2004.8.26.0000, Órgão julgador: 6ª Câmara, Rel. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 15/02/2005.

⁴⁸⁵ Item 5.3.1 deste trabalho, que trata da função do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da tutela antecipada.

⁴⁸⁶ STJ, REsp 856.598/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/11/2008, DJe

que “a fundamentação das decisões judiciais constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito, tendo por objetivo, dentre outros, o exercício da ampla defesa e o seu controle por parte das instâncias superiores”.

Consignou-se, ainda, que constitui ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais a decisão que apenas menciona a ausência dos requisitos legais para deferimento da tutela antecipada, “desacompanhada das razões de fato analisadas pelo julgador, por impossibilitar a revisão da questão pelas instâncias superiores”.

Observe-se que tal precedente bem destaca a consideração, exposta neste trabalho, de que a fundamentação da decisão deve ser adequada para possibilitar a análise da questão pelas instâncias superiores, com base no quadro fático-probatório delineado na decisão recorrida, já que não cabe o reexame de fatos e provas em recursos de estrito direito.⁴⁸⁷

Dentro desse contexto de desrespeito ao dever de fundamentação das decisões, surge interessante inovação no projeto do novo CPC, concernente ao dispositivo que prevê um rol de situações nas quais a decisão não se considera fundamentada.

Trata-se do art. 489, §1º, do CPC projetado, que assim dispõe:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sobre essa inovação, a primeira questão que se coloca se refere à

17/12/2008.

⁴⁸⁷ Entretanto, contraditoriamente, a decisão ressalva o entendimento do STJ, exposto no item 5.3.2, “não é possível reexaminar os pressupostos adotados pela instância de origem para o deferimento ou indeferimento de liminar ou de antecipação de tutela”.

constitucionalidade do dispositivo, pois se interroga se o legislador tem competência para definir abstratamente decisão não fundamentada⁴⁸⁸.

É possível imaginar a alegação de inconstitucionalidade no sentido de que o dispositivo legal não poderia estabelecer parâmetros e limites para o julgador que não estejam presentes no texto constitucional, cabendo ao Judiciário definir os contornos do que se entende por decisão fundamentada.

No entanto, deve-se observar que a regra projetada busca reforçar e maximizar a garantia fundamental da motivação das decisões judiciais. Como anota Beclaute Oliveira Silva⁴⁸⁹, o legislador projetista não pretende dizer o que é fundamentação, mas apenas indica o que não se considera uma decisão fundamentada.

O dispositivo projetado, portanto, não limita o conteúdo semântico de fundamentação, pois isso implicaria ofensa à garantia constitucional. Na verdade, a disposição aponta algumas “pistas” ou “atalhos” para identificação de uma decisão não fundamentada, de modo a potencializar a garantia constitucional de motivação das decisões judiciais. Note-se, assim, que tal estipulação é meramente exemplificativa, sem exaurir as possibilidades de aplicação do art. 93, IX, da CF, funcionando apenas como ferramenta facilitadora para identificação de decisões não fundamentadas.⁴⁹⁰

Tal previsão se revela bastante oportuna quando se observa que a fundamentação da decisão judicial, ao contrário do que possa parecer, constitui termo aberto, carente de delimitação semântica precisa. Nas palavras de Beclaute Silva, “apesar de fundamentar se apresentar aparentemente como um termo semanticamente fechado, ele demanda concretização que perpassa categorias complexas que o tornam aberto”⁴⁹¹. Por isso é que se mostra bastante plausível a inserção de uma disposição legal que especifique situações configuradoras de decisão judicial sem fundamentação adequada.

Assim, tendo como objetivo maximizar e efetivar a garantia da fundamentação

⁴⁸⁸ SILVA, Beclaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 195-199.

⁴⁸⁹ SILVA, Beclaute Oliveira. Ob. cit., p. 197-198.

⁴⁹⁰ SILVA, Beclaute Oliveira. Ob. cit., p. 198-199.

⁴⁹¹ SILVA, Beclaute Oliveira. Ob. cit., p. 195.

das decisões judiciais, considera-se constitucional tal dispositivo, pois está em conformidade com os postulados que norteiam a hermenêutica constitucional, em particular o princípio da máxima efetividade, que “orienta o intérprete a atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades”⁴⁹².

Feitas tais considerações sobre o dispositivo, cumpre observar a sua plena aplicabilidade às decisões de tutela antecipada. Com efeito, os incisos I, II e III do §1º do art. 489 do projeto do novo CPC têm por objetivo exatamente inibir decisões genéricas, que utilizam indevidamente termos vagos na (pseudo)fundamentação, o que, como visto, se revela bastante comum nos provimentos antecipatórios.

Com isso, de acordo com o inciso I do citado dispositivo, passa a ser considerada como carente de motivação – e, portanto, nula – a decisão que se limita a indicar, reproduzir ou parafrasear o texto normativo, sem explicar sua relação com a causa sob julgamento.

Já o inciso II do dispositivo em comento estabelece que, na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, deve ser explicado o motivo concreto de sua incidência no caso.

Reitere-se, nesse aspecto, que as decisões de tutela antecipada não podem apenas repetir os termos indeterminados constantes do texto legal. A vagueza semântica própria dos textos abertos tem por função justamente permitir a complementação da norma segundo as especificidades concretas, o que exige a devida explicitação das circunstâncias concretas que levaram à conclusão da presença ou ausência dos pressupostos (conceitos indeterminados) no caso sob julgamento.

Por sua vez, o inciso III do dispositivo ora em análise preconiza que a decisão não se considera fundamentada quando invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

Como se vê, todas essas disposições do projeto do novo CPC se destinam a impedir a utilização de fundamentação genérica nas decisões judiciais. Nesse ponto, importante a distinção entre fundamentação genérica e fundamentação repetida,

⁴⁹² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 184.

apresentada por Beclaute Oliveira Silva⁴⁹³. A primeira é aquela que reproduz ou parafraseia genericamente o texto legal, apresentando motivos vagos que serviriam para fundamentar qualquer decisão. A segunda, diferentemente, é repetição da fundamentação já utilizada em causa idêntica, como ocorre nas demandas de massa. A propósito, a fundamentação repetida para casos iguais concretiza a segurança jurídica e a isonomia (*treat like cases alike*) e encontra até mesmo consagração legislativa na hipótese do art. 285-A do CPC em vigor, em que se determina a reprodução do teor da decisão anteriormente prolatada para caso idêntico.

Essa disposição certamente terá importante aplicação no âmbito de decisões de tutela antecipada, pois, como exposto acima, são comuns decisões genéricas que se utilizam de motivos amplos aplicáveis a toda e qualquer decisão de tutela antecipatória.

O inciso IV, por seu turno, traz interessante regra acerca da extensão do dever de motivar a decisão judicial. Segundo essa disposição, não se considera fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Trata-se de disposição que privilegia o contraditório em seu aspecto substancial. Uma releitura desse princípio permite visualizar duas dimensões do contraditório. No aspecto formal, que revela a abordagem tradicional do tema, o contraditório significa a garantia de participação no processo, consubstanciada na ciência dos atos processuais com a consequente possibilidade de manifestação. No aspecto substancial, o princípio equivale ao poder de influência da parte na formação do convencimento do juiz. Ou seja, não basta conferir à parte oportunidade de manifestação, mas deve ser outorgada a possibilidade de influenciar na decisão⁴⁹⁴.

Por fim, nos incisos V e VI do art. 489, §1º, do projeto do novo CPC, demonstra-se uma preocupação com a utilização dos precedentes judiciais. Não atende o dever de fundamentação a mera indicação de precedentes ou enunciados de súmula sem a correspondente análise dos seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) em comparação com o caso sob julgamento. Impõe-se, ademais, a

⁴⁹³ SILVA, Beclaute Silva. Ob. cit., p. 200.

⁴⁹⁴ As dimensões formal e substancial do princípio do contraditório são didaticamente expostas por Fredie Didier Jr. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 56-59).

adequada utilização do *distinguishing* como técnica de aplicação de precedentes.

Delineadas as considerações acima, busca-se enfatizar, no presente tópico, a especial relevância da fundamentação das decisões de tutela antecipada.

Em suma, afirma-se que, diante do caráter aberto dos pressupostos da antecipação da tutela, revela-se mais complexo o seu processo de aplicação, culminando em um difícil controle da atuação judicial na concessão de provimentos antecipatórios. Nesse contexto, sobressai a necessidade de uma adequada motivação da decisão, pois somente se devidamente explicitados os fundamentos da decisão é que se poderá realizar um controle da atuação do magistrado, evitando-se assim arbitrariedades e voluntarismos puros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Sob influência do paradigma racionalista, que buscou transformar o Direito em uma ciência exata, o positivismo jurídico clássico despontou como modelo jurídico dominante, em que o Direito seria obra exclusiva do legislador, tal como pretendido na codificação moderna. Esse modelo positivista, porém, mostrou-se superado e, a partir do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, sucederam diversas transformações na teoria jurídica, entre as quais se destacam a supremacia (formal e material) da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, a nova hermenêutica com o resgate da dimensão interpretativa e problemática do Direito, o reconhecimento da força normativa dos princípios (ao lado das regras), os métodos mais abertos de raciocínio jurídico e a reaproximação entre Direito e Moral mediante a consagração de direitos fundamentais.
2. O direito processual foi profundamente influenciado pelas transformações ocorridas na teoria do direito. Passou-se a reconhecer a indissociável relação do processo com a Constituição e, em especial, com os direitos fundamentais; a jurisdição deixou de ser concebida como função meramente aplicadora do direito preexistente, pronto e acabado, reconhecendo-se o seu caráter criativo, concretizador do direito, mediante a reconstrução da norma jurídica que não se confunde com o texto normativo; o precedente judicial passou a ter sua importância reconhecida como fonte do direito, pelo qual se alcança maior objetivação do direito a fim de promover segurança jurídica e isonomia.
3. Texto e norma não se confundem. Texto normativo é o dado preexistente que corresponde ao conjunto de termos contidos na disposição e que constitui objeto de interpretação. Norma jurídica é o resultado da interpretação do texto.
4. Não há perfeita correspondência entre textos normativos e normas jurídicas. É possível haver disposições sem normas, normas sem disposições ou mais de uma norma construída a partir de uma única disposição.
5. Os textos normativos podem ser fechados ou abertos. Textos normativos fechados utilizam-se de termos determinados, esmiuçando ao máximo a hipótese legal, com a explicitação das condições e requisitos para incidência da consequência

jurídica, sendo esta preestabelecida. Textos normativos abertos utilizam-se de linguagem vaga e aberta que apresenta certo grau de indeterminabilidade, propiciadora de uma atividade interpretativa mais intensa na (re)construção da norma jurídica.

6. São espécies de textos normativos abertos os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Os conceitos jurídicos indeterminados têm conteúdo normativo impreciso, decorrente de uma vagueza semântica situada no pressuposto normativo, encontrando-se preestabelecido no texto o respectivo consequente. As cláusulas gerais, por sua vez, apresentam linguagem vaga que conduz à não fixação do consequente normativo, deixando ao aplicador a tarefa de construção da solução jurídica.

7. Por se tratar de técnica legislativa, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais são espécies de texto normativo, que não se confunde com a norma jurídica, cujas espécies são as regras e os princípios. Não há uma correspondência obrigatória entre textos fechados e regras, tampouco entre textos abertos e princípios. Trata-se de diferentes fenômenos. A partir dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais (textos normativos) podem ser extraídos ou construídos princípios e/ou regras (normas jurídicas).

8. Diante dos prejuízos que o decurso do tempo pode causar aos direitos discutidos no processo, constatou-se a necessidade de desenvolvimento de mecanismos aptos a proteger o direito tutelado, de modo a neutralizar os efeitos do tempo e, com isso, garantir a efetividade processual. Entre tais mecanismos, destaca-se a técnica da cognição sumária, menos aprofundada no sentido vertical, com o objetivo de atender direitos que exigem tutelas diferenciadas.

9. A tradicional contraposição entre tutela cautelar e tutela antecipada não merece prevalecer, tendo em vista que, por possuírem naturezas distintas, não devem ser confrontadas. A tutela cautelar é *tutela jurisdicional* definitiva, de cunho assecuratório (não-satisfativo), marcada pela temporariedade, e não pela provisoriedade. Trata-se de uma tutela de segurança, que visa a resguardar a futura satisfatividade do direito material em face de uma situação de perigo. A tutela antecipada, por seu turno, é *técnica processual* que antecipa provisoriamente os efeitos da tutela final, seja

satisfativa ou cautelar. Caracteriza-se por ser provisória e concebida mediante cognição sumária.

10. No percurso histórico-legislativo que vai das cautelares típicas à técnica antecipatória, constata-se uma mudança no plano da técnica legislativa. Passa-se de textos normativos fechados, rígidos e detalhados, de que são exemplos as cautelares típicas, para textos normativos abertos, caracterizados pela vagueza semântica.

11. Os textos normativos concernentes aos pressupostos da tutela antecipada (por exemplo, os arts. 273 e 461, § 3º, do CPC, e o art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009) constituem conceitos jurídicos indeterminados, tendo em vista que a indeterminação semântica reside no antecedente fático, estando predeterminado o consequente normativo.

12. O poder geral de cautela (art. 798, CPC) constitui cláusula geral processual, pois existe a vagueza semântica está presente tanto do antecedente fático como no consequente normativo.

13. A prevalência do tratamento analítico, conceitual e abstrato dos pressupostos da tutela antecipada conduz à compreensão de que a aplicação destes ocorreria mediante subsunção. Porém, tal modelo resultou em um distanciamento da realidade, havendo uma separação entre teoria e prática na concessão de medidas liminares.

14. A partir da constatação de que os pressupostos da tutela antecipada constituem conceitos jurídicos indeterminados, compreende-se que a sua aplicação não se esgota na subsunção, pois não se mostra viável o encaixe conceitual próprio do processo subsuntivo.

15. A aplicação dos pressupostos da tutela antecipada se dá mediante a concreção, que vai além da subsunção e constitui processo de aplicação mais complexo, envolvendo elementos jurídicos e extrajurídicos, com uma mescla de indução e dedução.

16. Aplicando-se por meio da concreção, os pressupostos da tutela antecipada têm conteúdo normativo variável, assumindo diferentes sentidos de acordo com as

circunstâncias concretamente apresentadas.

17. A aplicação dos pressupostos da tutela antecipada promove uma mobilidade interna do sistema jurídico, consistente no reenvio a outras disposições normativas integrantes do sistema. Isso ocorre porque o juízo de verossimilhança abrange também a questão de direito material em discussão.

18. A complexidade na concreção dos pressupostos da tutela antecipada enseja maior subjetivismo em seu processo decisório, o que abre espaço para a chamada jurisprudência lotérica, situação em que, para casos idênticos, são proferidas decisões diferentes. Com isso, torna-se necessário a busca por mecanismos de objetivação do direito, no intuito de se alcançarem maior segurança jurídica e isonomia.

19. Como os pressupostos da tutela antecipada constituem conceitos jurídicos indeterminados, seu conteúdo normativo (impreciso e vago) é preenchido mediante a análise das circunstâncias concretas apresentadas no caso sob julgamento. Por isso, o precedente judicial tem grande relevância para orientar na definição dos pressupostos da tutela antecipada.

20. Enquanto Corte de Precedentes responsável por dar sentido e conferir unidade à legislação infraconstitucional federal, o Superior Tribunal de Justiça deve exercer seu papel na orientação sobre o sentido dos pressupostos da tutela antecipada. Todavia, tal função não vem sendo cumprida no modelo atual, diante do equivocado entendimento de que não seriam cabíveis recursos excepcionais contra acórdãos de tutela antecipada. Isso decorre de uma cultura jurídica que supõe o STJ como corte de controle, o que resulta em uma multiplicação irracional de recursos que impedem aquele tribunal de exercer seu papel na unidade e no desenvolvimento do direito federal.

21. A função do precedente judicial na aplicação da tutela antecipada se dá através da formação de grupos de casos, mediante a comparação do contexto fático-normativo do caso a ser decidido com a *ratio decidendi* do grupo de casos precedentemente julgados.

22. A observância de precedentes não retira a adaptabilidade, plasticidade e mobilidade da tutela antecipada, pois o julgador tem ampla possibilidade de análise

do caso concreto para verificar seu enquadramento à *ratio decidendi* do precedente, mediante realização do *distinguishing*, enquanto técnica de confronto, aplicação e interpretação do precedente

23. A fundamentação das decisões de tutela antecipada tem relevância especial por se tratar de concreção de conceitos jurídicos indeterminados, tendo em vista que, quanto maior a abertura semântica do texto que se concretiza, maior a necessidade de justificação da decisão. Ademais, a motivação das decisões é imprescindível para um adequado sistema de precedentes, porquanto a fundamentação é essencial para a identificação da *ratio decidendi* do precedente e para que haja a atuação das Cortes Supremas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, pp. 20 a 27, abr./jun. 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, José Manuel Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

AROCA, Juan Montero. Del derecho procesal al derecho jurisdiccional. *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº 2, 1984, p. 311-348.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009. Salvador.

_____. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *Faculdade de direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Org. Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15 – jan./mar. 2007, Salvador.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista eletrônica sobre a reforma do estado*, Salvador, número 9, março/abril/maio de 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Lições de direito processual civil*. Vol. III. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2008.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 90, vol. 786, p. 108-128, abr. 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Org. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista*, maio/2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/sentenca-cautelar-cognicao-e-coisa-julgada/>. Acesso em 17 out. 2013.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, São Paulo, 51 (145), jan./mar. 1989.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, ano 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

_____. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional. *Revista de processo*, São Paulo, ano 38, n. 219, p. 307-344, mai. 2013.

_____. *Opinião 4 – Revogação da tutela antecipada concedida contra o poder público: restituição ao status quo ante*, 2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-4-revogacao-da-tutela-antecipada-concedida-contra-o-poder-publico-restituicao-ao-status-quo-ante/>. Acesso em: 22 jun. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Meios de enunciação e de controle dos provimentos de urgência. *Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAWSON, John P. The general clauses, viewed by a distance. *Rabels Zeitschrift*, Tübingen, ano 41, 3º caderno, 1977.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Cláusulas gerais processuais. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, p. 69-83, jan. 2010.

_____. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Vol. 2. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2010

_____. *Editorial 107*: Fundamentação das decisões judiciais que interpretem textos normativos abertos e resolvam conflitos normativos (art. 472, parágrafo único, NCPC), 2010. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-107/>. Acesso em: 22 out. 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A moderna ótica do poder geral de cautela do juiz. Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Os direitos fundamentais na jurisdição*

constitucional e as cláusulas gerais processuais. 2006. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, UFPR, Curitiba, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Eficácia imediata das medidas liminares. *Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273 I, do CPC. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Antecipação da tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC. Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 42, jul./set. 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código civil brasileiro, *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. de 1998.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de informação legislativa*, v.28, nº 112, p. 13-32, out./dez. de 1991.

MEDINA, José Miguel Garcia. É um pássaro? Um avião? Não, é o 'superjuiz'! *Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/processo-passaro-aviao-nao-superjuiz>. Acesso em 12 abr. 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: recursos e ações autônomas de impugnação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, n. 50, abr/jun/2004, p. 9-35.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1979.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Volume V. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva. *Revista de direito processual civil – Genesis*, Curitiba, mai/ago 1996, p. 338-346.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 8, n. 28, p. 286-297, abr.-jun. 2003.

_____. Antecipação dos efeitos da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, n. 104.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa. *Revista CEJ*, Brasília, n. 36, p. 30-38, jan./mar. 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SILVA, Beclaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Curso de processo civil*. 6. ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, 21-II, 1998, p. 339-353.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estúdios em homenaje a Ector Fix-Zamudio em sus cincuenta anos como investigador del derecho*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 24. ed. São Paulo: LEUD Universitária de Direito, 2008.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09 – jan./jun. 2007.

VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. *As cláusulas gerais no sistema processual brasileiro e a efetividade da decisão judicial: uma análise sobre a aplicabilidade do §5º do art. 461 do CPC*. 2012. 153f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, UNICAP, Recife, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 3. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
MESTRADO EM DIREITO**

BRUNO CARNEIRO DA CUNHA ALMEIDA

**OS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA COMO
TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS E A FUNÇÃO DO
PRECEDENTE JUDICIAL NA SUA APLICAÇÃO**

**RECIFE
2015**

BRUNO CARNEIRO DA CUNHA ALMEIDA

**OS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA COMO
TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS E A FUNÇÃO DO
PRECEDENTE JUDICIAL NA SUA APLICAÇÃO**

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em Direito da
Universidade Católica de
Pernambuco (UNICAP), como
requisito parcial para obtenção do
Título de Mestre em Direito, sob a
orientação do Professor Doutor
Leonardo José Ribeiro Coutinho
Berardo Carneiro da Cunha.

RECIFE
2015

BRUNO CARNEIRO DA CUNHA ALMEIDA

**OS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA COMO
TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS E A FUNÇÃO DO
PRECEDENTE JUDICIAL NA SUA APLICAÇÃO**

Dissertação aprovada em ____ / ____ / ____, pela banca examinadora formada por:

Prof. Dr. Leonardo José R. C. B. Carneiro da Cunha – Orientador

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira – Examinador interno

Prof. Dr. Delosmar Domingos de Mendonça Júnior – Examinador externo

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Ademário e Verônica, responsáveis por esta e por quaisquer outras conquistas que eu consiga alcançar em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho jamais teria se realizado sem a participação de pessoas que, cada uma a seu modo, contribuíram para a conclusão desta importante etapa da minha vida acadêmica. Este o momento de agradecê-las.

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Ademário e Verônica. Sou imensamente grato pela dedicação, apoio, aconselhamento e amor que recebo e recebi durante toda a minha vida. Devo a eles tudo o que sou e o que poderei ser em minha vida, em todos os aspectos – pessoal, profissional e acadêmico. Tudo o que faço em minha vida é para merecer e retribuir todo esse amor e dedicação.

À minha namorada, Ana Luiza, agradeço todo o amor, companheirismo e apoio incondicional. A conclusão deste trabalho só foi possível graças ao seu conforto, carinho e compreensão em cada desafio superado no mestrado. Não bastasse esta imprescindível ajuda pessoal-emocional, sua participação na elaboração neste trabalho foi direta, através dos incontáveis empréstimos de livros na biblioteca da UFPB. Por tudo isso, expresso o meu sincero e profundo agradecimento.

Às minhas irmãs, Tatiana e Silvana, agradeço o carinho, o companheirismo e o amor que me dão o suporte familiar necessário para que eu possa lutar pelos meus sonhos e enfrentar os desafios da vida.

Agradeço, em especial, ao meu querido professor e orientador Leonardo Carneiro da Cunha. Sempre fui um profundo admirador de suas obras e, por isso, ao ingressar no mestrado, prontamente o busquei como orientador. As minhas expectativas sobre Leonardo, portanto, foram as maiores possíveis. Apesar disso, ele conseguiu superá-las. Descobri que Leonardo, além do doutrinador brilhante que já conhecia, é um professor extraordinário, capaz de expor o conteúdo de forma instigante, de aguçar nos alunos um importante senso crítico e, principalmente, de inspirar a busca incessante pelo conhecimento. Mas também descobri em Léo uma pessoa espetacular, dotada de humildade, gentileza e generosidade raras. Por tudo isso, agradeço imensamente tê-lo como orientador, e digo, com toda sinceridade, que me sinto orgulhoso por ter sido seu orientando.

Ao professor Sérgio Torres Teixeira, sou imensamente grato pela honrosa participação nesta banca examinadora, por todo o aprendizado proporcionado em suas brilhantes aulas e, sobretudo, pelo apoio, estímulo e acolhida de sempre.

Ao professor Delosmar Mendonça Jr., manifesto meu agradecimento por ter aceitado o convite de integrar a banca examinadora deste trabalho e registro que, para mim, é uma grande honra contar com a sua participação na defesa desta dissertação.

Aos primos Velosinho, Káthya, João Pedro e José Victor, que me receberam, com muito carinho, na cidade de Recife. Sou imensamente grato por toda gentileza e atenção dedicadas, tendo sido tratado como filho – por Velosinho e Káthya – e como irmão – por João Pedro e José Victor. Eles são a minha família pernambucana e têm a minha profunda gratidão.

Ao amigo-irmão Rodrigo Queiroz, pela amizade verdadeira que está sempre presente nas dificuldades enfrentadas e nas vitórias alcançadas.

Ao primo-amigo-irmão Luiz Filipe Carneiro da Cunha, que sempre me apoia e vibra com cada desafio vencido.

Ao amigo João Otávio Terceiro Neto, pela constante ajuda no empréstimo de livros e artigos.

A todos os colegas de mestrado, especialmente Caroline Montenegro, Lourenço Miranda, Elio Ventura, Jadson Correia, Virgínia Cartaxo, Ronaldo Paulino, Bruno Marques, Ulisses Carvalho, Carolina Erhart e André Galvão, cuja convivência me proporcionou imenso aprendizado.

A todos os funcionários da Universidade Católica de Pernambuco, em especial Eliene, Nélia e Nicéias, da secretaria da pós-graduação.

RESUMO

O estudo tem como objeto central a técnica legislativa utilizada na formulação dos pressupostos da tutela antecipada. Recentemente, o pensamento jurídico passou por diversas transformações, entre as quais destaca-se a própria técnica legislativa. Cada vez mais, abre-se espaço para os textos normativos abertos, propositalmente indeterminados a fim de conferir maior maleabilidade e adaptabilidade ao sistema jurídico. Aí se insere o instituto da tutela antecipada, cujos pressupostos legais são redigidos em linguagem vaga e indeterminada. Este caráter indeterminado proporciona uma maior complexidade no processo de aplicação da tutela antecipada, sendo insuficiente o método da subsunção no seu processo decisório. Daí resulta a preocupação em assegurar isonomia e segurança jurídica na aplicação do instituto, no intuito de inibir a indesejada jurisprudência lotérica. Em razão disso, o precedente judicial exerce função na delimitação normativa dos pressupostos da tutela antecipada, trazendo consigo o método do grupo de casos nesta aplicação.

Palavras - chaves: tutela antecipada; textos normativos abertos; precedente judicial.

ABSTRACT

The study has as its main object the legislative technique used in formulating the assumptions of preliminary injunction. Recently, the legal thinking has undergone several transformations, among which stands out the very legislative technique. Increasingly, there is room for open normative texts, purposely indeterminate in order to provide greater flexibility and adaptability to the legal system. In this context is inserted the issue of preliminary injunction, whose legal requirements are written in vague and indeterminate language. This indeterminate character provides greater complexity in the application process of injunctive relief, falling short subsumption of the method in its decision-making process. Hence the concern to ensure equality and legal certainty in the application of the preliminary injunction, in order to inhibit unwanted lottery law. As a result, the precedent plays role in normative definition of the assumptions of preliminary injunction, bringing the group's method of cases in this application.

Key Words: preliminary injunction; open normative texts; precedents.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AI – Agravo de Instrumento

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

Inc. – Inciso

j. – Data do julgamento

Min. – Ministro

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TJPB – Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

TJPE – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A POSIÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL NA ATUAL PERSPECTIVA DA TEORIA JURÍDICA	11
1.1 O paradigma racionalista e o positivismo jurídico	11
1.2 A transformação da teoria jurídica a partir da segunda metade no século XX: neoconstitucionalismo.....	16
1.3 O direito processual no estágio atual da teoria jurídica: neoprocessualismo...	27
2. TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS: OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E AS CLÁUSULAS GERAIS	35
2.1 A distinção entre texto e norma.....	35
2.2 Textos normativos fechados e abertos	40
2.3 Conceitos jurídicos indeterminados	42
2.3.1 Origens da teoria do conceito jurídico indeterminado e seu desenvolvimento no direito administrativo	42
2.3.2 Características dos conceitos jurídicos indeterminados	46
2.4 Cláusulas gerais.....	49
2.4.1 Origens das cláusulas gerais.....	49
2.4.2 Características das cláusulas gerais.....	52
2.5 A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados	56
2.6 A posição das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados no fenômeno normativo: sua relação com regras e princípios.....	61
3. O CARÁTER INDETERMINADO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA	71
3.1 Tempo do processo e espécies de cognição judicial	71
3.2 A tutela antecipada como técnica processual	76

3.3 Das cautelares típicas à generalização da antecipação da tutela.....	80
3.4 Os pressupostos da tutela antecipada como conceitos jurídicos indeterminados	84
3.5 O poder geral de cautela como cláusula geral processual.....	89
4. A COMPLEXIDADE DO PROCESSO DE APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA E O PROBLEMA DA “JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA”	92
4.1 A tentativa de subsunção na aplicação dos pressupostos da tutela antecipada	92
4.2 A separação entre teoria e prática: a concessão de medidas liminares na visão pragmática de Eduardo José da Fonseca Costa	97
4.3 Subsunção e concreção como métodos de aplicação do direito	104
4.4 Concreção como método de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada	107
4.5 Concreção dos pressupostos da tutela antecipada em face da segurança jurídica e da isonomia: o problema da “jurisprudência lotérica”	111
5. A FUNÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA	116
5.1 Precedente judicial: conceito e aspectos fundamentais.....	116
5.2 A relação entre textos normativos abertos e precedentes judiciais.....	120
5.3 A necessidade de respeito aos precedentes judiciais na aplicação do instituto da tutela antecipada.....	122
5.3.1 A função do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da tutela antecipada	122
5.3.2 Precedentes obrigatórios, Cortes Supremas e os pressupostos da tutela antecipada	125
5.3.3 O método do grupo de casos na concessão da tutela antecipada	134
5.4 A técnica do <i>distinguishing</i> como forma de manutenção da adaptabilidade da tutela antecipada ao caso concreto	140
5.5 Outros aspectos que reforçam a importância do precedente na aplicação da tutela antecipada.....	146
5.5.1 A eficácia imediata da tutela antecipada e a aplicação do regime da execução provisória.....	146

5.5.2 A situação de urgência na tutela antecipada e a consolidação de situações jurídicas em decorrência de provimentos antecipatórios	153
5.6 A fundamentação das decisões de tutela antecipada como dever imprescindível diante de conceitos indeterminados e de um sistema de precedentes	157
CONSIDERAÇÕES FINAIS	168
REFERÊNCIAS	173

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo examinar os pressupostos da tutela antecipada a partir da técnica legislativa neles adotada. Entre as recentes transformações verificadas na teoria jurídica, destaca-se a mudança na própria técnica legislativa, pois o legislador não mais tem a pretensão de prever todas as situações jurídicas possíveis com o detalhamento dos efeitos jurídicos correspondentes. Passa-se, então, a privilegiar textos normativos abertos, cuja vagueza semântica confere ao aplicador-intérprete maior espaço no processo de aplicação e realização do direito.

Nesse contexto se insere o instituto da tutela antecipada, de reconhecida importância no processo civil contemporâneo. Os pressupostos da técnica antecipatória estruturam-se em textos normativos vagos e indeterminados, cabendo ao julgador amplo espaço interpretativo na definição da presença ou ausência daqueles pressupostos.

Como resultado desse caráter indeterminado dos pressupostos da tutela antecipada, tem-se uma maior complexidade no processo decisório da tutela antecipada. Exige-se, em razão disso, que seja revisitado o dogma da subsunção como método exclusivo de aplicação do direito, para que se verifique o método adequado de aplicação de textos normativos abertos.

Tal complexidade no processo de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada conduz, igualmente, à necessidade de se encontrar mecanismos destinados a assegurar segurança jurídica e isonomia, a fim de inibir o que se denomina de “jurisprudência lotérica”.

Para tanto, sobressai a relevância do precedente judicial para orientar na definição dos pressupostos da tutela antecipada. Examina-se, portanto, a função do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da técnica antecipatória.

O trabalho está estruturado em cinco capítulos. No primeiro, pretende-se situar o direito processual civil na atual perspectiva da teoria jurídica. Diante das várias modificações pelas quais passou o pensamento jurídico contemporâneo,

cumprir analisar os impactos destas transformações no âmbito da ciência processual.

O segundo capítulo destina-se à análise dos textos normativos abertos. A partir da distinção entre texto normativo e norma jurídica, passa-se a examinar a existência de textos normativos fechados e abertos, sendo estes marcados pela utilização de termos indeterminados na sua formulação, ao contrário daqueles, caracterizados por linguagem determinada.

Ainda no segundo capítulo, examinam-se os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais como espécies de textos normativos abertos, abordando suas origens e características para, em seguida, verificar seus aspectos diferenciadores. Ao final do capítulo, busca-se posicionar os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais no fenômeno normativo, relacionando-os com regras e princípios.

No terceiro capítulo, parte-se especificamente para o exame dos pressupostos da tutela antecipada, entendida como técnica processual. Analisa-se, pois, a evolução legislativa da matéria, chegando-se ao caráter indeterminado dos textos normativos que consubstanciam os pressupostos da antecipação de tutela.

O quarto capítulo é dedicado ao estudo do processo de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada. Do reconhecimento do seu caráter indeterminado resulta a maior complexidade do processo de aplicação dos requisitos da antecipação da tutela. Em razão disso, questiona-se a viabilidade da subsunção na aplicação de tais pressupostos, o que ocasiona um distanciamento entre teoria e prática na concessão de medidas liminares.

A partir daí, questionando-se o dogma da subsunção como método exclusivo de aplicação do direito, apresenta-se a concreção como método de aplicação dos textos normativos abertos, notadamente dos pressupostos da tutela antecipada, para, então, buscar a sua compatibilização com a isonomia e a segurança jurídica, de modo a evitar o puro arbítrio judicial.

Finalmente, no quinto capítulo, analisa-se o precedente judicial e a sua função na aplicação do instituto da tutela antecipada. Busca-se averiguar, portanto, a atuação do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da

antecipação da tutela, culminando com o exame do método do grupo de casos nesta aplicação.

Ainda no exame da função do precedente judicial na aplicação da antecipação da tutela, parte-se para a análise da técnica do *distinguishing* como forma de manutenção da adaptabilidade da tutela antecipada ao caso concreto. Em seguida, apresentam-se outros aspectos que ratificam a necessidade de observância dos precedentes no manejo da técnica antecipatória, notadamente a eficácia imediata da tutela antecipada e a possibilidade de consolidação de situações jurídicas em decorrência de provimentos antecipatórios. Por fim, enfrenta-se a questão relativa ao controle judicial das decisões de tutela antecipada, através do exame da fundamentação e dos meios de impugnação destas decisões.

CAPÍTULO I – A POSIÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL NA ATUAL PERSPECTIVA DA TEORIA JURÍDICA

1.1 O paradigma racionalista e o positivismo jurídico

A racionalidade moderna adotou a razão como critério único para todo pensamento humano. A pretensão racionalista, portanto, consistiu na análise do mundo a partir de uma perspectiva objetiva, de modo a alcançar verdades racionais dotadas de universalidade e certeza.

Conforme lição de Ovídio Baptista da Silva¹, o homem moderno não consegue relativizar sua ciência, porquanto considera a compreensão moderna do universo como o último estágio da evolução humana. Assim, o sentido comum da historiografia moderna considera o passado como se as gerações precedentes fossem versões parciais e incompletas do que agora se descobre como verdade definitiva.

Trata-se de uma grave contradição do pensamento moderno, que, embora reconheça o homem como ser histórico, considera a modernidade como eterna. Descobre-se que o homem é um ser histórico, mas tal descoberta não se aplicaria ao homem moderno. Em suma: o pensamento moderno não alcança a autocompreensão de sua própria historicidade. Deve-se perceber, porém, que a ciência moderna é apenas mais uma interpretação da realidade e será igualmente incompleta aos olhos das gerações futuras.²

No campo do Direito, o racionalismo pretendeu a construção de um ordenamento jurídico sistematizado pela razão, apto a solucionar satisfatoriamente todos os questionamentos existentes. Nessa linha, Ovídio Baptista da Silva assinala que o paradigma³ racionalista tentou “transformar o Direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável como uma equação algébrica”, de modo que “a produção do

¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7-8.

² Ibidem, p. 17-18.

³ Ovídio Baptista da Silva adota o conceito de paradigma construído por Thomas Kuhn e considera que toda a concepção científica está alicerçada em pressupostos aceitos pela comunidade científica como verdades indiscutíveis. Tais pressupostos são os paradigmas, que consistem, portanto, em premissas sobre as quais a ciência se constrói. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Ob. cit., p. 28-30).

direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo”⁴.

Intrinsecamente ligado ao racionalismo jurídico, o processo de codificação se destacou, à época, como uma evolução cultural, tanto no aspecto de conteúdo como estilístico, mediante uma arquitetura articulada de um plano global da construção do Estado⁵.

Tal processo de codificação desenvolveu-se com o objetivo de alcançar uma segurança jurídica inexistente no Estado Absoluto, que se alicerçava no argumento mítico de que o monarca seria representante do poder divino na terra.

As primeiras ondas modernas de codificação ocorreram na Europa Ocidental, principalmente após a Revolução Francesa, sob a influência dos ideais liberais. Nesse contexto, destacaram-se o Código prussiano (1792), o Código Civil francês (1804) e o Código Civil austríaco (1811).

O Código Civil francês se sobressaiu como um texto legislativo caracterizado por sua estrutura rigorosa e transparente, sua linguagem clara e a racionalidade das suas normas jurídicas⁶, tornando-se o ápice do processo de codificação. Considerado um dos símbolos do jusracionalismo, o *Code Civil* de 1804 significou uma ruptura na evolução do direito, na medida em que substituiu a multiplicidade de fontes do antigo direito por um código uniforme.⁷

Assim é que este processo de codificação significou a transição da pluralidade de fontes do direito para o monopólio estatal da produção jurídica, com a consagração da figura do legislador onipotente. Na codificação jusracionalista, portanto, prevaleceu o dogma da completude do ordenamento, sendo o código uma obra perfeita e acabada.

⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Ob. cit., p. 24.

⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 378.

⁶ Ibidem, p. 391.

⁷ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1. No mesmo sentido preconiza Norberto Bobbio: “As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 65).

O processo de codificação, nessa perspectiva, influenciou profundamente o pensamento jurídico moderno e contemporâneo, lançando as bases para a teoria jurídica dominante: o positivismo jurídico. Neste sentido, afirma Norberto Bobbio que “o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação”⁸.

A expressão positivismo jurídico refere-se ao direito positivo, isto é, o “direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas”⁹, que se contrapõe ao direito natural, consistente no ordenamento superior ao direito positivo, definitivamente válido e justo eis que derivado da natureza, da razão humana ou da vontade divina.¹⁰

Portanto, o positivismo jurídico se afasta do jusnaturalismo e rejeita, com isso, a existência de um direito natural paralelo ao direito positivo. Refuta-se, então, a ideia de um ordenamento jurídico dependente de elementos metafísicos e imutáveis, tais como preceitos divinos ou de imperativos da razão humana.

A doutrina positivista alcançou, na obra de Hans Kelsen¹¹, importante solidez teórica. O jurista austríaco apresenta uma teoria do direito apartada das demais áreas do conhecimento, tais como a sociologia, a economia e a política. A teoria kelseniana sustenta, pois, a cientificidade do direito cujo objeto de estudo seria tão somente a norma jurídica positiva. Daí se percebe que a “pureza” da obra de Kelsen se refere à teoria, e não ao direito propriamente.

O positivismo jurídico destacou-se, desse modo, como a teoria do direito baseada na compreensão do sistema jurídico independente da política e da moral. Tal modelo imperou no contexto histórico em que a utilização de princípios morais pelo juiz significaria anticientificidade.

⁸ BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 119.

⁹ Ibidem, p. 119.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. É importante notar que Kelsen representa um positivismo jurídico mais moderno, em que se reconhece que o juiz também detém função criadora do Direito, ao obter a norma individual no processo de aplicação da lei, preenchendo, nesse processo, a “moldura” da norma geral (Ibidem, p. 393).

Nesse sentido, a doutrina juspositivista apresenta os seguintes pontos fundamentais, indicados por Bobbio¹²: defende que o direito é avalorativo, pois sua validade se refere exclusivamente à sua estrutura formal, prescindindo do seu conteúdo; sustenta a coerência e completude do ordenamento jurídico; funda-se na interpretação mecanicista, havendo na atividade do jurista prevalência da declaração sobre a criação do direito.

Desse modo, no contexto do Estado Liberal clássico, marcado pelo processo de codificação jusracionalista, o positivismo jurídico clássico despontou como a teoria do direito que atendia às exigências da racionalidade moderna, por apresentar um raciocínio jurídico silogístico, pelo qual a decisão judicial resulta de um método subsuntivo de enquadramento do fato à norma.

O positivismo jurídico, todavia, não poderia se sustentar nos moldes acima. Primeiramente, mostrou-se superado o dogma da completude da legislação, tendo em vista a absoluta impossibilidade de criação de um sistema jurídico completo e perfeito, capaz de regular todas as situações jurídicas.

Nesse sentido, Canaris¹³ aponta para a impossibilidade de se construir um sistema jurídico completo, tendo em vista duas razões decorrentes da própria natureza do direito: i) a ordem jurídico-positiva é um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, razão pela qual haverá necessariamente contradições e incompletudes, inconciliáveis com o ideal de unidade do pensamento sistemático; ii) o Direito apresenta uma tendência individualizadora da justiça, em oposição à tendência generalizadora do pensamento sistemático.

Diante dessas razões inerentes ao fenômeno jurídico, Canaris¹⁴ afirma a inevitabilidade de lacunas e quebras no sistema, assim compreendidas as contradições de valores e de princípios.

¹² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131-133. Advirta-se que tais características estão longe de exaurir todas as particularidades do positivismo jurídico, tampouco estão uniformemente presentes em todos os jusfilósofos considerados positivistas. Contudo, a caracterização acima é suficiente para traçar os delineamentos gerais do fenômeno positivista, conforme os objetivos do presente trabalho.

¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 200-201.

¹⁴ *Ibidem*, p. 201.

Aliás, o próprio positivismo jurídico passou a questionar a completude do ordenamento ao tentar explicar os casos difíceis, nos quais reconhece a inexistência de regras claras e predeterminadas a eles aplicáveis.

A insuficiência legislativa não foi, porém, o único – ou mesmo o principal – motivo para a crise do juspositivismo. O seu declínio, na realidade, tem como relevante causa a modificação da concepção do Estado Liberal para o Estado Social, com a consequente intervenção do Estado na promoção e concretização dos direitos.

É o que explica Mauro Cappelletti¹⁵ ao pontuar que a legislação social impõe ao Estado superar as funções tradicionais de proteção e repressão para se consolidar como um Estado promocional. Deixa-se o simples papel de indicar o certo e o errado, como na legislação clássica, para prescrever programas de desenvolvimentos futuros.

No Estado Social, portanto, torna-se imprescindível a atuação judicial para concretizar o papel promocional estatal, que não poderia ser adequadamente implementado apenas mediante o exercício da função legislativa, geral e abstrata.

Ademais, mostrou-se bastante duvidosa a rígida separação de poderes preconizada no positivismo jurídico, pela qual caberia ao legislador a criação do direito e ao julgador restaria a aplicação mecânica da norma. Inclusive Hans Kelsen, positivista mais moderno, relativizou tal rigidez, reconhecendo que “é impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções”¹⁶.

Cappelletti¹⁷, nessa perspectiva, pondera que na interpretação judiciária do direito está ínsito certo grau de criatividade. Isso porque, por mais simples e precisa a linguagem legislativa, sempre são deixados espaços a serem preenchidos pelo juiz, ou seja, sempre haverá ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária. O intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 40-41.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Ob. cit., p. 386.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit., p. 20-22.

Tais fatores deixaram patente a insuficiência do positivismo jurídico tradicional para lidar com as novas necessidades do direito, impondo-se, por conseguinte, a reformulação da metodologia jurídica para atender à realidade vigente.

1.2 A transformação da teoria jurídica a partir da segunda metade do século XX: neoconstitucionalismo

A sociedade atual, cada vez mais global e complexa, passou por transformações que exigem uma renovação no estudo do direito, dada a insuficiência do positivismo jurídico tradicional, conforme visto acima.

A teoria jurídica, nesse sentido, sofreu nítidas transformações que repercutem não apenas no plano teórico, mas, sobretudo, na prática dos tribunais. Vislumbra-se, então, o que se passou a chamar de “neoconstitucionalismo”¹⁸, expressão bastante difundida na doutrina brasileira.

O fenômeno neoconstitucionalista é de difícil delimitação e conceituação. Isso porque se trata de doutrina baseada no pensamento de juristas das mais diversas correntes jurídico-filosóficas, que não refletem, portanto, uma corrente homogênea de pensamento.¹⁹

Daí se afirmar que “não há apenas um conceito de neoconstitucionalismo. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do neoconstitucionalismo”²⁰. Não há, pois, uma concepção teórica clara e coesa do neoconstitucionalismo.

Apesar disso, embora baseadas em fundamentos diversos de juristas filiados

¹⁸ A expressão ganhou força principalmente a partir da obra organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell (*Neoconstitucionalismo(s)*). Org. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003), amplamente divulgada no Brasil. É inegável a imprecisão terminológica dessa expressão. Entretanto, reputa-se de menor relevância tal aspecto meramente terminológico. O que importa realçar, para os fins deste trabalho, são as recentes transformações ocorridas na teoria jurídica, sobretudo a partir da segunda metade do século XX.

¹⁹ VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09 – jan./jun. 2007, p. 67. Na mesma linha é a percepção de Daniel Sarmento: “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista.” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, p. 1-2).

²⁰ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009.

a correntes jusfilosóficas heterogêneas, as teorias neoconstitucionalistas apresentam traços em comum²¹, ou seja, pontos de convergência que refletem as recentes alterações ocorridas na teoria jurídica.

Porém, para uma adequada compreensão do tema, antes de se prosseguir na análise dos traços característicos do neoconstitucionalismo, cumpre explicitar o que se entende por constitucionalismo.

Segundo conhecida definição de José Joaquim Gomes Canotilho, o constitucionalismo corresponde à “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos, em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”²². Trata-se, pois, de uma técnica de limitação do poder com fins garantísticos.

Compreende-se, assim, o constitucionalismo como um movimento que propaga a limitação do poder do governante, através da previsão de direitos dos governados, contrapondo-se ao absolutismo.²³

O constitucionalismo, por outro lado, se manifesta em diferentes épocas e lugares, apresentando distintas características que variam conforme cada fase histórica. Daí por que importante doutrina prefere falar em movimentos constitucionais²⁴.

A origem do constitucionalismo remonta à antiguidade clássica, especificamente ao povo hebreu, conforme indica Karl Loewenstein²⁵. No regime teocrático hebreu, alcançava-se a limitação do poder através dos dogmas religiosos, pois o detentor do poder estava limitado pela lei do Senhor, que submetia igualmente os governantes e governados.

Fala-se, então, no constitucionalismo antigo, que abrange, além do Estado hebreu, a democracia constitucional grega – marcada pela distribuição do poder

²¹ Nesse sentido se pronuncia Susanna Pozzolo: “Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de um movimiento unitario, pero, em favor de mi tesis, em sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una unica corriente iusfilosófica”. (POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, 21-II, 1998, p. 339)

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

²³ Nessa linha, Karl Loewenstein afirma que a história do constitucionalismo corresponde à busca, pelo homem político, das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979, p. 150).

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 51.

²⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Ob. cit., p. 154-155.

político entre os cidadãos ativos – e a República romana – caracterizada por um sistema político com dispositivos de freios e contrapesos para dividir e limitar o poder político.²⁶

Em seguida, é possível vislumbrar a experiência inglesa como importante fase do constitucionalismo, na qual se propagaram diversos instrumentos de limitação do poder absoluto do Rei. Tem-se aí como importante marco a Magna Carta inglesa de 1215, consistente em uma declaração solene assinada pelo rei João da Inglaterra, perante o alto clero e os barões do reino, através da qual, “pela primeira vez, na história política medieval, o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita”²⁷.

Sucederam a Magna Carta inglesa textos escritos de limitação do poder político, apontando em direção ao constitucionalismo moderno. Entre tais documentos constitucionais escritos, podem ser citados o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689).

O ingresso no constitucionalismo moderno²⁸ efetivamente se dá no século XVIII, no contexto do Iluminismo que se opunha aos governos absolutistas, lançando as bases para as revoluções liberais. O movimento constitucional moderno encontra sua principal expressão com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791), caracterizadas pela limitação do poder estatal e declaração de direitos fundamentais.

Daí se percebe o constitucionalismo moderno como uma aspiração a constituições escritas, pelas quais sejam asseguradas a separação de Poderes e os direitos fundamentais como meios de oposição ao poder absoluto.

Importante mudança nessa concepção moderna de constituição foi a superação do modelo liberal com a consagração de direitos sociais. Após o fim da Primeira Guerra Mundial, sobressai uma preocupação de cunho político e social, de modo a consagrar direitos sociais nos textos constitucionais. Tem-se aí um novo modelo de Estado, passando do Estado Liberal abstencionista para o Estado Social

²⁶ LOEWENSTEIN, Karl. Ob. cit., p. 155-156.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79-80.

²⁸ Segundo Canotilho, “por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 52).

intervencionista, através da consagração de prestações positivas a serem realizadas pelo Estado. Exemplos classicamente citados de constituições sociais são a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919.

Embora as constituições modernas já se caracterizassem pela consagração de direitos fundamentais com o fim de limitação do poder político, é essencial perceber que, neste movimento constitucional moderno, ainda prevalecia uma cultura jurídica legicêntrica, em que a lei corresponderia à expressão maior do direito.

É como explica Gustavo Zagrebelsky²⁹ ao afirmar que, no Estado de Direito, a legalidade expressa a ideia de lei como ato normativo supremo ao qual não se sobrepõe nenhum direito “mais forte”. Nessa perspectiva, o Estado de Direito e o princípio da legalidade supunham a redução do direito à lei, com a exclusão – ou ao menos a submissão à lei – de todas as demais fontes do direito. Tem-se aí, portanto, a soberania legislativa, em que a lei se configura como expressão da centralização do poder político.

Bem percebe Zagrebelsky³⁰ que a concepção jurídica própria do Estado de Direito é o positivismo jurídico, enquanto ciência da legislação positiva. Daí resulta a concentração da produção jurídica em uma só instância constitucional: a instância legislativa. Com isso, supõe-se a redução de tudo que pertence ao mundo do direito ao disposto na lei. Tal simplificação conduz à concepção da atividade dos juristas como um mero serviço à lei, através da pura e simples busca da vontade do legislador.

Contudo, o atual estágio constitucional não mais reflete o Estado de Direito legicêntrico, passando-se do Estado de Direito para o Estado Constitucional³¹. O neoconstitucionalismo corresponde justamente ao constitucionalismo contemporâneo que, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, reconhece a supremacia material e axiológica da constituição³², cujo conteúdo é dotado de

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999, p. 24-25.

³⁰ *Ibidem*, p. 33.

³¹ Sobre a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, confira-se: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999, p. 21-41.

³² É certo que o neoconstitucionalismo não se limita ao reconhecimento da superioridade normativa da constituição, tendo em vista que o controle de constitucionalidade já existia bem antes de qualquer ideia advinda com o movimento neoconstitucionalista. Apesar disso, não se pode negar que, com o neoconstitucionalismo, a submissão da lei à Constituição foi ampliada, reconhecendo-se a

força normativa que condiciona a compreensão de todo o Direito.

A partir daí, tem-se uma série de modificações da concepção de direito, entre as quais podem ser citadas a expansão da aplicabilidade das normas constitucionais, a nova hermenêutica constitucional, o reconhecimento da normatividade dos princípios, a ampliação da jurisdição constitucional, a prevalência de uma teoria jurídica substancial fundada nos direitos fundamentais e, em especial, na dignidade da pessoa humana.

Tal movimento neoconstitucionalista teve origem na Europa ocidental, a partir da segunda metade do século XX, sendo esse marco histórico correspondente ao segundo pós-guerra, contexto em que a constatação de que a legalidade estrita poderia ser utilizada para justificar atrocidades levou a uma reflexão crítica sobre o positivismo jurídico clássico.

Esse contexto histórico é bem delineado por Daniel Sarmento³³, que explica a mudança na cultura jurídica essencialmente legicêntrica depois da Segunda Guerra, na Alemanha e Itália, e, posteriormente, na Espanha e em Portugal. A partir da percepção de que a maioria política poderia levar à barbárie, tal como vivenciado no nazismo alemão, as novas constituições passaram a fortalecer a jurisdição constitucional e a instituir mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador.

No Brasil, tal mudança paradigmática somente foi vista após a Constituição de 1988, pois “na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas”³⁴. Neste sentido, Barroso explica o marco histórico do neoconstitucionalismo no Brasil, afirmando que “no caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da

supremacia constitucional não apenas no aspecto formal, mas sobretudo no âmbito material. Além disso, o neoconstitucionalismo representa uma transformação mais ampla na teoria jurídica, que abrange a superioridade normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional, a nova hermenêutica constitucional, a renovação da teoria dos princípios, além da consagração dos direitos fundamentais como ponto central do direito.

³³ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 2. O autor complementa: “As constituições européias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições” (p. 2-3).

³⁴ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 6.

Constituição de 1988”³⁵.

Daí a expressão “neoconstitucionalismo”, para exprimir um novo pensamento constitucional que coloca a Constituição como norma jurídica suprema, centro do sistema jurídico, demonstrando que todas as modificações ocorridas na teoria jurídica têm como pressuposto a renovação do direito constitucional.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos³⁶ sintetiza que, do ponto de vista metodológico-formal, o neoconstitucionalismo se apoia em três premissas fundamentais: i) a normatividade da Constituição, que consiste no reconhecimento das disposições constitucionais como normas jurídicas, dotadas de imperatividade; ii) a superioridade da Constituição na ordem jurídica; iii) a centralidade da Constituição no sistema jurídico, que significa a compreensão e interpretação dos demais ramos do direito a partir das disposições constitucionais.

Tais características representam o processo histórico pelo qual a Constituição deixou de ser diploma político sem força normativa para se tornar a norma jurídica suprema.

Nessa perspectiva, André do Vale cita a expressão “Constituição invasora”, de Guastini, que representa “um processo de transformação do ordenamento jurídico, o qual resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais”³⁷. Na mesma linha, Eduardo Cambi afirma que “a Constituição, a partir da segunda metade do século XX, passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, iniciando um *novo método de compreensão do direito*”³⁸.

A partir dessa constitucionalização do direito, importante marca do neoconstitucionalismo, decorrem outras mudanças que compõem os pontos em comum da doutrina neoconstitucionalista: i) reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos e sua valorização no processo de aplicação do Direito; ii) rejeição ao formalismo e utilização de métodos mais abertos de raciocínio jurídico (ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc); iii) reaproximação entre o Direito

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista eletrônica sobre a reforma do estado*, Salvador, número 9, março/abril/maio de 2007, p.3.

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, n. 15 – jan./mar. 2007, p. 2.

³⁷ VALE, André Rufino do. Ob cit., p. 69.

³⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

e a Moral; iv) judicialização da política e das relações sociais.³⁹

O neoconstitucionalismo, portanto, colocou a Constituição no centro do ordenamento jurídico e, a partir disso, implementou notáveis mudanças nas bases da teoria jurídica, renovando o método de compreensão do direito.

Há, primeiramente, uma releitura dos princípios jurídicos, colocando-os como espécie de norma jurídica, em superação à teoria jurídica tradicional de que os princípios teriam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na aplicação do direito. Reconhece-se, desse modo, a força normativa dos princípios, que passam a ser considerados normas jurídicas ao lado das regras.⁴⁰

Em face da normatividade dos princípios, desenvolve-se uma renovada teoria da interpretação. Os princípios requerem um peculiar método interpretativo, pois não são aplicáveis segundo o método comum da subsunção, mas necessitam de ponderação ou balanceamento.⁴¹

Há, portanto, nas teorias neoconstitucionalistas, uma transformação da hermenêutica jurídica. Nesse aspecto, inclusive, delineou-se relevante distinção entre texto e norma, de modo que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”.⁴²

O neoconstitucionalismo rejeita, ademais, o formalismo que limita o raciocínio jurídico ao simples silogismo judicial. Como assevera Daniel Sarmento⁴³, na perspectiva neoconstitucionalista, a racionalidade não é apenas aquilo suscetível de comprovação experimental ou mediante dedução *more geometrico* de premissas gerais, mas também se mostra racional a argumentação empregada na resolução

³⁹ Tais pontos de convergência da teoria neoconstitucionalista encontram-se bem sintetizados por Daniel Sarmento (*O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Ob. cit.).

⁴⁰ A produção teórica sobre os princípios é bastante ampla. Fugiria às pretensões deste trabalho expor as inúmeras teorias que, reconhecendo o caráter normativo dos princípios, propõem critérios distintivos entre regras e princípios. O tema será mais aprofundado no item 2.6 deste trabalho (“A posição das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados no fenômeno normativo: sua relação com regras e princípios”). A título exemplificativo, citem-se as seguintes obras: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁴¹ POZZOLO, Susanna. Ob. cit., p. 340.

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ob. cit., p. 22.

⁴³ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 3-4.

das questões práticas que o direito tem de equacionar. Nessa linha, a ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, deixando de se identificar à lógica formal das ciências exatas.

As transformações acima, certamente, abriram caminho para a reaproximação do direito e da moral, rigidamente afastados no positivismo jurídico tradicional. Nesse aspecto, encontram-se as maiores divergências entre os teóricos do neoconstitucionalismo.

Os positivistas não aceitam uma necessária conexão entre direito e moral, apenas reconhecendo tal correlação quando os valores morais são positivados adquirindo força jurídica. Para esta corrente, então, admite-se a influência da moral sobre o direito, mas nega-se sua correlação obrigatória. Já os não-positivistas sustentam que direito e moral têm uma conexão necessária, de modo que normas terrivelmente injustas não têm validade jurídica, independentemente de sua positivação.⁴⁴

Nada obstante tal divergência interna nas teorias neoconstitucionalistas, o certo é que todas elas admitem, de certo modo, uma reaproximação entre direito e moral, na medida em que se verifica uma influência moral no direito positivo por meio da consagração de princípios e valores constitucionais bastante densos, garantidores de direitos fundamentais.

É que as normas de direitos fundamentais atuam como ponto de encontro entre direito e moral. Como bem ressalta André Rufino do Vale⁴⁵, as normas de direitos fundamentais constituem a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico. Assim, as normas de direitos fundamentais implicam a positivação das exigências éticas de dignidade, conferindo-lhe normatividade. Tais normas, portanto, conferem conteúdo moral ao ordenamento jurídico.⁴⁶

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 4-5.

⁴⁵ VALE, André Rufino do. Ob. cit., p. 70.

⁴⁶ No mesmo sentido reconhece Eduardo Cambi: "A previsão de direitos constitucionais impôs uma nova relação entre o direito e a moral. Os princípios e valores, contidos na Constituição (especialmente a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a liberdade e a igualdade), abriram uma via de penetração moral no direito positivo. Isto é possível quando se considera os direitos fundamentais como sendo princípios. Logo, direitos fundamentais, concebidos como princípios, são válidos enquanto corresponderem às exigências morais sentidas em um período específico, não podendo ser meramente abolidos (são cláusulas pétreas, conforme o art. 60, §4º, IV, da CF/1988)" (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e*

Dessa forma, a consagração e expansão dos direitos fundamentais nas constituições significa a absorção de valores morais pelo direito, os quais, de um modo ou de outro, têm juridicidade e, por isso, devem ser concretizados.

Considera-se, ademais, ponto fundamental do neoconstitucionalismo a judicialização da política e das relações sociais, que corresponde a um protagonismo judiciário na solução das mais relevantes questões da sociedade.

Neste sentido, Susanna Pozzolo⁴⁷ aponta a interpretação criativa da jurisprudência, pois o juiz se encarrega da contínua adequação da legislação às prescrições constitucionais. Se antes o juiz interpretava e aplicava o direito independentemente da valoração do caso concreto, agora o juiz deve interpretar o direito à luz das exigências de justiça do caso concreto. Assim, o juiz passa a se configurar como elemento fundamental racionalizador do sistema jurídico.

A partir das características acima⁴⁸, demonstra-se que o neoconstitucionalismo trouxe um conjunto de transformações na própria teoria do direito.

Embora não se possa negar a importância dessas modificações, pode-se dizer que parcela da doutrina supervalorizou as reformulações advindas com as teorias neoconstitucionalistas. É o que se percebe, por exemplo, na lição de Luis Prieto Sanchís⁴⁹, que atribui ao neoconstitucionalismo as seguintes características: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipotência da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes; a onipotência judicial no lugar da autonomia do legislador ordinário.

Como se vê, alguns juristas, então, passaram a defender a prevalência dos princípios em detrimento das regras, o domínio da ponderação sobre a subsunção, a proeminência do Judiciário em relação ao Legislativo.

Tais características, porém, não se mostram adequadas, pois supervalorizam

protagonismo judiciário. Ob. cit., p. 135).

⁴⁷ POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, p. 341-342.

⁴⁸ Bem observa Humberto Ávila que as modificações advindas do neoconstitucionalismo, acima examinadas, não são avulsas, mas, ao contrário, guardam uma relação de encadeamento e interdependência: “As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras” (*‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’*. Ob cit., p. 2).

⁴⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *El Neoconstitucionalismo y sus implicaciones*, p. 117.

determinados aspectos em detrimento de outros igualmente relevantes. Não se pode falar em prevalência de princípios sobre regras, porquanto ambos são espécies normativas de igual importância, mas que se aplicam de maneiras distintas. Também não existe prevalência da ponderação em face da subsunção, eis que ambas as técnicas se mostram relevantes para aplicação das diferentes espécies normativas. Igualmente não se pode colocar o Judiciário acima do Legislativo, pois ambos exercem funções estatais com idêntico grau de importância.

Nessa perspectiva, Humberto Ávila⁵⁰, com muita propriedade, apresenta críticas consistentes a essa concepção mais exagerada dos fundamentos neoconstitucionalistas. Quanto ao fundamento normativo (da regra ao princípio), o jurista sustenta, com razão, que princípios e regras são normas com funções diferentes e complementares, inexistindo primazia de uma norma sobre outra.

Com efeito, o reconhecimento da normatividade dos princípios não pode significar uma prevalência desta espécie normativa sobre as regras. Ambas são normas jurídicas igualmente importantes, que atuam de modo complementar para equilibrar o sistema jurídico. Um ordenamento jurídico fundado somente em regras seria excessivamente rígido, incapaz de apresentar soluções justas e acompanhar a evolução da realidade social. Por outro lado, um sistema jurídico fundado apenas em princípios geraria extrema insegurança e incerteza do direito.

Assim, não se pode negar a importância das regras, que têm papel fundamental na sociedade atual, complexa e plural, ao estabilizar as relações e diminuir as incertezas e arbitrariedades. Mostra-se inadequado falar-se, portanto, em uma suposta “superação do sistema de regras”.

Aliás, adverte Ávila⁵¹ que a Constituição brasileira de 1988 não pode ser considerada principiológica, mas, ao contrário, caso se lhe estabeleça um rótulo, a Constituição deve ser tida por regulatória, contendo mais regras que princípios.

No que se refere ao fundamento metodológico (da subsunção à ponderação), Humberto Ávila⁵² pontua que a ponderação não pode ser aceita como critério geral de aplicação do direito, pois o seu uso indiscriminado conduz a um subjetivismo que elimina a função das regras e deprecia o papel democrático do Poder Legislativo.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’*. Ob. cit.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’*. Ob. cit., p. 3-4.

⁵² Ibidem, p. 7-12.

Em relação ao fundamento axiológico (da justiça geral à justiça particular), Ávila⁵³ destaca que tal concepção despreza a importância dos mecanismos de justiça geral numa sociedade complexa e pluralista. Explica o autor que, numa tal sociedade, ainda que os cidadãos concordem abstratamente sobre os valores fundamentais a serem protegidos, dificilmente permanece tal concordância quanto à solução específica para um conflito concreto entre tais valores. Daí a necessidade de regras que desempenham as relevantes funções de estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente de sua inexistência ou desconsideração. Desse modo, as regras “servem de instrumento de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade das decisões que ajudam a produzir”⁵⁴.

Finalmente, Humberto Ávila⁵⁵, no que concerne ao fundamento organizacional (do Poder Legislativo ao Poder Judiciário), sustenta que o Judiciário não pode assumir uma posição de prevalência em face dos demais poderes.

É inegável o relevante papel do Judiciário na concretização da Constituição e dos direitos fundamentais, mas tal importância não significa uma supremacia judicial, sob pena de se constituir uma ditadura de toga.

As críticas formuladas são indispensáveis para eliminar os exageros na recepção das proposições neoconstitucionalistas. Assim, esta perspectiva crítica se revela essencial para que sejam apreendidas adequadamente as premissas trazidas com o neoconstitucionalismo.

Daí se vê a necessidade de se chegar a um ponto de equilíbrio, que não deixe o processo de aplicação do direito excessivamente fechado, impossibilitando a evolução do direito, assim como não o torne demasiadamente aberto, em que imperaria a insegurança jurídica.⁵⁶

As críticas acima, então, não devem ser compreendidas para desvirtuar as transformações efetivamente advindas com o neoconstitucionalismo, mas servem para alertar sobre os eventuais exageros na compreensão dessas alterações na

⁵³ ÁVILA, Humberto. *'Neoconstitucionalismo': entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'*. Ob. cit., 12-15.

⁵⁴ Ibidem, p. 15.

⁵⁵ Ibidem, p. 16-17.

⁵⁶ Nessa linha defende Daniel Sarmiento, ao apontar para necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio (SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Ob. cit., p. 15).

teoria jurídica.

Portanto, embora seja necessário inibir certos exageros na defesa das transformações advindas com o neoconstitucionalismo, não se pode negar que efetivamente ocorreu uma renovação na teoria jurídica contemporânea. Atualmente, o jurista não pode desprezar, entre outros aspectos, a supremacia constitucional, a força normativa dos princípios ao lado das regras, a distinção entre texto e norma, a reaproximação entre direito e moral através dos direitos fundamentais e o papel criativo do Judiciário na realização e concretização do direito.

1.3 O direito processual no estágio atual da teoria jurídica: neoprocessualismo

As transformações ocorridas na teoria jurídica a partir da segunda metade do século XX, embora não sejam imunes a críticas, alteraram profundamente o método de compreensão do direito.

O direito processual, por seu turno, não foi excluído dessas transformações. Ao contrário, por ser “o ramo do direito mais próximo do mundo da vida”⁵⁷, o direito processual sofreu nítida renovação com o advento do neoconstitucionalismo, devendo seu estudo se basear nas modificações alcançadas pelo pensamento jurídico contemporâneo.

Costuma-se dividir a evolução histórica do direito processual em três fases. A primeira delas é chamada de praxismo, sincretismo ou, ainda, fase imanentista. Essa primeira fase antecede o reconhecimento da autonomia do direito processual, que seria um direito adjetivo, mero apêndice do direito material, o qual constituiria o direito substantivo. No praxismo, estudava-se o processo sem pretensões científicas, examinando-o apenas em seus aspectos práticos, pois a ação seria o direito material depois de violado.

A segunda fase é denominada de autonomista ou fase científica, em que o direito processual foi marcado por importantes construções na ciência processual, desenvolvendo-se as teorias essenciais para a afirmação da autonomia científica deste ramo jurídico. Consagrou-se, nessa fase, a autonomia do direito de ação em relação ao direito material.

⁵⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Ob. cit., p. 1.

A terceira fase corresponde ao instrumentalismo, marcado pelo reconhecimento de que o processo não é um fim em si mesmo, mas atua como instrumento de realização do direito material e, sobretudo, de realização da justiça. Nessa fase, reconhece-se que o sentido do processo está em concretizar e realizar o direito material.

O direito processual passa a ser visto, agora, a partir de todas as modificações trazidas pelo neoconstitucionalismo. Daí se falar no neoprocessualismo⁵⁸, termo que designa uma nova fase do direito processual, caracterizada pela releitura deste ramo jurídico a partir das premissas da teoria jurídica atual: constitucionalização do direito; reconhecimento da força normativa dos princípios, com sua valorização na aplicação do Direito; rejeição ao formalismo e renovação da hermenêutica jurídica; reaproximação entre o Direito e a Moral; judicialização da política e das relações sociais, marcada pela valorização da função jurisdicional.

A adoção de uma nova fase do direito processual, todavia, não elimina as conquistas alcançadas com as fases anteriores, de modo que a compreensão atual do processo não desconsidera, mas, ao contrário, reafirma sua autonomia científica e a instrumentalidade que lhe é inerente.

Importante obra que deixa patente essa releitura do processo civil sob um novo enfoque é a “Teoria geral do processo”, de Luiz Guilherme Marinoni⁵⁹, na qual o autor se propõe a reexaminar as categorias fundamentais da ciência processual – jurisdição, ação, defesa e processo – na perspectiva do Estado Constitucional.

O fenômeno da constitucionalização do direito processual pode ser visto, inicialmente, em duas dimensões. A primeira delas se refere à consagração de normas processuais nos textos constitucionais, inclusive como direitos fundamentais. A segunda dimensão corresponde à compreensão da legislação processual de

⁵⁸ O mesmo problema terminológico da expressão “neoconstitucionalismo” é transferido para a terminologia “neoprocessualismo”. Assim, não se nega a imprecisão do termo “neoprocessualismo”, que diz pouco ao significar apenas um novo processualismo. A expressão, porém, tem valor por remeter imediatamente ao neoconstitucionalismo, trazendo todas aquelas transformações da teoria jurídica para o âmbito do processo. Já há importante doutrina que adota a expressão, a exemplo de Fredie Didier Jr. (Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Vol. 2. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2010) e Eduardo Cambi (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Ob. cit.).

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

acordo com as disposições constitucionais. Nesse contexto, “intensifica-se cada vez mais o diálogo entre processualistas e constitucionalistas, com avanços recíprocos”⁶⁰.

Assim, o direito processual se permeia de princípios constitucionais – tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, entre outros – os quais correspondem a direitos fundamentais processuais.

Observa-se, então, que processo e direitos fundamentais estão intimamente relacionados, tendo em vista que, de um lado, o processo deve ser apto a tutelar os direitos fundamentais e, de outro, o processo em si mesmo deve ser estruturado e desenvolvido em conformidade com os direitos fundamentais. Isso porque os direitos fundamentais são direitos subjetivos e, também, valores que orientam toda a aplicação do direito.⁶¹

Na atual perspectiva do direito processual, portanto, o processo deve ser compreendido a partir da Constituição Federal. Isso significa que o plano constitucional delimita o modo de ser do processo.

Nessa linha, é possível falar no “modelo constitucional do direito processual civil”, na medida em que “é a Constituição Federal o ponto de partida de qualquer reflexão do direito processual civil (penal e trabalhista)”⁶². Assim é que o processo se vincula, tanto o seu plano técnico como o teleológico, ao modelo que a Constituição reserva para ele.⁶³

Desse modo, o processo deve ser compreendido e estruturado à vista das disposições constitucionais. Nesse aspecto, reveste-se de importância a atual perspectiva do acesso à justiça, extraída do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF). O acesso à justiça, atualmente, deve ser concebido como o direito de se obter uma tutela jurisdicional efetiva, capaz de concretizar direitos, fornecendo à parte lesada ou ameaçada de lesão a proteção jurídica que ela merece. Nesse contexto, o “neoprocessualismo procura construir técnicas

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 33.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. *Ibidem*, p. 40-41. Nessa linha também defende Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar das perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Ob. cit., p. 73-74).

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 84.

⁶³ *Ibidem*, p. 85.

processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional”⁶⁴.

Na atual fase do direito processual, então, propõe-se uma releitura das categorias fundamentais do processo na perspectiva das transformações ocorridas na teoria jurídica.

Destaca-se, nesse ponto, uma nova compreensão da própria atividade jurisdicional. Como se sabe, a jurisdição constitui um dos pilares do direito processual e corresponde a um dos conceitos fundamentais da ciência processual, compondo o que autorizada doutrina denomina de trilogia estrutural do processo⁶⁵.

Embora este não seja o espaço adequado para se discutir uma reformulação do conceito de jurisdição, o que se pretende realçar neste trabalho é que a concepção atual de jurisdição não mais compreende a atividade jurisdicional como uma atuação mecânica de enquadramento do fato à norma.

Nesse sentido, conforme leciona Ovídio Baptista da Silva⁶⁶, as críticas mais sérias feitas às concepções clássicas de jurisdição⁶⁷ se referem ao seu pressuposto doutrinário de que o ordenamento jurídico estatal seria, para o juiz, um dado prévio, como algo completa e definitivamente posto pelo legislador, restando ao juiz uma tarefa de enquadramento mecânico da lei ao caso concreto.⁶⁸

Tal concepção clássica⁶⁹ deve ser relida a partir da percepção de que o texto normativo não é sinônimo de norma jurídica. Texto e norma não se confundem,

⁶⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Ob. cit., p. 116.

⁶⁵ A expressão é de J. Ramiro Podetti (Teoria y tecnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil. Buenos Aires: Ediar, 1963). Aliás, tamanha é a relevância da jurisdição na teoria geral do processo que há quem sugira que o direito processual seja denominado direito jurisdicional, sob o argumento de ser a jurisdição o instituto central deste ramo jurídico (AROCA, Juan Montero. Del derecho procesal al derecho jurisdiccional. *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº 2, 1984, p. 311-348).

⁶⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

⁶⁷ Esta crítica de Ovídio Baptista da Silva se dirige à concepção de jurisdição formulada por Chiovenda.

⁶⁸ Sobre a influência do Estado Liberal e do positivismo jurídico sobre os conceitos clássicos de jurisdição, confira-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Ob. cit., p. 25-41.

⁶⁹ Refere-se aqui à concepção de Chiovenda que compreende a jurisdição como atuação da vontade contra da lei, conforme a conceituação de que a jurisdição é “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 3).

sendo esta o resultado da interpretação daquele.⁷⁰

Com base nessa premissa, compreende-se que a atividade jurisdicional não pode ser concebida como uma atuação mecânica de enquadramento do fato à norma, tendo em vista que, antes de qualquer encaixe conceitual, é indispensável proceder à interpretação⁷¹ do conjunto de textos normativos aplicáveis ao caso.

A interpretação dos textos normativos envolve, também, a sua leitura sob o enfoque dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Como defende Marinoni, “não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais”⁷².

Tem-se aí uma conformação da lei ou da legislação à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, os quais, segundo elenca Marinoni⁷³, constituem ferramentas para: i) a interpretação de acordo com a Constituição; ii) a não aplicação da lei inconstitucional mediante a declaração de sua inconstitucionalidade; iii) um amoldamento do conteúdo da lei, tornando-a conforme a Constituição (interpretação conforme); iv) o afastamento das interpretações inconstitucionais do texto normativo (declaração parcial de nulidade sem redução de texto); v) a produção da norma necessária à efetivação de um direito fundamental (controle da omissão inconstitucional); e vi) a proteção de um direito fundamental em face de outro (balanceamento).

No mesmo sentido assinala Fredie Didier Jr, ao reconhecer que, no Estado Constitucional, o julgador assume uma postura mais ativa, pois a ele cabe “compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais”⁷⁴.

Com a interpretação e conformação constitucional da legislação, cria-se a norma jurídica que justifica a solução adotada para o caso sob julgamento. Trata-se

⁷⁰ A distinção entre texto normativo e norma jurídica se encontra melhor delineada no item 2.1 deste trabalho.

⁷¹ Adverte Cappelletti que “na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade” (CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit., p. 20).

⁷²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Ob. cit., p. 46

⁷³ Ibidem, p. 101.

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 93.

aqui da norma jurídica resultante da interpretação do texto normativo e de sua conformação com a norma constitucional.

Tal não se confunde com a norma individual contida no dispositivo da decisão, como defendido por Hans Kelsen e Francesco Carnelutti. Já dizia Kelsen⁷⁵ que o ato judicial significa a criação de uma norma individual, na medida em que, ao aplicar a norma geral, o tribunal simultaneamente cria a norma individual reguladora do caso. Por sua vez, o processualista Carnelutti⁷⁶, ao sustentar a jurisdição como a justa composição da lide, defende que a sentença torna concreta a norma abstrata (lei), produzindo assim a norma individual que compõe a lide.

Não há que se confundir, portanto, a norma jurídica resultante da interpretação do texto normativo e da conformação constitucional com a norma individual contida na parte dispositiva da sentença.

Essa distinção se impõe porquanto o julgador, no exercício da função jurisdicional, identifica os textos normativos aplicáveis ao caso e os interpreta. Tal processo interpretativo, aliado à conformação constitucional, resulta na norma jurídica fundamenta a decisão, posta no dispositivo do pronunciamento judicial. Nesta parte dispositiva, por sua vez, encontra-se a norma individual, ou norma jurídica individualizada, que corresponde à solução jurídica que regula o caso concreto.

Acrescente-se aí o controle de convencionalidade, tendo em vista que, além da verificação da compatibilidade das leis com a Constituição, o julgador analisa sua conformidade com as convenções e tratados internacionais. Na verdade, caso estes diplomas normativos versem sobre direitos humanos e sejam submetidos ao procedimento do art. 5º, § 3º, da CF, eles adquirem *status* constitucional, ensejando verdadeiro controle de constitucionalidade. Já os tratados e convenções internacionais não submetidos àquele procedimento podem ter *status* supralegal⁷⁷, caso versem sobre direitos humanos, hipótese em que se procede ao exame da conformidade das leis com aqueles diplomas internacionais. Emblemático exemplo

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Ob. cit., p. 195-196.

⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 61-62.

⁷⁷ Nesse sentido decidiu o STF no conhecido julgamento do RE 466.343/SP (Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

de controle de convencionalidade foi a decisão do STF que considerou ilícita a prisão de depositário infiel, com base na vedação contida na Convenção Americana de Direitos Humanos, a partir do reconhecimento da supralegalidade deste diploma normativo⁷⁸.

Fala-se, então, na jurisdição como atividade criativa⁷⁹ no sentido de compreendê-la como atividade de construção da norma jurídica fundamentadora da decisão, a partir de um processo interpretativo e de conformação constitucional, e também como função de criação da norma individual – contida na parte dispositiva da decisão – que regula o caso concreto.

Diretamente atrelada à criatividade da jurisdição, vislumbra-se uma crescente valorização dos precedentes judiciais⁸⁰. Isso porque, se o Judiciário assume um papel criativo do direito, é certo que o resultado dessa criação – o precedente judicial – conquista espaço no sistema jurídico.

Com efeito, é notória a recente onda de reformas, tanto no plano constitucional como legal, que impõe uma valorização dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro.

Cite-se, nesse sentido, a EC nº 45/2004, que trouxe as seguintes inovações: a) extensão do efeito vinculante das decisões de mérito do STF para as ações diretas de inconstitucionalidade, além das ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF); b) súmula vinculante (art. 103-A, CF); c) repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, CF).

No âmbito infraconstitucional, podem ser citadas, exemplificativamente, as seguintes alterações legislativas: a) o art. 285-A, do CPC, que instituiu a hipótese de improcedência liminar do pedido; b) o art. 518, § 1º, do CPC, relativo à súmula impeditiva de apelação; c) os arts. 543-A e 543-B, do CPC, regulamentadores do pressuposto da repercussão geral para cabimento do recurso extraordinário; d) o art.

⁷⁸ Tal entendimento foi posto no Enunciado 25 da Súmula Vinculante do STF, com o seguinte teor: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

⁷⁹ A jurisdição como atividade criativa é colocada como um dos elementos do conceito de jurisdição proposto por Fredie Didier Jr. e seguido neste trabalho: “A jurisdição é função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 89).

⁸⁰ O tema precedente judicial encontra-se melhor desenvolvido no Capítulo V deste trabalho, para o qual remete-se o leitor.

543-C, do CPC, acerca do julgamento por amostragem de recursos especiais repetitivos; e) o art. 557 do CPC, pelo qual se aumentaram os poderes do relator.

Diante dessas reformas legislativas, depreende-se a crescente valorização dos precedentes judiciais, notadamente daqueles oriundos dos Tribunais Superiores, o que também pode ser apontado como característica da atual fase do direito processual.

É que, a partir do momento em que se percebe o caráter criativo da jurisdição, deve-se reconhecer, na mesma medida, a necessidade de meios que proporcionem uma maior objetivação do direito, a fim de se alcançarem segurança jurídica e isonomia.⁸¹

Nesse aspecto, Eduardo Cambi⁸² elenca, entre as características da atual fase do direito processual, a uniformização jurisprudencial do direito e a vinculação do juiz aos precedentes, que assumem importância como fonte do direito.

A partir das considerações acima, deve-se deixar assente que o direito processual foi profundamente influenciado pelas recentes transformações no modo de conceber o direito. O processualista contemporâneo, nesse contexto, não pode negar a indissociável relação do processo com a Constituição e, em especial, com os direitos fundamentais.

Também não mais se concebe a jurisdição como função meramente aplicadora do direito preexistente, pronto e acabado, mas deve ser reconhecido o seu caráter criativo, concretizador do direito, mediante a reconstrução da norma jurídica que não se confunde com o texto normativo.

Por fim, igualmente não mais se pode menosprezar a importância do precedente judicial como fonte do direito, pelo qual se alcança maior objetivação do direito a fim de promover segurança jurídica e isonomia.

⁸¹ Nessa perspectiva, Eduardo Cambi expõe: “A razão fundamental para seguir um precedente decorre do princípio da universalidade, ou seja, a exigência, imposta pela justiça como qualidade formal, de se tratar casos iguais de modo semelhante”. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Ob. cit., p. 150-151).

⁸² Ibidem, p. 147-171.

CAPÍTULO II – TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS: OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E AS CLÁUSULAS GERAIS

2.1 A distinção entre texto e norma

O caráter criativo da jurisdição torna-se bastante evidente diante da constatação de que o processo decisório, no mais das vezes, não se resume ao simples enquadramento mecanicista do texto normativo ao caso concreto, pois a norma jurídica não se confunde com tal texto normativo.

A distinção entre texto e norma constitui, portanto, uma das principais consequências da atual compreensão da teoria jurídica, que não mais concebe a decisão judicial como simples resultado de um silogismo mecânico de aplicação da lei.

Para o desenvolvimento dessa diferenciação, importante contribuição foi dada por Riccardo Guastini⁸³, que propõe a distinção entre disposição e norma. Para o autor, a disposição corresponde ao enunciado que faça parte de um documento normativo, ao passo que a norma se refere ao enunciado que constitua sentido ou significado atribuído a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições)⁸⁴.

Portanto, a disposição é um texto ainda por ser interpretado, tratando-se do objeto da interpretação. A norma é um texto interpretado, ou seja, consiste no produto (resultado) da interpretação.

Seguindo tal diferenciação entre texto e norma, Eros Grau⁸⁵ explica que o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador, pois sua “completude” somente é alcançada quando o sentido por ele expressado é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Mas esse sentido já é algo novo, distinto do texto. Trata-se da norma.

⁸³ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25-28.

⁸⁴ Guastini conceitua enunciado como qualquer expressão linguística sob forma acabada. Daí por que, para aquele autor, a disposição e a norma são entidades homogêneas, pois ambas constituem enunciados.

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82-83.

Para Eros Grau, a interpretação “é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo”⁸⁶. Daí por que, segundo Grau, a interpretação⁸⁷ é a atividade que transforma textos em normas, de modo que estas resultam daquela. Diante disso, reitera-se que “texto e norma não se identificam: o texto é o sinal linguístico; a norma é o que se revela”⁸⁸.

Humberto Ávila, nessa linha, explica que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”⁸⁹.

A norma jurídica, portanto, é o resultado da interpretação do texto normativo, com o qual não se confunde. O texto é o conjunto de termos ordenados contidos na disposição (artigo, parágrafo, alínea, inciso).

O texto é dado preexistente, pois está estaticamente presente na lei. A norma é dinâmica, sendo construída/produzida⁹⁰ pelo jurista a partir da interpretação do texto normativo diante do caso concreto.

Uma vez compreendida tal distinção, avança-se no sentido de que não há correspondência bi-unívoca entre disposições e normas⁹¹. É o que explica Humberto Ávila ao afirmar que “não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”⁹².

Afirma-se, com isso, que é possível haver disposições sem normas, normas sem disposições ou mais de uma norma obtida a partir de uma única disposição.

⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. Ob. cit., p. 83. Perceba-se que Eros Grau, diferentemente de Guastini, compreende texto e enunciado como sinônimos.

⁸⁷ Sobre a interpretação, Eros Grau complementa: “A interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida” (Ibidem, p. 83).

⁸⁸ Ibidem, p. 84.

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

⁹⁰ Concorde-se com Eros Grau no sentido de que o intérprete não cria literalmente a norma. Prefere-se falar que o intérprete produz ou reproduz a norma, pois esta existe parcial e potencialmente no texto (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Ob. cit., p. 86-89).

⁹¹ GUASTINI, Riccardo. Ob. cit., p. 34.

⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ob. cit., p. 22.

Há disposição sem norma, por exemplo, no texto constitucional contido no preâmbulo que prevê a “proteção de Deus”, do qual não se pode construir norma alguma.⁹³

Por sua vez, existe norma sem disposição quando se trata de uma norma implícita ou não-expressa, ou seja, aquela que não se extrai de uma disposição específica, mas deriva do ordenamento jurídico em seu conjunto.⁹⁴

Como exemplo de norma sem disposição, Ávila⁹⁵ cita o princípio da segurança jurídica, que não encontraria nenhuma disposição específica correspondente. Porém, tal exemplo não parece adequado. É que o princípio da segurança jurídica encontra-se previsto no *caput* do art. 5º da Constituição⁹⁶, além de ser expressamente consagrado no art. 2º da Lei 9.784 de 1999, que disciplina o processo administrativo federal.

Aponta-se como exemplo de norma sem dispositivo correspondente o princípio do duplo grau de jurisdição. Não se encontra, no ordenamento jurídico brasileiro, texto normativo específico que preveja tal princípio. Assim, o duplo grau de jurisdição decorre do conjunto de textos normativos presentes no ordenamento jurídico⁹⁷.

Há situações, por outro lado, nas quais várias normas podem ser extraídas/construídas⁹⁸ a partir da mesma disposição. Exemplo disso se refere à

⁹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ob. cit., p.22. Registre-se a controvérsia existente sobre a normatividade do preâmbulo da Constituição, havendo a posição defensora da sua eficácia normativa e, por outro lado, o entendimento pela ausência de força normativa. Segue-se aqui a posição adotada pelo STF no sentido de que o preâmbulo da Constituição não tem força normativa, pois se situa no campo da política e reflete a posição ideológica do constituinte (ADI 2076, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218).

⁹⁴ GUASTINI, Riccardo. Ob. cit., p. 41.

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ob. cit., p. 22.

⁹⁶ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. Vislumbrando a consagração do princípio da segurança jurídica no *caput* do art. 5º, confira-se: Dirley da Cunha Júnior (*Curso de direito constitucional*. Ob. cit., p. 567).

⁹⁷ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que o duplo grau de jurisdição não está expressamente *garantido* no texto constitucional, não chegando a ser uma garantia constitucional, mas sim um princípio albergado pela Constituição Federal em razão da organização hierarquizada do Poder Judiciário, pela qual se prevê a existência de diversos tribunais cuja função preponderante é o reexame de decisões proferidas pelos juízos inferiores (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ob. cit., p. 24-25).

⁹⁸ Há quem critique a utilização da expressão “extração” da norma a partir do texto, pois tal termo indicaria indevidamente que a norma estaria contida, de forma pronta e definitiva, no texto normativo,

disposição constante do art. 5º, XXXV, da CF, da qual pode ser construído o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a vedação ao *non liquet*, o princípio do acesso à justiça e, ainda, o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Outro exemplo de disposição a partir da qual se constrói mais de uma norma é o art. 1º, *caput*, da CF, a partir do qual se extraem o princípio republicano, o princípio federativo, a indissolubilidade do pacto federativo, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático.

Em suma, o texto normativo constitui apenas o objeto da interpretação, cujo resultado conduz à construção da norma jurídica. Não é possível, portanto, confundir os dois conceitos.

Compreende-se, a partir desta diferenciação, que a interpretação não se limita a descrever o significado dos termos contidos no texto normativo, mas a atividade do jurista consiste em constituir o sentido. Isso porque a linguagem não é algo pré-dado, mas se concretiza no uso.⁹⁹

O sentido não está estaticamente presente nas palavras do texto normativo, pois ocorrem modificações dos termos no tempo e no espaço, tal como se verifica na mutação constitucional. Como se sabe, esse fenômeno consiste no processo de modificação informal da Constituição, pelo qual se altera o sentido da norma constitucional sem alteração do seu texto.

Nessa linha, Gilmar Mendes pontua que as mutações constitucionais são “alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”¹⁰⁰.

sendo preferível falar em “construção”. Não se concorda com tal crítica terminológica. Nos casos em que o processo interpretativo é menos complexo, parece adequado falar em extração da norma a partir do texto. Confira-se, nesse ponto, os exemplos citados no tópico seguinte deste trabalho (item 2.2), referentes aos textos normativos fechados, nos quais a interpretação é menos complexa. Por outro lado, a utilização da expressão “construção” da norma revela uma atuação interpretativa mais intensa do aplicador. Há, pois, uma diferença de intensidade entre as expressões, o que se mostra adequado face à variação de complexidade do processo interpretativo, razão pela qual ambos os termos podem ser utilizados e estão em consonância com a premissa aqui adotada de distinção entre texto e norma.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ob. cit., p. 23-24.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129.

Daí se percebe que o sentido do texto normativo não é imutável, mas, ao contrário, pode ser alterado diante da nova realidade social, econômica e normativa que se apresenta ao jurista.

Ainda sobre a relação entre texto normativo e norma jurídica, merece ser mencionada a interessante formulação de Eduardo José da Fonseca Costa¹⁰¹, segundo a qual a comparação entre o sentido meramente frásico do texto com o sentido contextualizado da norma pode acarretar as seguintes situações: i) dessimetria por hipotrofia estrutural do texto; ii) dessimetria por hipertrofia estrutural do texto; iii) dessimetria funcional.

A dessimetria por hipotrofia estrutural do texto se configura quando a norma possui elementos não textuais, pois apresenta mais elementos do que os descritos literalmente no texto. Ou seja, o texto “diz menos” que a norma. É o caso, por exemplo, do prequestionamento exigido como pressuposto recursal, sendo norma sem previsão no texto normativo.

A dessimetria por hipertrofia estrutural do texto se revela quando a norma não traz alguns elementos textuais, de modo que tais elementos constantes do texto não são reproduzidos na norma. Ou seja, o texto “diz mais” que a norma. Exemplo disso corresponde ao caso em que se concede a tutela antecipada mitigando-se um dos pressupostos legais, como comumente se verifica com o §2º do art. 273 do CPC.

A dessimetria funcional se verifica quando o inter-relacionamento dos elementos normativos não corresponde à descrição efetuada pelo texto. Tal modalidade é vislumbrada por Eduardo Costa quando identifica, com base em um estudo pragmático, que a concessão das medidas liminares na prática dos tribunais não obedece à descrição legal de que os seus pressupostos são cumulativos e autônomos, sendo, na realidade, inter-relacionados de modo que a urgência em demasia “compensa” a falta de evidência, e vice-versa.

Dessa forma, percebe-se que o processo de aplicação e concretização do direito não se restringe a uma atividade de enquadramento do caso concreto à hipótese do texto normativo, como se este correspondesse à norma jurídica.

¹⁰¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27-30.

Na atual perspectiva de compreensão do direito, a criatividade da função jurisdicional evidencia a complexidade do processo decisório, que não se resume à subsunção do fato à norma mediante simples raciocínio silogístico.¹⁰²

O processo decisório varia conforme o caso concreto e, sobretudo, em razão do texto normativo que se concretiza. É certo que existem enunciados normativos cuja aplicação exige menos esforço intelectual do jurista, mas esta circunstância não pode ser considerada absoluta e geral.

Ao contrário, a técnica legislativa atualmente em destaque reforça o caráter criativo da jurisdição e a diferenciação entre texto e norma. Dessa forma, surgem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados como tipos de textos normativos que conferem maior mobilidade e plasticidade ao sistema jurídico.¹⁰³

Estes textos normativos abertos evidenciam a insuficiência do silogismo subsuntivo, pois o processo de aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados exige, indubitavelmente, uma atuação mais intensa do intérprete na concretização da norma.

2.2 Textos normativos fechados e abertos

Esboçada a distinção entre texto e norma, cumpre registrar que os textos normativos podem ser fechados ou abertos.

Fechados são os textos normativos que se utilizam de termos determinados, esmiuçando ao máximo a hipótese legal, com a explicitação das condições e requisitos para incidência da consequência jurídica, sendo esta preestabelecida.

Nesse sentido, segundo Alexandre Gois Lima, os textos normativos fechados (ou casuísticos) se caracterizam “por antecedentes (ou hipóteses fáticas) dotados de

¹⁰² Nesse aspecto, oportuna a lição de Karl Larenz: “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” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150).

¹⁰³ No particular, valiosa a lição de Wieacker: “O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à boa fé, aos bons costumes, ao hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao caráter desproporcionado, etc. – em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de esperar” (WIEACKER, Franz. Ob. cit., p. 546)

termos determinados ou definidos, e, no outro eixo normativo, consequentes já previamente fixados ou eleitos pelo legislador”¹⁰⁴.

Tais textos normativos reduzem a complexidade da interpretação e diminuem a margem interpretativa do aplicador, sendo satisfatório o processo subsuntivo na aplicação do dispositivo.

Muitas vezes, os textos normativos fechados acarretam o que Marcelo Neves denomina de “mera observância cotidiana e simples aplicação burocrática e rotineira do direito”¹⁰⁵. O autor cita, como exemplo, o art. 40, § 1º, II, da CF, que estabelece a aposentadoria compulsória dos servidores públicos aos setenta anos de idade.

Tal exemplo ilustra a atribuição direta da norma a partir do texto normativo, de modo que “a reconstrução do dispositivo pelo enunciado interpretativo é apenas uma questão de reestruturação da forma gramatical da disposição”¹⁰⁶.

Outro exemplo de texto normativo fechado é o art. 5º do Código Civil, redigido nos seguintes termos: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”. Nessa disposição, a hipótese fática é precisamente delimitada (18 anos de idade), cuja ocorrência atrai a consequência legal descrita (cessação da menoridade).

No direito processual, exemplos nítidos de textos normativos fechados se referem às disposições legais que estabelecem prazos processuais. É o caso, por exemplo, do dispositivo que fixa o prazo de 15 dias para resposta do réu¹⁰⁷, pelo qual se estabelece de forma precisa e determinada a hipótese legal.

Interessante notar, contudo, que nem mesmo os textos normativos fechados afastam a possibilidade de interpretação. Basta citar, utilizando o mesmo exemplo do prazo para resposta do réu, a hipótese de litisconsortes passivos com diferentes procuradores, situação que exige a interpretação sistemática dos arts. 297 e 191¹⁰⁸ do CPC para se chegar à conclusão do prazo de 30 dias para contestar.

¹⁰⁴ VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. *As cláusulas gerais no sistema processual brasileiro e a efetividade da decisão judicial: uma análise sobre a aplicabilidade do §5º do art. 461 do CPC*. 2012. 153f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, UNICAP, Recife, 2012, p. 31

¹⁰⁵ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 78.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 92.

¹⁰⁷ Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

¹⁰⁸ Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

Exemplo semelhante se verifica quanto à Fazenda Pública, cujo prazo para resposta é de 60 dias por força do art. 188 do CPC¹⁰⁹. Percebe-se, pois, que a interpretação dos textos normativos é indispensável para a aplicação do direito, até mesmo nos textos fechados ou casuísticos. Inclusive, nesse exemplo do prazo para resposta da Fazenda Pública, além da interpretação sistemática dos arts. 188 e 297 do CPC para definição do prazo para resposta, faz-se necessário interpretar a extensão do termo “Fazenda Pública”, ou seja, é necessário definir os entes que se inserem naquele conceito.

Reforça-se, com isso, a distinção entre texto e norma, sendo esta o resultado da interpretação daquele. Por outro lado, verifica-se que, na aplicação dos textos fechados, a subsunção se mostra satisfatória na aplicação do direito¹¹⁰.

Já os textos abertos são aqueles que se utilizam de linguagem vaga e aberta, cuja vagueza semântica apresenta certo grau de indeterminabilidade que proporciona uma atividade interpretativa mais intensa na (re)construção da norma jurídica, a partir do texto normativo.

Apontam-se como espécies dos textos normativos abertos os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, examinados nos itens seguintes deste trabalho.

2.3 Conceitos jurídicos indeterminados

2.3.1. Origens da teoria do conceito jurídico indeterminado e seu desenvolvimento no direito administrativo

Costuma-se indicar o direito austríaco¹¹¹, no final do século XIX, como origem da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, no contexto em que se discutia se

¹⁰⁹ Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

¹¹⁰ É o que explica Humberto Ávila: “Nas prescrições normativas com formação rígida ou tipificação máxima, a aplicação – como entende a doutrina – resume-se a uma operação de subsunção, entendida como o ato de colocar em correspondência o conceito do fato com o conceito da norma, enquadrando fatos particulares em uma dada classe normativa” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito. Faculdade de direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Org. Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413).

¹¹¹ Sobre tal origem austríaca da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, Regina Helena Costa

tais conceitos, utilizados no direito administrativo, seriam suscetíveis de controle jurisdicional.

De um lado, Bernatzik sustentava que os conceitos abertos – a exemplo de interesse público – deveriam ser preenchidos pelos órgãos administrativos especializados, não se admitindo revisão da decisão no âmbito jurisdicional. Em sentido contrário, Tezner defendia um controle objetivo de todos os conceitos normativos – inclusive os abertos ou vagos – das leis de direito administrativo.¹¹²

O tema ganhou grande destaque na Alemanha. Em uma primeira formulação, a doutrina alemã considerou que os conceitos indeterminados implicariam uma margem de apreciação em favor da Administração, em razão do halo conceitual, ou seja, da zona de incerteza.¹¹³

Essa concepção, no entanto, passou a ser transformada na doutrina alemã, sobretudo a partir dos anos 50 do século passado. Desde então, os conceitos jurídicos indeterminados deixaram de ser considerados como expressão de discricionariedade, pois poderiam ser controlados pelo Poder Judiciário através da interpretação. Assim, tornou-se dominante a distinção entre interpretação e poder discricionário, de modo que aquilo que se considerava discricionariedade em outros sistemas, passou a ser visto como interpretação da Alemanha, sendo passível de controle pleno do Judiciário.¹¹⁴

Mais recentemente, porém, têm surgido doutrinadores alemães que questionam aquele entendimento dominante, passando a rejeitar a rígida distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa.¹¹⁵

expõe: “A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, apesar de ainda provocar debates, vem sendo discutida há um século. Os primeiros estudos sobre o seu conteúdo partiram de dois professores austríacos, Edmund Bernatzik e Friedrich Tezner, que publicaram seus trabalhos em 1886 e 1888, respectivamente, formulando opiniões contrárias sobre o assunto” (COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, São Paulo, 51 (145), jan./mar. 1989, p. 43).

¹¹² KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29.

¹¹³ COSTA, Regina Helena. Ob. cit., p. 43-44.

¹¹⁴ KRELL, Andreas J. Ob. cit., p. 30-34.

¹¹⁵ Ibidem, p. 35. Krell se pronuncia nos seguintes termos: “Nas últimas duas décadas, cresceu consideravelmente o número de autores germânicos que não aceitam mais a distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade; hoje, eles talvez já representem a maioria, apesar do Tribunal Federal Administrativo (BVerwG) e dos doutrinadores de peso que ainda mantêm a linha tradicional (com algumas ressalvas)” (Ibidem, p. 35).

Em relação ao restante da Europa Ocidental, Andreas Krell informa que “na grande maioria dos países europeus nunca se fez uma rígida distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados”¹¹⁶, de modo que, em países como Espanha, Itália, França e Grã-Bretanha, vislumbra-se um espaço discricionário referente aos conceitos indeterminados.

Tal discussão sobre a relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa ressoa na doutrina brasileira. A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁷ afirma que a discricionariedade administrativa pode decorrer do modo impreciso com que a lei haja descrito a hipótese da norma. Segundo o autor, a discricionariedade administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos (“segurança pública”, “moralidade pública” etc).

Nessa perspectiva, há quem aponte a utilização de conceitos jurídicos indeterminados como causa geradora de discricionariedade, conferindo ao administrador certa margem de liberdade para, à vista do caso concreto, adotar a solução que reputar conveniente e oportuna¹¹⁸.

Há, por outro lado, os que criticam a existência de discricionariedade administrativa como consequência da previsão de conceitos indeterminados. Assim entende José dos Santos Carvalho Filho¹¹⁹, que vislumbra uma indevida confusão entre tais institutos. Para o autor, realmente, tanto os conceitos jurídicos indeterminados como a discricionariedade administrativa expressam uma atividade não vinculada da Administração, já que a norma não impõe um padrão objetivo de atuação. Porém, Carvalho Filho aduz que, enquanto o conceito indeterminado se encontra no plano de previsão da norma (antecedente), pois os efeitos já se encontram legalmente previstos, a discricionariedade se situa na estatuição da

¹¹⁶ KRELL, Andreas J. Ob. cit., p. 31.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 18-20.

¹¹⁸ Nessa linha também se posiciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao assinalar que ato administrativo é discricionário quando a lei define o motivo utilizando conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, noções vagas, vocábulos plurissignificativos, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 222).

¹¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55-56.

norma (consequente), porque o legislador deixa ao administrador o poder de configurar os efeitos normativos. Com base nisso, conclui o autor que o processo de escolha na discricionariedade é mais amplo do que nos conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse impasse, relevante contribuição foi dada por Regina Helena Costa¹²⁰, Para esta autora, os conceitos jurídicos indeterminados nem sempre implicam discricionariedade, pois a utilização de tais conceitos pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração Pública, a depender o tipo de conceito indeterminado utilizado.

É que os conceitos indeterminados, conforme lição de Regina Helena Costa¹²¹, classificam-se em conceitos de experiência e conceitos de valor. Tratando-se de conceitos de experiência, o administrador torna preciso o conceito através do processo interpretativo, não lhe restando qualquer margem de escolha de seu significado. Situação diversa se verifica nos conceitos de valor, em relação aos quais é possível que, mesmo após a interpretação, reste campo nebuloso do conceito, cabendo ao administrador definir tal conceito por meio de sua interpretação subjetiva e, portanto, discricionária.

Com efeito, revela-se mais precisa a posição que rejeita a existência de discricionariedade administrativa como decorrência direta da adoção de conceitos jurídicos indeterminados.

Na verdade, a imprecisão semântica dos conceitos indeterminados não conduz necessariamente à discricionariedade administrativa. Esta equivale ao oferecimento de opções ao administrador público, que tem uma livre margem de apreciação para escolher, entre várias condutas juridicamente válidas, a que reputar mais conveniente e oportuna segundo critérios administrativos. Tal não ocorre com os conceitos indeterminados. Quanto a estes, caberá ao administrador sua interpretação, superando a imprecisão semântica através do processo interpretativo em consideração às circunstâncias concretamente apresentadas.¹²²

¹²⁰ COSTA, Regina Helena. Ob. cit., p. 47-48.

¹²¹ COSTA, Regina Helena. Ob. cit., p. 48. Tal classificação dos conceitos jurídicos indeterminados também é adotada por Judith Martins-Costa, que os divide em conceitos referentes a realidades fáticas (equivalentes aos conceitos de experiência) e conceitos concernentes a valores (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 325).

¹²² Compreendendo não haver discricionariedade decorrente dos conceitos jurídicos indeterminados, podem ser citados, entre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito*

A propósito, ao ressaltar a distinção entre discricionariedade e imprecisão semântica, Marcelo Neves¹²³ bem percebe que, para se definir se uma norma abre espaço à discricionariedade, faz-se necessário, inclusive, que seja superado eventual problema de imprecisão semântica, para que se determine se há ou não competência discricionária.

Sendo assim, delineadas breves considerações acerca das origens dos conceitos jurídicos indeterminados, sobretudo a partir das discussões travadas no âmbito do direito administrativo, pode-se avançar na análise do tema com o exame dos elementos que caracterizam os conceitos indeterminados, conforme se expõe no item seguinte.

2.3.2. Características dos conceitos jurídicos indeterminados

Expostas as discussões travadas no direito administrativo acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, constata-se que o principal elemento caracterizador destes se refere aos atributos da vagueza, fluidez e imprecisão semântica. Daí a afirmação de Engisch no sentido de que os conceitos indeterminados são aqueles “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”¹²⁴.

Nessa perspectiva, Teresa Wambier se propõe a definir os conceitos jurídicos indeterminados como “expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido, carece de contornos claros”¹²⁵, de modo que tais conceitos vagos “não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente identificáveis no mundo dos fatos”.

administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 325-327; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa. *Revista CEJ*, Brasília, n. 36, p. 30-38, jan./mar. 2007; TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível em www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em 22 nov. 2013.

¹²³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 14-15.

¹²⁴ ENGISCH, Karl. Ob. cit., p. 173.

¹²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. Ob. cit., p. 151.

Note-se que a vagueza semântica que caracteriza os conceitos jurídicos indeterminados não deve ser considerada um defeito da linguagem, mas, ao contrário, trata-se de função positiva de regulação futura. Nas palavras de Teresa Wambier, “conceitos indeterminados acabam por implicar que o futuro também possa ser regulado pela norma”¹²⁶.

Daí se percebe que a imprecisão semântica dos conceitos indeterminados é proposital, visto que, conforme Barbosa Moreira, “nem sempre convém que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica”¹²⁷.

Através da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, permite-se maior maleabilidade ao aplicador do texto normativo, possibilitando a adaptação deste às especificidades encontradas no caso concreto.

Outro aspecto que merece atenção sobre os conceitos indeterminados se refere à formulação de sua estrutura interna, conforme esboçado por importante doutrina. Explica Karl Engisch¹²⁸ que, nos conceitos indeterminados, existe o “núcleo conceitual”, caracterizado pela clareza de seu conteúdo e pela possibilidade de delimitação da sua extensão, e o “halo conceitual”, qualificado por sua imprecisão e dúvida quanto à sua extensão.

Sobre a existência deste núcleo conceitual, semelhante é a percepção de Celso Antônio Bandeira de Mello¹²⁹ no sentido de que, embora sejam vagos e imprecisos, os conceitos jurídicos indeterminados têm algum conteúdo determinável, ou seja, certa densidade mínima.

Daí a explicação de Bandeira de Mello¹³⁰ de que os conceitos jurídicos indeterminados têm uma zona de certeza positiva, dentro da qual não há dúvidas do cabimento da aplicação do termo aberto, e uma zona de certeza negativa, na qual se tem certeza da não ocorrência do termo aberto. No intervalo entre ambas, encontra-se a zona de incerteza ou zona de penumbra, na qual remanescem as dúvidas.¹³¹

¹²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. Ob. cit., p. 152.

¹²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1979, p. 14.

¹²⁸ ENGISCH, Karl. Ob. cit., p. 210-214.

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 28-29.

¹³⁰ Ibidem, p. 29.

¹³¹ Teresa Wambier segue tal estrutura interna dos conceitos jurídicos indeterminados (*Recurso*

Sobre tal estrutura interna dos conceitos jurídicos indeterminados, há uma interessante passagem no STF que ilustra as zonas de certeza (positiva e negativa) acima mencionadas.

No julgamento da ADI 551/RJ¹³², no STF, discutia-se sobre valores de multas pelo não recolhimento e sonegação de tributos estaduais, para saber se tais valores teriam efeito confiscatório, em ofensa ao art. 150, IV, da Constituição Federal¹³³.

No referido julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence citou uma curiosa passagem do Ministro Aliomar Baleeiro¹³⁴, que, ao discutir sobre o que seria “segurança nacional”, afirmou que não podia precisar o que sentido deste termo aberto, mas certamente sabia o que não era: batom de mulher ou, o que estava em discussão, locação comercial.

Tal passagem ilustra exatamente a zona de certeza negativa dos conceitos jurídicos indeterminados: ainda que não se possa precisar o conteúdo semântico, é possível saber que certas situações não se inserem na noção do conceito vago.

Em seguida, o Ministro Sepúlveda Pertence, seguindo a lição de Aliomar Baleeiro, se manifestou nos seguintes termos: “Também não sei a que altura um tributo ou uma multa se torna confiscatório; mas uma multa de duas vezes o valor do tributo, por mero retardamento de sua satisfação, ou de cinco vezes, em caso de sonegação, certamente sei que é confiscatório e desproporcional”¹³⁵.

Trata-se aí da zona de certeza positiva dos conceitos jurídicos indeterminados: não obstante a imprecisão semântica do termo, sabe-se que algumas situações extremas certamente se inserem no conteúdo semântico do termo aberto.

especial, recurso extraordinário e ação rescisória. Ob. cit., p. 154-155).

¹³² ADI 551/RJ, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01 PP-00039.

¹³³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] IV - utilizar tributo com efeito de confisco”.

¹³⁴ Assim relatou o Min. Sepúlveda Pertence em seu voto: “Recorda-me, no caso, o célebre acórdão do Ministro Aliomar Baleeiro, o primeiro no qual o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de um decreto-lei, por não se compreender no âmbito da segurança nacional. Dizia o notável Juiz desta Corte que ele não sabia o que era segurança nacional; certamente sabia o que não era: assim, batom de mulher ou, o que era o caso, locação comercial”.

¹³⁵ ADI 551/RJ, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01 PP-00039.

Por fim, vale registrar uma característica comumente indicada dos conceitos jurídicos indeterminados, qual seja, a previsão no texto do respectivo consequente normativo.

É como explica Barbosa Moreira: “uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada”¹³⁶.

Portanto, o conceito jurídico indeterminado integra o pressuposto normativo (antecedente), cujo consequente (mandamento ou preceito) já se encontra preestabelecido no texto¹³⁷.

Delineadas tais considerações sobre as características dos conceitos jurídicos indeterminados, pode-se concluir que estes textos normativos têm como traços marcantes a vagueza semântica, que impossibilita uma precisão do seu conteúdo normativo, sendo tal imprecisão situada no pressuposto normativo, por encontrar-se preestabelecido no texto o respectivo consequente.

2.4. Cláusulas gerais

2.4.1. Origens das cláusulas gerais

Encontra-se no direito alemão o marco histórico da utilização de cláusulas gerais. Na Alemanha do final da segunda década do século passado, imperava o caos econômico advindo com a Primeira Guerra Mundial. Esse contexto econômico

¹³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1979, p. 16. No mesmo sentido assinala Nelson Nery Jr., ao afirmar que, nos conceitos legais indeterminados, “a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160). Discorda-se dos autores no ponto em que afirmam não existir atividade criadora na aplicação dos conceitos indeterminados. É que, diante da vagueza semântica característica desses conceitos, a atividade de concretização normativa implica uma necessária dose de criação judicial, pois a interpretação não se limita a uma aplicação mecânica do texto normativo, mas exerce uma função criativa na definição concreta do sentido daquele conceito indeterminado.

¹³⁷ Há, porém, quem sustente a possibilidade de previsão de conceito jurídico indeterminado no consequente normativo. Nesse sentido: ENGISCH, Karl. Ob. cit., p. 174; COSTA, Regina Helena. Ob. cit., p. 42. Tal discussão é abordada no item 2.5 deste trabalho.

foi marcado por uma hiperinflação descontrolada, caracterizada por uma imensa desvalorização monetária.¹³⁸

Tal situação atingiu os contratos vigentes à época, pois os preços contratualmente fixados se tornaram defasados, em manifesto prejuízo aos credores desses contratos. Esse desequilíbrio foi levado ao Judiciário, a fim de que fosse revisado o negócio jurídico cujo valor se mostrou defasado.

Assim, o Judiciário alemão foi provocado para solucionar o desequilíbrio contratual proporcionado pela inflação decorrente da forte crise econômica do pós-guerra. A resposta jurisdicional se deu mediante a utilização de três parágrafos do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Trata-se dos parágrafos 138, 242 e 826 do BGB, posteriormente conhecidos como “the famous three”, cuja característica central reside na explícita autorização para utilização de ideias morais, como boa-fé e bons costumes, com as quais o juiz assume um papel de liderança no manejo desses instrumentos¹³⁹.

A jurisprudência alemã, dessa forma, se utilizou dos textos normativos abertos, cujos termos indeterminados permitiram a construção de normas jurídicas adequadas à realidade socioeconômica da época.

Nesse sentido informa Franz Wieacker:

A jurisprudência civilista alemã mostrou-se suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à obediência inteligente do juiz quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou, com uma calma e reflectida ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social.¹⁴⁰

Como explica Judith Martins-Costa¹⁴¹, esse papel pioneiro na utilização das cláusulas gerais, assumido pela jurisprudência alemã, encontra explicação histórica

¹³⁸ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, n. 50, abr/jun/2004, p. 10-12.

¹³⁹ DAWSON, John P. The general clauses, viewed by a distance. *Rabels Zeitschrift*, Tübingen, ano 41, 3º caderno, 1977, p. 442. No mesmo sentido é o relato de Judith Martins-Costa ao afirmar que “a utilização da cláusula geral da boa-fé mostrou-se particularmente frutífera na jurisprudência alemã do pós-guerra” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 292).

¹⁴⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 546.

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 291.

concernente ao próprio processo de formação do estado alemão. É que, naquele país, a formação do Estado de Direito revelou um apego mais tênue à ideia de separação de poderes, diferentemente do ocorrido na França, e seguido no Brasil, onde prevaleceu o princípio da separação dos poderes em estrita conexão com a ideologia positivista, resultando na tradição do formalismo legalista.

Assim é que, na Alemanha, a base cultural da comunidade jurídica permitiu que a lei fosse vista não como um limite à criação do direito, mas como ponto de partida para a criação e desenvolvimento do direito, permitindo aos juízes alemães o uso de ideias éticas, como boa-fé e bons costumes¹⁴².

Por isso se afirma que a origem das cláusulas gerais está no direito alemão, notadamente no BGB. Essa afirmação não deve ser considerada de forma literal, pois o *Code Napoléon* já continha cláusulas gerais, mas deve ser entendida no sentido de que a sua efetiva utilização se deu pioneiramente no direito alemão¹⁴³.

A partir da experiência alemã, percebe-se que não mais se admite a pretensão legislativa de previsão de todas as situações jurídicas possíveis, mediante a positivação de tipos legais detalhados que esmiúçam ao extremo as circunstâncias da hipótese normativa, com suas respectivas consequências jurídicas. Não há mais espaço, no direito contemporâneo, para o “código total”¹⁴⁴.

O legislador atual, ciente de suas limitações, utiliza-se de textos normativos abertos, deliberadamente vagos, a fim de permitir que o aplicador ou concretizador do direito atue ativamente na construção do ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, assevera Franz Wieacker¹⁴⁵ que, por meio das cláusulas gerais, o legislador se afastou da tormentosa escolha entre uma abstração empobrecedora e uma casuística acanhada, para estabelecer linhas de orientação que vinculam e, ao mesmo tempo, dão liberdade ao juiz. Assim, conforme o citado

¹⁴² Ibidem, p. 291-292.

¹⁴³ Nesse sentido ensina Judith Martins-Costa: “Esta circunstância permite a afirmação segundo a qual ‘as cláusulas gerais nasceram no BGB’. Embora, do ponto de vista histórico, essa assertiva não se confirme, haja vista que o *Code Napoléon* as contenha, o certo é que a sua utilização enquanto tal e bem assim a teorização acerca do tema se dará pioneiramente na Alemanha” (Ibidem, p. 291).

¹⁴⁴ Para Judith Martins-Costa, código total seria “aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único corpus legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura” (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código civil brasileiro, *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. de 1998, p. 6).

¹⁴⁵ WIEACKER, Franz. Ob. cit., p. 545.

autor, “as cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes”¹⁴⁶.

No direito brasileiro, a origem das cláusulas gerais remonta ao Código Comercial de 1850, cujo art. 131 já utilizava linguagem vaga a fim de estabelecer critérios para interpretação de cláusulas contratuais. Nesse sentido, reconhece Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁴⁷ que tal dispositivo já continha previsão da cláusula geral da boa fé, apesar de não ter ocorrido sua efetiva aplicação enquanto cláusula geral.

As cláusulas gerais ganharam destaque no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código Civil¹⁴⁸ em 2002. Tal diploma normativo positivou a cláusula geral da função social do contrato, prevista no art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Consagrou também a cláusula geral da boa-fé objetiva, positivada no art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Daí se percebe que o direito brasileiro passou a adotar textos normativos abertos, fundando-se na ideia de um sistema jurídico aberto, capaz de se adaptar ao dinamismo das relações sociais¹⁴⁹.

2.4.2. Características das cláusulas gerais

Revela-se difícil tarefa a conceituação das cláusulas gerais, a ponto de a doutrina chegar a afirmar que seu “conceito é multissignificativo, cuja dogmatização é considerada inviável”¹⁵⁰. Em que pese tal dificuldade conceitual, passa-se a

¹⁴⁶ WIEACKER, Franz. Ob. cit., p. 545-546.

¹⁴⁷ O autor reconhece que o Código Comercial de 1850 já continha a cláusula geral da boa-fé, mas esta não teve efetividade, pois o art. 131, n.1, “permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, pp. 20 a 27, abr./jun. 1995).

¹⁴⁸ Sobre o Código Civil como modelo de codificação aberto, Martins-Costa explica: “O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos” (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código civil brasileiro, *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. de 1998, p. 6).

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de informação legislativa*, v.28, nº 112, p. 13-32, out./dez. de 1991, p. 18-19.

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 273.

abordar as características das cláusulas gerais a fim de alcançar uma adequada compreensão do tema.

Na doutrina brasileira, Judith Martins-Costa ofereceu notável contribuição no desenvolvimento do tema. A autora inicia o estudo das cláusulas gerais apresentando-as como possíveis mecanismos de que a ordem jurídica dispõe para que o sistema seja devidamente flexibilizado e possa continuamente ajustar-se às novas realidades, às novas ideias, em busca da efetivação de um direito justo.¹⁵¹

Assim, a cláusula geral se destaca como um texto normativo com linguagem fluida e vaga, que lhe confere amplo conteúdo semântico. Tal abertura ou vagueza tem por finalidade conferir ao julgador a possibilidade de criar e desenvolver a norma jurídica à vista dos casos concretos.

O primeiro critério adotado para caracterização das cláusulas gerais se refere à sua contraposição à técnica da casuística, conforme amplamente divulgado por Karl Engisch. Nesse sentido, o conceito de cláusula geral se contrapõe à elaboração casuística das hipóteses legais, cuja configuração circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria¹⁵².

No entanto, como observa Judith Martins-Costa¹⁵³, essa forma de abordar a questão se revela útil para uma primeira aproximação ao tema, mas se mostra equivocada no ponto em que coloca as cláusulas gerais como gênero oposto à casuística. Isso porque o que se contrapõe à casuística é a técnica de legislar mediante textos vagos ou abertos, gênero do qual são espécies as cláusulas gerais.

De todo modo, é preciso sublinhar que as cláusulas gerais fogem à técnica legislativa tradicional de definição pormenorizada do pressuposto normativo e fixação dos respectivos efeitos jurídicos. As cláusulas gerais, ao revés, são dotadas de grande abertura semântica que não pretende a delimitação prévia das consequências jurídicas. Na verdade, tais consequências são construídas conforme o caso concreto, sendo as respostas formadas progressivamente pela jurisprudência.

Daí se conclui que uma importante característica da cláusula geral se refere à sua vagueza semântica, que corresponde à imprecisão do significado mediante o

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de informação legislativa*, v.28, nº 112, p. 13-32, out./dez. de 1991, p. 19.

¹⁵² ENGISCH, Karl. Ob. cit., p. 188.

¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 303

emprego de termos vagos. Com isso, as cláusulas gerais abrangem diversas situações denominadas “casos-limite”¹⁵⁴, nas quais não é possível afirmar se se realiza ou não o modelo prescrito no enunciado.

Nessa perspectiva, Judith Martins-Costa assim assevera:

Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.¹⁵⁵

Dessa lição se extrai que as cláusulas gerais apresentam duas características marcantes: primeiramente, a formulação da hipótese legal mediante utilização de termos vagos e abertos; em segundo lugar, não pretendem apresentar uma prévia solução jurídica, pois as respostas são construídas concretamente pela jurisprudência¹⁵⁶.

A partir da concepção de Martins-Costa, Fredie Didier Jr. se propõe a definir cláusula geral como “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado”¹⁵⁷, havendo, pois, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa¹⁵⁸.

Como consequência desses traços característicos, as cláusulas gerais permitem que a mesma previsão normativa abranja uma ampla variedade de casos. Com base nisso, Karl Engisch entende a cláusula geral como “uma formulação da

¹⁵⁴ Martins-Costa apresenta um exemplo que ilustra a definição de caso-limite. A autora cita que um grão de trigo não pode ser considerado um monte de trigo, assim como se for acrescido àquele outro grão, e mais outro. Mas, se forem acrescidos sucessivamente grãos e mais grãos, se chegará a uma quantidade que caracteriza um monte de trigo. Não há, porém, um momento preciso ou uma quantidade exata que diferencia o monte do não-monte de trigo. Há uma fase de transição, uma “zona de penumbra”, constituída por casos-limite, ou seja, situações nas quais há incerteza de significado se o caso configura ou não a hipótese do enunciado (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 307-308).

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção*. Ob. cit., p. 8.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção*. Ob. cit., p. 8.

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, p. 69-83, jan. 2010, p. 70.

¹⁵⁸ Todavia, como se verá adiante, é possível, excepcionalmente, que a indeterminação da cláusula geral esteja presente apenas no conseqüente normativo, havendo uma hipótese fática determinada.

hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”¹⁵⁹.

Traçados tais elementos caracterizadores das cláusulas gerais, essencial ponderar que essa delimitação não é unânime na doutrina.

A característica de indeterminação dos efeitos jurídicos, apresentada por Martins-Costa, não é vista, por parcela da doutrina, como indispensável à configuração da cláusula geral.

Adotando essa concepção divergente, Claudia Lima Marques¹⁶⁰ compreende que a indeterminação dos efeitos jurídicos não pode ser considerada elemento essencial para configuração das cláusulas gerais, já que estas podem ser também tipos normativos abertos com consequência jurídica determinada.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques afirma que “se a previsão da consequência jurídica serve para determinar o conceito indeterminado, sua presença em uma norma não tem o condão de excluir a possibilidade de esta ser também uma cláusula geral”¹⁶¹.

Daí por que, para a autora, uma norma pode ser uma cláusula geral em sua hipótese legal, e ao mesmo tempo ser um conceito indeterminado por trazer uma solução (aberta ou fechada). Em conclusão, Cláudia Lima Marques¹⁶² afirma que não importa a indicação de uma consequência para configuração da cláusula geral, pois o que se revela essencial é a sua autorização para a função concretizadora e criadora dos juízes.

Diante dessa conclusão, Claudia Lima Marques parece sugerir que o elemento caracterizador da cláusula geral seria apenas sua aptidão para permitir uma atividade judicial criadora e concretizadora. Não parece, entretanto, que tal característica seja suficiente para configurar uma cláusula geral. Isso porque os conceitos indeterminados apresentam vagueza semântica que também permite uma atividade judicial “criadora e concretizadora”, de modo que tal traço característico não é capaz de diferenciá-los das cláusulas gerais.

¹⁵⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 188-189.

¹⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 42, jul.-set. 2010, p. 229-231.

¹⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. Ob. cit., p. 230.

¹⁶² MARQUES, Claudia Lima. Ob. cit., p. 232.

Por tais razões, segue-se Martins-Costa no sentido de reconhecer que a indeterminação do conseqüente normativo é traço característico das cláusulas gerais.

2.5. A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Apresentadas as origens e as características principais dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, revela-se necessário estabelecer a relação entre eles, a fim de estabelecer os pontos de convergência e os traços diferenciadores desses tipos de texto normativo.

Nesse aspecto, evidencia-se que os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais consubstanciam textos normativos abertos e vagos, o que revela a íntima relação desses elementos, dificultando a formulação de uma distinção conceitual¹⁶³.

Por essa razão, Karl Engisch¹⁶⁴ defende que as cláusulas gerais não possuem qualquer estrutura própria do ponto de vista metodológico, pois não exigem processos de pensamento diferentes daqueles exigidos pelos conceitos indeterminados.

Para Engisch¹⁶⁵, os conceitos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Mas isso não faz com que todo conceito indeterminado já constitua uma cláusula geral, pois esta apresenta uma certa generalidade que àqueles outros conceitos frequentemente falta. Por isso, o autor compreende que a diferença não seria de espécie ou natureza, mas de grau, pois as cláusulas gerais aumentam a distância que separa os conceitos indeterminados dos determinados. Assim, Engisch¹⁶⁶ defende que o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa, cuja generalidade possibilita a sujeição de um mais vasto grupo de situações.

¹⁶³ Reconhecendo a dificuldade da distinção, Martins-Costa afirma que “tanto como nas cláusulas gerais, nos conceitos jurídicos indeterminados também se poderá ver, como traços característicos, alto grau de vagueza semântica e o reenvio a *standards* valorativos extra-sistemáticos” (Ob. cit., p. 325).

¹⁶⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 192-193.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 173.

¹⁶⁶ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Ob. cit., p. 193.

Coube a Judith Martins-Costa a formulação teórica capaz de diferenciar tais tipos de textos normativos abertos. Primeiramente, observa a autora que os conceitos indeterminados podem se referir tanto a realidades fáticas como a valores.

Assim, os conceitos referentes a realidades fáticas podem ter seu significado precisado com base nas regras de experiência, não ocorrendo o reenvio aos valores metajurídicos que caracterizam as cláusulas gerais¹⁶⁷. Já os conceitos indeterminados referentes a valores possuem fundamental conteúdo axiológico, aproximando-os das cláusulas gerais. Assim, a distinção se dá fundamentalmente no plano funcional¹⁶⁸.

Essa diferenciação funcional se revela na percepção de que os conceitos indeterminados integram a hipótese fática para aplicação do direito, cabendo ao aplicador a fixação da premissa, cujos efeitos jurídicos já estão previstos no texto normativo. É o que explica Judith Martins-Costa:

Ocorre que os conceitos formados por termos indeterminados integram, sempre, a descrição do 'fato' em exame com vistas à aplicação do direito. Embora permitam, por sua vagueza semântica, abertura às mudanças de valorações (inclusive as valorações semânticas) – devendo, por isso, o aplicador do direito averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções éticas efetivamente vigentes, de modo a determina-los in concreto de forma apta –, a verdade é que, por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa.¹⁶⁹

Humberto Ávila também reconhece tal distinção, ao considerar que “as cláusulas gerais são as normas cuja hipótese normativa é vaga e a consequência, indeterminada”¹⁷⁰, ao passo que “os conceitos jurídicos indeterminados estão presentes naquelas normas cujo pressuposto é vago, embora a consequência seja direta”¹⁷¹.

Judith Martins-Costa apresenta um exemplo advindo do direito privado para esclarecer a distinção. Tomando-se em comparação o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor e o art. 422 do Código Civil, percebe-se que ambos os textos legais se referem à “boa-fé”, que constitui uma expressão vaga e aberta.

¹⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 325.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 326.

¹⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 326.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. Ob. cit., p. 449.

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. Ob. cit., p. 449.

Contudo, tais textos normativos se diferenciam na medida em que o art. 51, IV, do CDC já prevê o respectivo consequente normativo, qual seja, a nulidade da cláusula. Nesse caso, caberá ao juiz a valoração quanto ao sentido de boa-fé para, após realizar um juízo valorativo sobre a existência de obrigação incompatível com a boa-fé, determinar a nulidade da respectiva cláusula contratual, em aplicação do consequente jurídico já previsto no texto normativo. Por essa razão, sobre tal texto normativo, Martins-Costa explica que “a solução não é, pois, criada pelo juiz, já estando pré-configurada na lei: o que ocorre é, tão-somente, um preenchimento do significado do conceito de ‘boa-fé’ pelo julgador”¹⁷².

Por sua vez, o art. 422 do CC determina que deverá ser observada a boa-fé tanto na conclusão do contrato como em sua execução. Trata-se de verdadeira cláusula geral¹⁷³. Primeiramente, percebe-se que o texto legal apresenta a hipótese normativa aberta e vaga, deixando de relacionar quais os casos configuram ofensa à boa-fé, assim como ocorre no conceito jurídico indeterminado. No entanto, tal texto normativo se apresenta indeterminado não apenas em sua hipótese normativa, mas também no respectivo consequente normativo, já que não há previsão legal dos efeitos jurídicos decorrentes da ofensa à boa-fé. Com isso, confere-se ao julgador amplos poderes para, à luz do caso concreto, determinar as consequências jurídicas que entender cabíveis.

A partir das lições e dos exemplos acima, a distinção entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado pode ser resumida na afirmação de que, na primeira, há uma indeterminação da hipótese fática (antecedente) e do consequente jurídico (efeitos), ao passo que, no segundo, a vagueza reside apenas na hipótese fática, estando as consequências jurídicas previamente fixadas no texto normativo.

Tanto as cláusulas gerais como os conceitos indeterminados representam técnica legislativa que se utiliza, propositalmente, de uma vagueza semântica capaz de proporcionar mobilidade e plasticidade ao sistema jurídico, de forma a conferir caráter criador e concretizador à realização do direito.

Por isso, segue-se neste trabalho a concepção de Judith Martins-Costa, no sentido da diferenciação de cláusula geral e conceito jurídico indeterminado pela presença ou ausência de um consequente normativo preestabelecido.

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 327-328.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 328.

Todavia, tal formulação não é suficiente para diferenciar completamente os conceitos indeterminados das cláusulas gerais. Realmente, é inequívoco que a indeterminação contida na hipótese fática (antecedente normativo), acompanhada de um consequente normativo determinado, indica a existência de um conceito jurídico indeterminado. Por outro lado, é certo que o texto que se apresenta indeterminado em ambos os extremos da estrutura normativa (antecedente e consequente) constitui uma cláusula geral.

Mas fica a pergunta: o texto normativo caracterizado por uma hipótese fática determinada e por um consequente normativo indeterminado constitui conceito jurídico indeterminado ou cláusula geral?

Há corrente que defende tratar-se de conceito indeterminado. Nesse sentido reconhece Karl Engisch ao afirmar que “os conceitos indeterminados podem aparecer nas normas jurídicas não só na chamada ‘hipótese’ como ainda na ‘estatuição’”¹⁷⁴. Engisch cita, como exemplo de conceito indeterminado encontrado na estatuição, o § 231 do Código de Processo Penal alemão: “o juiz-presidente pode tomar, relativamente ao acusado que compareceu em juízo, as medidas apropriadas a evitar que ele se afaste para longe”. Na doutrina brasileira, Regina Helena Costa¹⁷⁵ também admite a possibilidade de utilização de conceitos indeterminados no consequente normativo, embora reconheça a raridade dessa formulação.

De outra banda, há quem sustente que se está diante de cláusula geral. Nessa linha defende Alexandre José Gois Lima de Victor¹⁷⁶ quando afirma que um texto normativo composto por antecedentes dotados por termos determinados e consequentes não eleitos corresponde a uma cláusula geral.

Parece superior a segunda corrente. Isso porque a ausência de determinação do consequente normativo revela característica marcante das cláusulas gerais, concernente à possibilidade de construção, pelo julgador, da solução jurídica adequada para o caso.

Dois exemplos demonstram a superioridade deste último entendimento, pois revelam cláusulas gerais que, embora possuam uma hipótese fática definida, deixa-se de estabelecer o respectivo consequente jurídico. É o que se observa no art.

¹⁷⁴ ENGISCH, Karl. Ob. cit., p. 174.

¹⁷⁵ COSTA, Regina Helena. Ob. cit., p. 42.

¹⁷⁶ VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. Ob. cit., p. 47.

1.109 do CPC, assim redigido: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”.

Trata-se da cláusula geral da adequação do processo e da decisão no âmbito da jurisdição voluntária¹⁷⁷. Na sua formulação, a indeterminação não se encontra na hipótese fática, mas sim no consequente normativo, pelo qual se confere ao juiz a possibilidade de adotar a solução mais conveniente ou oportuna.

Outro exemplo de cláusula geral com o antecedente normativo definido é o art. 461, §5º, do CPC:

Art. 461. [...] § 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Também no dispositivo acima, a hipótese fática apresenta termos determinados, ficando no consequente normativo a utilização dos termos abertos “medidas necessárias”. Tem-se aí a cláusula geral executiva¹⁷⁸, pela qual, ao lado das ferramentas já eleitas pelo legislador, confere-se ao juiz um poder geral de efetivação.

Daí se conclui que: i) em regra, a cláusula geral apresenta uma dupla indeterminação – no antecedente e no consequente normativo –, excepcionadas as cláusulas gerais que apresentam indeterminação apenas no consequente normativo, a exemplo dos arts. 1.109 e 461, § 5º, do CPC; ii) a vagueza semântica dos conceitos jurídicos indeterminados sempre se situa na hipótese fática, por ser consequente jurídico já fixado no texto.

Em que pese tal diferenciação, reconhece-se que as cláusulas gerais são comumente formadas por conceitos indeterminados¹⁷⁹. É que a indeterminação das

¹⁷⁷ Assim entende Alexandre José Gois Lima de Victor (Ob. cit., p. 74).

¹⁷⁸ Sobre o art. 461, § 5, do CPC enquanto cláusula geral, confira-se: VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. Ob. cit., p. 89-119.

¹⁷⁹ Nesse sentido reconhece Teresa Wambier quando afirma que os conceitos jurídicos indeterminados aparecem na formulação de cláusulas gerais (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. Ob. cit., p. 151). Essa também parece ser a compreensão de Judith Martins-Costa, ao reconhecer que a cláusula geral contém, em regra, termos indeterminados (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 326). De

cláusulas gerais se alcança pela utilização de conceitos indeterminados. Cite-se, como exemplo, a cláusula geral da função social do contrato. Trata-se inequivocamente de cláusula geral, na medida em que há uma indeterminação na hipótese legal, bem como não se determina o respectivo consequente normativo. Não se pode negar, porém, que a expressão “função social”, utilizada no texto normativo, constitui um conceito indeterminado, com a vagueza semântica que lhe é característica.

A partir dessas notas comparativas, demonstra-se que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados constituem uma técnica legislativa marcada por uma vagueza semântica proposital, com a finalidade de conferir, ao aplicador do direito, a possibilidade de adaptar o texto normativo à realidade concreta, conferindo mobilidade ao sistema jurídico.

2.6. A posição das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados no fenômeno normativo: sua relação com regras e princípios

Apresentadas as considerações acima acerca dos elementos que caracterizam as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, cumpre situar tais institutos no plano normativo.

Já se viu que o texto normativo constitui o conjunto de termos presentes na disposição legal, a partir do qual, mediante um processo interpretativo, se (re)constrói a norma jurídica. Esta é o resultado da interpretação do texto normativo. Texto e norma, portanto, não se confundem.

Apreendida tal diferenciação, necessário se faz compreender em que categoria se inserem as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados: trata-se de espécies de texto normativo ou de norma jurídica?

A doutrina que aborda o tema não faz essa distinção, enquadrando as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados ora como técnica legislativa, ora como norma jurídica.¹⁸⁰

modo semelhante, Alexandre José Gois Lima de Victor afirma que “o conceito jurídico indeterminado, normalmente, é elemento integrante da cláusula geral” (Ob. cit., p. 46).

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 286.

Na verdade, percebe-se que a doutrina que tratou do tema não adotou como pressuposto teórico a distinção entre texto e norma, limitando-se a uma tentativa de diferenciação entre as cláusulas gerais e os princípios jurídicos.

Tal se verifica nas lições de Judith Martins-Costa, que se propôs a diferenciar as cláusulas gerais dos princípios jurídicos, manifestando-se nos seguintes termos:

Na verdade a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime [...] Aí, sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral.¹⁸¹

Extraí-se claramente do trecho acima a ausência de distinção entre texto e norma pela autora, sendo colocados no mesmo plano as cláusulas gerais e os princípios, ambos como normas jurídicas.

Prossegue a autora, na sua proposta de distinção, afirmando que não se admite cláusula geral inexpressa (implícita), pois, tratando-se de técnica legislativa, não pode haver implicitude: ou estão formuladas na lei ou não estão. Já os princípios podem ser expressos e inexpressos, o que afasta a possibilidade de equiparação às cláusulas gerais¹⁸².

Daí se percebe que a civilista, apesar de explicar corretamente a impossibilidade de cláusula geral implícita, por se tratar de técnica legislativa, não se baseia na distinção entre texto e norma, uma vez que, à época, tal distinção ainda não havia sido bem apreendida pela doutrina brasileira.

Por isso se faz necessário um aprimoramento da lição, adequando-a ao pressuposto teórico que distingue texto e norma. Nessa perspectiva, compreende-se que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados constituem espécies de textos normativos, ao passo que as regras e os princípios jurídicos correspondem a espécies de normas jurídicas.

Desse modo, a partir dos textos normativos se extraem/constroem as normas jurídicas, que podem, por sua vez, constituir regras ou princípios. A norma jurídica, portanto, é gênero do qual são espécies regras e princípios.

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 323.

¹⁸² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 323.

Sobre a distinção entre regras e princípios, a produção doutrinária é bastante extensa e rica, fugindo às pretensões deste trabalho uma abordagem exaustiva do tema. Convém examinar, então, as principais teorias que tratam da questão¹⁸³.

Conforme conhecida formulação de Ronald Dworkin¹⁸⁴, as regras são normas que estabelecem consequências jurídicas a serem aplicadas diante da ocorrência dos requisitos nelas estabelecidos. Assim, a aplicação das regras se opera no modelo “tudo-ou-nada”¹⁸⁵, ou seja, havendo o enquadramento do fato à hipótese legal da regra, deve ser aplicada a resposta nela prevista.

Já os princípios, ainda na concepção de Dworkin, operam na dimensão do peso (ou importância), de modo que, havendo colisão entre dois ou mais princípios válidos, esse conflito é solucionado levando-se em consideração o peso relativo a cada princípio envolvido. Isso não ocorre com as regras, que suscitam problemas de validade, de forma que, havendo conflito, uma delas não será válida e, portanto, terá sua aplicação excluída, conforme os critérios de solução de antinomias estabelecidos no ordenamento jurídico¹⁸⁶.

Partindo das lições de Dworkin, Robert Alexy defende que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹⁸⁷. Daí por que os princípios constituem, nessa visão, mandamentos de otimização, pois caracterizam-se pela possibilidade de satisfação em graus variados. As regras, por seu turno, constituem normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Isso significa que, sendo uma regra válida, deve ser feito exatamente aquilo que ela exige. As regras contêm, então, determinação dentro daquilo que é fática e juridicamente possível.¹⁸⁸

¹⁸³ A abordagem aqui desenvolvida restringe-se estritamente aos critérios de distinção entre princípios e regras, não se ingressando nos demais aspectos teorizados por Ronald Dworkin, Robert Alexy, Humberto Ávila e Marcelo Neves.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-46.

¹⁸⁵ Assim argumenta Dworkin: “As regras são aplicáveis à maneira do 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” (DWORKIN, Ronald. Ob. cit., p. 39).

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. Ob. cit., p. 42-43.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. Ob. cit. p. 90.

Alexy¹⁸⁹ acrescenta que a distinção entre princípios e regras se dá pela forma de solução do conflito entre tais normas. O conflito entre regras se resolve de uma entre duas formas: ou insere-se uma cláusula de exceção em uma das regras ou declara-se a invalidade de uma das regras. Já as colisões entre princípios são solucionadas de forma bastante diversa. Quando dois princípios colidem, um deles deve ceder sem que seja declarado inválido ou que nele se introduza uma cláusula de exceção. Há, na verdade, precedência de um princípio em face de outro, sob determinadas condições: o princípio com maior peso tem precedência. Portanto, conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que colisões entre princípios ocorrem, para além da dimensão da validade, na dimensão do peso.

Robert Alexy¹⁹⁰ sustenta, ainda, que a distinção entre princípios e regras passa pela circunstância de que os primeiros não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Isso significa que os princípios são razões aceitas em um primeiro momento e posteriormente verificadas, pois podem ser afastadas por razões antagônicas. Por isso, eles não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. Diferentemente, as regras têm uma determinação da extensão de seu conteúdo dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, pois exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam.

As teorias de Dworkin e Alexy, cada uma a seu modo, contribuíram profundamente na compreensão de princípios e regras, mas não representam critérios absolutos de distinção entre tais espécies normativas. Não é absolutamente correta a ideia de que as regras se aplicam segundo o modelo tudo-ou-nada (Dworkin) ou são sempre satisfeitas ou não satisfeitas (Alexy), aplicando-se a dimensão da validade e não do peso. Na verdade, é possível que esse caráter absoluto da regra seja modificado depois da análise das circunstâncias do caso, tendo em vista outras razões contrárias que venham a se sobrepor em determinados casos¹⁹¹. Nesse sentido, Ávila cita o exemplo da regra penal (art. 224, CP) que, ao prever o crime de estupro, estabelecia uma presunção absoluta de violência no caso de a vítima ser menor de 14 anos, não sendo prevista qualquer exceção. Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos,

¹⁸⁹ Ibidem, p. 92-94.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 104.

¹⁹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Ob. cit., p. 36.

considerou circunstâncias particulares não previstas na regra, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, para afastar a incidência daquela regra penal.

Essa crítica demonstra que aplicação ao modo tudo-ou-nada (satisfeita ou não satisfeita) das regras somente pode ser aceita ao final do processo interpretativo, ou seja, “quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas”¹⁹². Semelhante observação é feita por Marcelo Neves quando afirma que as regras somente se aplicam nos termos do tudo-ou-nada “no final do processo concretizador, quando já foram consideradas (ou excluídas) todas as (possíveis) exceções relevantes para a solução do caso, possibilitando-se a subsunção deste àquela mediante a norma de decisão”¹⁹³.

Nesse ponto, a teoria de Alexy se mostra mais sofisticada que a de Dworkin por considerar que as regras podem perder seu caráter definitivo para a decisão do caso, diante da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção, o que pode ocorrer, inclusive, em virtude de um princípio. Para Alexy¹⁹⁴, então, as cláusulas de exceção não são nem mesmo teoricamente enumeráveis, pois é sempre possível que, diante de um novo caso, seja necessária a introdução de uma nova exceção.

É de se notar, além disso, que a dimensão de validade não é exclusiva das regras, pois é possível suscitar a invalidade de princípios. Esta crítica, aliás, levou Alexy a reconhecer que “também no caso dos princípios é possível que a questão da validade seja postulada”¹⁹⁵, para, com isso, aperfeiçoar sua teoria afirmando que o conceito de colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes. Robert Alexy, então, sustenta que a dimensão da validade se insere no âmbito do que deve ser incluído ou excluído do ordenamento jurídico, ao passo que as colisões entre princípios ocorrem sempre no interior do ordenamento jurídico. Daí a conclusão do teórico alemão de que “a referência à possibilidade de se classificar

¹⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Ob. cit., p. 39.

¹⁹³ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 61.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 104.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 110. Alexy cita como exemplo de invalidade de princípios o eventual princípio da segregação racial, que seria inválido no âmbito do direito constitucional alemão (e, igualmente, no direito constitucional brasileiro).

princípios como inválidos não atinge o teorema da colisão, apenas torna mais claro um de seus pressupostos¹⁹⁶.

Também é inadequada a afirmação de que a ponderação e a dimensão de peso seriam exclusivas da aplicação de princípios. É possível, em alguns casos, que regras entrem em conflito sem que percam sua validade, resolvendo-se o conflito a partir da atribuição de maior peso a uma delas¹⁹⁷.

Feitas tais ressalvas às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, não se pode negar a contribuição destas na compreensão e diferenciação de princípios e regras, tendo em vista que, mesmo que não produzam critérios distintivos absolutos, as lições daqueles autores servem para diferenciar tais espécies normativas em grande parte dos casos.

Merece destaque, na doutrina brasileira, a concepção de Humberto Ávila, que propõe a diferenciação entre regras e princípios com base em três critérios. Quanto à natureza do comportamento prescrito¹⁹⁸, o autor afirma que as regras são normas imediatamente descritivas, pois descrevem a conduta a ser adotada (estabelecem obrigações, permissões e proibições), ao passo que os princípios são normas imediatamente finalísticas, mediante a determinação de um fim juridicamente relevante. Assim, os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido.

O segundo critério indicado por Ávila¹⁹⁹ se refere à natureza da justificação exigida. Segundo o jurista, a aplicação das regras exige “uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte”. Já a aplicação dos princípios exige “uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária”.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 110.

¹⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Ob. cit., p. 44. Como exemplo de colisão entre regras, Humberto Ávila cita a regra proibitiva de concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º, Lei nº 9.494/1997), à qual pode ser acrescida a regra que veda a concessão de tutela antecipada irreversível (art. 273, § 2º, CPC), o que proibiria a concessão de medida liminar para fornecimento de medicamento. Tal regra proibitiva colide com outra regra que impõe ao Poder Público o dever de fornecimento de remédios aos que deles necessitem para viver. Embora tais regras instituíam comportamentos contraditórios, não se tem aí um conflito de validade, tampouco de abertura de exceção a uma delas. Resolve-se tal conflito normativo pela atribuição de um maior peso a uma das duas regras.

¹⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Ob. cit., p. 63-65.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 65-68.

Por fim, o terceiro critério apontado por Ávila²⁰⁰ diz respeito à medida de contribuição para a decisão. Nesse aspecto, as regras são preliminarmente decisivas (objetivam gerar uma solução específica para o conflito) e abarcantes (buscam abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão). Diferentemente, os princípios são primariamente complementares (não objetivam oferecer uma solução específica, mas pretendem contribuir para a tomada de decisão ao lado de outras razões) e preliminarmente parciais (abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para a tomada de decisão).

Outra teoria que se destaca na doutrina brasileira corresponde à formulação de Marcelo Neves. Para este autor, os princípios são razões ou critérios *prima facie*, ao passo que as regras são razões ou critérios definitivos para que se decidam questões jurídicas²⁰¹. Nessa linha, Neves²⁰² defende que os princípios não podem ser razões diretas de decisões concretas, pois a solução do caso exige a atribuição de uma regra, seja ela atribuída diretamente a texto produzido pelo processo legislativo, seja ela atribuída indiretamente a um texto normativo mediante a construção jurisprudencial. Afirmar Neves²⁰³, então, que os princípios são razões mediatas de decisões, pois entre aqueles e estas deve haver uma regra.

Daí decorre a afirmação de Neves²⁰⁴ no sentido de que os princípios são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Estas, por sua vez, configuram razões imediatas para normas de decisão e, com isso, apresentam-se como condições da aplicação dos princípios à solução dos casos. Tem-se aí uma relação circular entre princípios e regras, caracterizada por uma implicação recíproca entre tais espécies normativas²⁰⁵.

Diante disso, na concepção de Marcelo Neves²⁰⁶, as regras e os princípios são, respectivamente, normas de primeiro grau e de segundo grau em relação ao caso a ser decidido e à norma de decisão.

²⁰⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Ob. cit., p. 68-69.

²⁰¹ Neste ponto, Neves parte de uma das lições de Robert Alexy, no sentido de que princípios são razões *prima facie* e regras são razões definitivas.

²⁰² NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 84.

²⁰³ Ibidem, p. 84.

²⁰⁴ Ibidem, p. 103.

²⁰⁵ Ibidem, p. 131-138.

²⁰⁶ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 120-123.

Embora sejam concepções diferentes sobre princípios e regras, elas não devem ser consideradas antagônicas. As teorias acima tratadas não são totalmente incompatíveis entre si, mas, na verdade, representam perspectivas diversas no exame dos princípios e regras. Há, inclusive, pontos em comum entre elas. As concepções de Dworkin e Alexy, por exemplo, exploram critérios distintivos semelhantes, relativos ao modo de aplicação e aos conflitos normativos dos princípios e regras. A teoria de Neves, por sua vez, também explora – aprofunda e desenvolve – o terceiro critério adotado por Ávila, concernente à medida de contribuição para a decisão²⁰⁷. Por tais motivos, não se opta aqui por uma escolher uma das teorias acima como a “melhor” ou a “correta”, porquanto cada uma apresenta relevante contribuição na compreensão dos princípios e regras enquanto espécies normativas.

Lançadas tais bases doutrinárias, volta-se para o objetivo deste ponto com a reafirmação de que os textos normativos podem ser abertos ou fechados, dos quais se constroem as normas jurídicas que, por sua vez, podem ser regras ou princípios.

Observe-se, pois, que não há uma perfeita correspondência entre textos fechados e regras, tampouco entre textos abertos e princípios. Trata-se de diferentes fenômenos. Nas palavras de Marcelo Neves, “a questão dos princípios e das regras situa-se no plano da norma (do significado), entre os planos do texto normativo (significante) e do fato jurídico (referente)”²⁰⁸.

Portanto, conceitos indeterminados e cláusulas gerais se situam no plano do texto normativo, ao passo que regras e princípios se põem no plano da norma jurídica.

A propósito, oportuna a percepção de Marcelo Neves²⁰⁹ no sentido de que a imprecisão semântica – característica dos textos normativos abertos – não é critério adequado para a distinção entre princípios e regras, apesar de ser comum encontrar a ideia de que os princípios seriam mais imprecisos que as regras. É perfeitamente

²⁰⁷ Não se afirma, com isso, que a teoria de Marcelo Neves seja uma reformulação ou aperfeiçoamento da concepção de Humberto Ávila. Os juristas adotam pressupostos diversos e alcançam resultados distintos. O que se percebe, apenas, é que a construção teórica do primeiro se insere dentro de um dos critérios adotados pelo segundo, qual seja, a medida de contribuição dos princípios e regras para a decisão jurídica.

²⁰⁸ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 5.

²⁰⁹ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 15.

possível encontrar regras caracterizadas pela imprecisão semântica, assim como há princípios que possuem certo grau de precisão semântica.

Marcelo Neves²¹⁰ apresenta alguns exemplos que ilustram tais assertivas. Veja-se a regra extraída a partir do art. 94, II, do Código Penal, que estabelece o “bom comportamento público e privado” como requisito para a reabilitação, ou a regra do art. 55, II, da Constituição Federal, que estabelece a perda do mandato do deputado ou senador “cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar”. Trata-se aí de regras com alto grau de imprecisão semântica.

Há, por outro lado, princípios que apresentam maior precisão semântica do que algumas regras. Considerem-se, como exemplos, o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF) e o princípio finalístico de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CF). Tais princípios apresentam imprecisão semântica inferior às regras acima citadas.

O direito processual civil apresenta inúmeros exemplos de regras abertas, caracterizadas pelo alto grau de imprecisão semântica. É o caso, por exemplo, das regras processuais que definem litigante de má-fé (art. 17, CPC). Expressões como “opuser resistência injustificada” ou “proceder de modo temerário” apresentam intensa imprecisão semântica. Também se observa alto grau de vagueza semântica na regra que prevê a “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação” como requisito de admissibilidade do agravo de instrumento (art. 522, CPC).

Até se pode considerar que existe uma “tendência maior à imprecisão entre os princípios”²¹¹, mas isso não deve levar à afirmação categórica de que princípios são mais imprecisos que regras.

Com base nisso, não há como confundir conceitos indeterminados ou cláusulas gerais com princípios, visto que ambos operam em diferentes planos. É o que explica Fredie Didier Jr.:

Cláusula geral é um texto jurídico; princípio é norma. São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. A norma jurídica é produto da interpretação de um texto jurídico. Interpretam-se textos jurídicos para que se verifique qual norma deles pode ser extraída. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a

²¹⁰ Ibidem, p. 15-20.

²¹¹ Ibidem, p. 19.

cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra.²¹²

No mesmo sentido é a afirmação de Alexandre Gois Lima de Victor:

Por meio de um enunciado normativo que reflita uma cláusula geral, assim, é possível que se extraia (reconstrua) uma norma-regra ou uma norma-princípio [...] Em outras palavras: a cláusula geral (espécie de texto normativo aberto) pode ensejar a aplicação de uma regra ou de um princípio.²¹³

A cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) é exemplo que deixa evidente essa diferenciação. A partir dela, é possível construir diversos princípios processuais, a exemplo da isonomia processual ou do contraditório, princípios estes que, ainda que não tivessem expressa previsão normativa, estariam presentes no direito brasileiro em decorrência do devido processo legal. Mas também é possível construir regras processuais a partir do devido processo legal, a exemplo da que determina sejam as decisões judiciais motivadas ou da regra da publicidade dos atos processuais. Portanto, a cláusula geral do devido processo legal é texto normativo que permite a formulação de regras e princípios.

O mesmo ocorre com conceitos jurídicos indeterminados. Tal espécie de texto normativo aberto pode ensejar a incidência de um princípio ou de uma regra. Cite-se, como exemplo, o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) que se utiliza de conceitos indeterminados na sua formulação. Também é possível a existência de uma regra formulada a partir de um conceito jurídico indeterminado, como se vislumbra no requisito da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, §3º da CF c/c art. 543-A do CPC).

Dessas considerações resulta a conclusão, objeto deste tópico, de que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados constituem textos normativos e não normas jurídicas. A partir deles é que, aí sim, poderão ser extraídas ou construídas as normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios.

²¹² DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 129-130.

²¹³ VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. Ob. cit., p. 29.

CAPÍTULO III – O CARÁTER INDETERMINADO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA

3.1 Tempo do processo e espécies de cognição judicial

O processo pode ser compreendido a partir de diversas perspectivas, entre as quais merece destaque a sua visualização como procedimento em contraditório, como defendido por Elio Fazzalari²¹⁴. Nessa linha, o processo é entendido como um conjunto de atos jurídicos, concatenados de forma lógica e consequencial, com o objetivo final de prestar a tutela jurisdicional.

Percebe-se, pois, que a própria ideia de processo conduz, necessariamente, à noção de decurso de tempo, eis que o seu desenvolvimento exige certo lapso temporal para a prática dos atos jurídicos que o compõem²¹⁵. Por isso, todo processo exige tempo para alcançar seu desiderato. Impraticável um processo instantâneo, apto a prestar a tutela jurisdicional de forma imediata. Por essa razão, Carnelutti já afirmava: “o processo dura; não se pode fazer tudo de uma vez. É necessário ter paciência. Semeia-se, como faz o camponês, e se há de esperar para colher”²¹⁶.

Embora essa temporalidade seja indissociável do processo, é certo que o decurso do tempo pode acarretar graves prejuízos à efetividade da tutela jurisdicional. Muitas vezes, o lapso temporal decorrido entre a postulação e a prestação jurisdicional retira a própria utilidade do provimento judicial. Tal problema se agrava no atual contexto da sociedade pós-moderna, na qual, nas palavras de Luís Roberto Barroso, vive-se “a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias”²¹⁷.

A sociedade atual, cada vez mais, necessita de soluções rápidas e, por outro

²¹⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-121.

²¹⁵ Ovídio Baptista da Silva acentua a relação indissociável entre tempo e processo: “Todo processo, portanto, envolve a ideia de temporalidade, de um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 13).

²¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 177.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 1.

lado, a morosidade judicial constitui uma das principais deficiências do Judiciário. Nesse sentido, Cruz e Tucci²¹⁸ menciona que o tempo constitui o principal motivo de crise da justiça, afirmando que a excessiva duração do processo constitui enorme obstáculo para que ele cumpra os seus compromissos institucionais.

Daí a grande preocupação da doutrina processualista contemporânea em assegurar um processo célere e tempestivo. Essa busca, aliás, conduziu à expressa consagração, em patamar constitucional, do princípio da razoável duração do processo, positivado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, dispositivo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, com o seguinte teor: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Essa disposição não é, a rigor, uma novidade. A duração razoável do processo já tinha previsão na Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais²¹⁹, firmada em 4/11/1950. Também já estava disposta na Convenção Americana de Direitos Humanos²²⁰, assinada em 22/11/1969 e ratificada pelo Brasil em 25/09/1992.

Tais diplomas internacionais consagraram o direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável. Como informa Cruz e Tucci²²¹, a exegese desses dispositivos conduziu à compreensão de que processo razoável é aquele sem dilações indevidas, assim entendidas as delongas decorrentes de inobservância dos prazos

²¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. O autor faz interessante estudo sobre as repercussões do tempo do processo e indica os fatores da lentidão judicial, elencando fatores institucionais, fatores de ordem técnica e subjetiva e fatores derivados da insuficiência material.

²¹⁹ Artigo 6.º 1- Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso a sala de audiências pode ser proibido a imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

²²⁰ Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

²²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 87-88.

estabelecidos, os injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de atos processuais, bem como sempre que tais dilações decorram da vontade das partes (ou seus procuradores).

Nota-se, portanto, que não é possível estabelecer, objetivamente, as hipóteses violadoras do direito à duração razoável do processo, tendo em vista que as expressões “duração razoável” ou “dilações indevidas” constituem “conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como a simples inobservância dos prazos processuais pré-fixados”²²². No intuito de estabelecer parâmetros definidores dessa razoabilidade, a Corte Européia de Direitos do Homem firmou entendimento de que a análise sobre a duração razoável do processo deve passar por três critérios: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes de seus procuradores; e c) a atuação do órgão jurisdicional.

Essa preocupação de razoabilidade na duração do processo se fortalece na atual perspectiva do direito processual, que concebe o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Há muito, a ciência processual abandonou a noção do processo como relação jurídica absolutamente desvinculada do direito material sob tutela, como se a autonomia processual significasse indiferença e neutralidade quanto ao direito material tutelado.

Desde o instrumentalismo, percebeu-se que o processo tem a essencial incumbência de concretizar o direito material e, desse modo, alcançar os escopos sociais, jurídicos e políticos da jurisdição²²³. Nesse contexto, tornou-se lema da doutrina processual instrumentalista a afirmação chiovendiana de que “o processo deve proporcionar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”. Consagra-se, pois, a ideia de *efetividade processual*. O processo deve ser apto a proporcionar uma prestação jurisdicional concretizadora do direito material sob

²²² TUCCL, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 89.

²²³ Os escopos da jurisdição são tratados por Cândido Rangel Dinamarco, em sua clássica obra *A instrumentalidade do processo*. Segundo o doutrinador, o processo constitui instrumento estatal para se alcançar os escopos da jurisdição, que são de três ordens: sociais, jurídicos e políticos. Os escopos sociais são a pacificação com justiça e a educação da sociedade. O escopo jurídico corresponde à atuação da vontade concreta do direito objetivo. Finalmente, os escopos políticos da jurisdição consistem na afirmação do poder estatal, no culto às liberdades públicas e na garantia de participação do jurisdicionado nos destinos da sociedade (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998).

tutela. Segundo José Roberto Bedaque²²⁴, processo efetivo é aquele que proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material, mediante um equilíbrio entre segurança e celeridade.

A efetividade do processo pode ser extraída do princípio da inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV, art. 5º, CF), eis que, quando a norma constitucional estabelece a garantia de acesso à justiça, assegura-se não apenas a mera oportunidade de buscar o Judiciário, mas, sobretudo, o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Trilhando tal raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni²²⁵ enfatiza o caráter fundamental do direito à prestação jurisdicional efetiva, pois este decorre da própria existência de direitos e constitui a contrapartida da proibição da autotutela. É por essa razão que o direito à tutela jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, na medida em que constitui o direito de fazer valer os próprios direitos.

O direito à prestação jurisdicional efetiva, então, impõe a construção de técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos, pois a resposta judicial deve conferir tutela a toda e qualquer situação de direito substancial. Daí resulta a construção de tutelas diferenciadas em consonância com as especificidades do direito material sob tutela.

Nesse sentido se pronuncia Kazuo Watanabe²²⁶ ao afirmar que as exigências próprias do direito material por uma adequada tutela implicam a construção de técnicas e soluções específicas do direito processual, relacionadas à natureza do provimento, à duração do processo, à intensidade e amplitude da cognição, entre outros aspectos.

Desse modo, em face dos prejuízos que o decurso do tempo causa ao processo, constatou-se a necessidade de desenvolvimento de mecanismos aptos a proteger o direito tutelado, de modo a neutralizar os efeitos do tempo e, com isso, garantir a efetividade processual.

Tais mecanismos de mitigação dos efeitos do tempo no processo podem ser

²²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

²²⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 27.

divididos em dois grupos²²⁷. De um lado, existem providências que objetivam a aceleração do processo, sem prejuízo da atividade cognitiva do juiz. Trata-se da sumarização do procedimento, que pode ocorrer mediante a criação de ritos especiais, a exemplo dos procedimentos sumário (art. 275 e seguintes do CPC) e sumarássimo (Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/01), ou através da abreviação eventual do próprio rito ordinário, a exemplo do “julgamento antecipado da lide” (art. 330 do CPC).

De outro lado, encontra-se a sumarização da cognição, que atua “como uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada”²²⁸. Conforme sistematização de Kazuo Watanabe²²⁹, a cognição se divide nos planos horizontal e vertical. No plano horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada (parcial), conforme a extensão das questões que podem ser objeto da cognição judicial. No plano vertical, a cognição pode ser exauriente (completa) ou sumária (incompleta), segundo o grau de sua profundidade. Permite-se, então, a combinação dessas modalidades de cognição a fim de se conceber procedimentos diferenciados e adaptados às especificidades do direito material.

A prestação jurisdicional definitiva se dá mediante cognição plena e exauriente, ou seja, abrange todas as questões objeto do processo (pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa), sobre as quais se exerce uma cognição completa em sua profundidade. Propicia-se, assim, um juízo mais seguro que autoriza a formação da coisa julgada.

Há, entretanto, situações que não se recomenda aguardar o desenvolvimento da cognição plena e exauriente própria do provimento definitivo. Daí resulta a cognição sumária, que consiste em “uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical”²³⁰. Verifica-se, portanto, que a cognição sumária atua como técnica de concepção de processos destinados a atender direitos que exigem tutelas diferenciadas, “pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência da tutela em

²²⁷ Nesse sentido afirma Babosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. *GENESIS – Revista de Direito processual civil*, p. 287-288).

²²⁸ WATANABE, Kazuo. Ob. cit., p. 40.

²²⁹ WATANABE, Kazuo. Ob.cit., p. 127-129.

²³⁰ WATANABE, Kazuo. Ob. cit., p. 145.

razão da iminência de dano irreparável”²³¹.

Percebe-se, desse modo, que a cognição sumária se revela técnica processual utilizada para concepção da tutela antecipada, tema objeto do presente trabalho. É que, diante da inviabilidade de se aguardar um provimento definitivo, fundado em juízo de certeza decorrente da cognição exauriente, emerge a necessidade de efetivação de um provimento de antecipado, baseado em juízos de probabilidade e verossimilhança provenientes da cognição sumária.

3.2 A tutela antecipada como técnica processual

Costuma-se encontrar, na doutrina processualista, um estudo comparativo entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, em que são delineadas as distinções entre tais institutos. Com algumas variações entre os processualistas, passou-se a conceber, sobretudo após a generalização²³² da tutela antecipada com a Lei nº 8.952/1994, um quadro comparativo entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

De um lado, a tutela cautelar seria uma tutela de segurança, incapaz de satisfazer o direito material, pois seria destinada a assegurar a efetividade de outro processo, ou seja, garantidora do resultado útil de outro processo²³³.

Por outro lado, a tutela antecipada traduziria uma tutela satisfativa, apta a entregar provisoriamente o bem da vida pretendido pela parte, falando-se em tutela “antecipada” exatamente porque, através dela, antecipa-se a satisfação²³⁴ do direito.

Nessa concepção, portanto, o aspecto fundamental para distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada residiria na natureza conservativa da primeira e satisfativa da segunda. Tal elemento distintivo se encontra presente na doutrina

²³¹ WATANABE, Kazuo. Ob. cit., p. 167.

²³² Fala-se aqui em generalização da tutela antecipada porque, como se sabe, esta não foi criada com a Lei nº 8.952/1994. Antes disso, já existiam medidas liminares satisfativas (antecipatórias), por exemplo, no mandado de segurança e em procedimentos especiais, tais como as ações possessórias e os embargos de terceiro.

²³³ Para essa doutrina, o processo cautelar constituiria instrumento de proteção do processo, e este, por sua vez, consistiria no instrumento do direito material. Daí se falar na tutela cautelar como “instrumento do instrumento” ou “instrumento ao quadrado”, conforme clássica definição de Calamandrei (CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. da edição italiana de 1936, por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 41-42).

²³⁴ É o que se extrai da lição de Teori Zavascki: “Antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48).

amplamente majoritária, podendo ser citados, a título de exemplificação, os seguintes processualistas: Cândido Rangel Dinamarco²³⁵; Teori Albino Zavascki²³⁶; Athos Gusmão Carneiro²³⁷; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²³⁸; Cassio Scarpinella Bueno²³⁹; Kazuo Watanabe²⁴⁰; Daniel Amorim Assumpção Neves²⁴¹; Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini²⁴².

Embora tenha o mérito de perceber a diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada²⁴³, essa contraposição não encontra amparo em entendimento doutrinário mais recente²⁴⁴. Passa-se a compreender que tutela cautelar e tutela antecipada possuem naturezas diversas e, por isso, não devem ser confrontadas.

A tutela cautelar constitui *tutela jurisdicional* definitiva²⁴⁵, de cunho assecuratório (não-satisfativo), marcada pela temporariedade²⁴⁶, e não pela

²³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60-62.

²³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47-49.

²³⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 62-66.

²³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, p. 23-27.

²⁴⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 38.

²⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 1139-1140.

²⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 3. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37.

²⁴³ Apesar de atualmente reconhecida na doutrina dominante, a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada mostrou-se bastante tormentosa entre os processualistas. Houve quem, mesmo após a Reforma de 1994, insistisse na existência de satisfatividade na tutela cautelar, cujo traço essencial seria o *periculum in mora*. Nesse sentido, confira-se: MACHADO, Antonio Claudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273 I, do CPC. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

²⁴⁴ A propósito, confira-se: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47-50; MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 197, p. 27-66, jul. 2011; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional. *Revista de processo*, São Paulo, ano 38, n. 219, p. 307-344, mai. 2013, p. 14-15; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 467-475; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 32-33.

²⁴⁵ A tutela cautelar é definitiva, pois “tanto a tutela cautelar como a tutela satisfativa são tutelas finais que visam a disciplinar de forma definitiva determinada situação fático-jurídica” (MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária. Ob. cit., p. 3). O que se verifica, na verdade, é que as situações fático-jurídicas submetidas à tutela cautelar são mais instáveis do que aquelas submetidas à tutela satisfativa, uma vez que visam à proteção de direito submetido a perigo. Por isso, embora definitiva a tutela cautelar, os seus efeitos são temporários, pois duram enquanto durar o perigo. Diante dessa definitividade, a sentença cautelar, inclusive, tem aptidão para alcançar a coisa julgada. É claro, porém, que a coisa julgada cautelar não tem por objeto o direito acautelado, pois, quanto a

provisoriedade²⁴⁷. Trata-se de uma tutela de segurança, que visa a resguardar a futura satisfatividade do direito material em face de uma situação de perigo.

A tutela antecipada, por outro lado, consiste em *técnica processual* que antecipa os efeitos da tutela final, seja satisfativa ou cautelar. A técnica da tutela antecipada, então, traduz um meio para que seja prestada a tutela satisfativa ou a tutela cautelar. Caracteriza-se pelo momento em que é prestada a tutela jurisdicional, bem como em razão da cognição sumária que é exercida.

A partir daí, extraem-se duas observações. Primeiramente, nota-se que a tutela cautelar não se opõe à tutela antecipada, e sim à tutela satisfativa. Logo, a tutela jurisdicional pode ser cautelar (assegura a eficácia da futura realização do direito) ou satisfativa (realiza o direito).

Em segundo lugar, observa-se que a tutela antecipada, por ser provisória, se opõe à tutela definitiva. Trata-se, pois, de técnica processual através da qual é possível antecipar, provisoriamente, a conservação do direito (tutela antecipada cautelar) ou a satisfação do direito (tutela antecipada satisfativa).

Os arts. 273 e 461, §3º, do CPC apresentam hipóteses de tutela antecipada satisfativa, nas quais se antecipa a própria realização do direito. O art. 804 do CPC, por sua vez, contempla hipótese de tutela antecipada cautelar, na qual se antecipa a conservação do direito que somente seria obtida no final do processo cautelar.

Em suma, a tutela jurisdicional pode ser satisfativa ou cautelar, podendo ser prestada de forma definitiva ou antecipada.

este, a cognição é sumária. Na verdade, o objeto da coisa julgada cautelar está no direito à cautela e não no direito acautelado. Sobre a coisa julgada cautelar, confira-se, por todos: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista*, maio/2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/sentenca-cautelar-cognicao-e-coisa-julgada/>. Acesso em 17 out. 2013.

²⁴⁶ Embora pareçam contraditórias, as características da temporariedade e definitividade não são inconciliáveis entre si. Isso porque a *decisão* cautelar é definitiva, mas seus *efeitos* são temporários, pois duram o tempo necessário para a preservação a que se propõe.

²⁴⁷ A distinção entre temporariedade e provisoriedade está bem delineada na obra de Ovídio Baptista da Silva. Para o autor, a tutela cautelar é temporária porque deve durar enquanto dure a situação de perigo a que esteja exposto o interesse tutelado. Assim, a temporariedade diz respeito à duração temporalmente limitada, ao passo que a provisoriedade se refere àquilo que dura até que haja substituição por algo definitivo. O autor, então, se utiliza do exemplo dado por Lopes da Costa, segundo o qual os andaimes são temporários, pois devem permanecer até que o trabalho exterior de construção seja finalizado, mas não são provisórios, já que nada virá substituí-los. Já uma barraca utilizada até que seja construída uma habitação definitiva desempenha uma função provisória, pois será substituída (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 86-88).

O projeto do novo Código de Processo Civil, inclusive, consagra tal concepção na versão aprovada na Câmara dos Deputados. O art. 295²⁴⁸ projetado prevê expressamente que a tutela antecipada pode ter natureza satisfativa ou cautelar. Trata-se, aliás, de modificação introduzida naquela Casa Legislativa, cuja justificativa, de forma explícita, adota a concepção de tutela antecipada como técnica processual: “O que o Título IX do Livro I do Projeto do CPC (LGL\1973\5) prevê é a técnica da antecipação da tutela – designação conhecida e consagrada em nosso ordenamento. [...] Todo o capítulo cuida da concessão de tutela fundada em cognição sumária. Rigorosamente, tutela antecipada satisfativa ou cautelar”.²⁴⁹

A partir disso, pode-se compreender a tutela antecipada como “técnica direcionada a antecipar de forma provisória mediante cognição sumária a tutela jurisdicional do direito à parte visando à distribuição isonômica do ônus do tempo no processo”²⁵⁰.

Quanto à parte final do conceito adotado por Mitidiero, observa-se que, através da tutela antecipada, distribui-se o ônus do tempo do processo entre as partes de acordo com a maior ou menor probabilidade da veracidade das posições jurídicas afirmadas pelas partes.

Nas palavras de Mitidiero, “se a versão mais provável é a do demandante, esse merece tutela imediata, ainda que provisória, a fim de que o tempo do processo não seja um peso exclusivamente por ele suportado”²⁵¹.

²⁴⁸ Art. 295. A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

²⁴⁹ Todavia, na versão final aprovada no Senado Federal, promoveu-se uma alteração redacional em que se opta por diferente nomenclatura. Passa-se a conceber o gênero “tutela provisória”, de que são espécies (i) a tutela de urgência e (ii) a tutela de evidência. Já a tutela de urgência tem como espécies (i.1) a tutela cautelar (tutela provisória de urgência cautelar) e (i.2) a tutela antecipada (tutela provisória de urgência antecipada). Registre-se que tais modificações são meramente redacionais, não se alterando a natureza e o regramento substancial da matéria. Aliás, no próprio relatório desta versão final, fica consignado que se trata de mero ajuste redacional concernente à taxonomia, não implicando em inovação substancial do texto. Portanto, a compreensão aqui seguida de que a tutela antecipada é técnica processual que antecipa provisoriamente a tutela final (cautelar ou satisfativa) equivale à expressão “tutela provisória” na versão final do projeto do novo CPC. Já a expressão “tutela antecipada” adotada no projeto do novo CPC equivale à noção de “tutela antecipada satisfativa” aqui desenvolvida. Note-se, a propósito, que a característica marcante da tutela antecipada adotada neste trabalho é justamente a provisoriedade decorrente de um juízo de cognição sumária, o que deixa evidente a sua correspondência com o que a versão final do NCPC denomina de “tutela provisória”. Observe-se, ainda, que tais discussões terminológicas fogem ao objeto do presente estudo, que se destina ao exame da técnica legislativa aberta utilizada em seus pressupostos.

²⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 17.

²⁵¹ MITIDIERO, Daniel. *Tendências em tutela sumária*. Ob. cit., p. 5-6. Sobre a técnica antecipatória

Firmadas tais considerações, cumpre melhor explicar a razão pela qual se compreende a tutela antecipada como técnica processual.

A noção de técnica é bem exposta por Aroldo Plínio Gonçalves nos seguintes termos: “a noção geral da técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”²⁵². A técnica processual, nessa linha, pode ser compreendida como um conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados no processo.

Como explica Bedaque²⁵³, a técnica processual pode ser entendida como o conjunto de meios destinados a possibilitar que o processo atinja seu escopo maior, consistente na solução das crises verificadas no plano do direito material. Busca-se, com isso, encontrar mecanismos mais eficientes para que o processo alcance suas finalidades.

A tutela antecipada constitui técnica processual exatamente porque consiste em meio que se destina a antecipar a tutela satisfativa ou cautelar.²⁵⁴ Trata-se, pois, de mecanismo para que o processo preste a devida tutela jurisdicional, seja esta satisfativa ou cautelar.

Nessa linha, então, a tutela antecipada corresponde à técnica processual que antecipa provisoriamente a tutela final (satisfativa ou cautelar), com o objetivo de promover uma distribuição isonômica do ônus do tempo no processo.

3.3. Das cautelares típicas à generalização da antecipação da tutela

como instrumento de distribuição do ônus do tempo no processo, confira-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 272-274.

²⁵² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 23. O autor critica a ideia de que toda técnica seria de índole científica, pois não se pode negar a existência de técnicas antes da ciência, como procedimentos primitivos dotados de eficácia para a consecução das finalidades desejadas (Ibidem, p. 23).

²⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73 e ss. O autor reconhece, ainda, que técnica processual pode ser considerada em sentido mais amplo, “para compreender os momentos de formulação e interpretação da norma processual, além do modo de ensinar o direito processual: elaboração, conhecimento e interpretação” (Ibidem, p. 75).

²⁵⁴ Nessa linha defende Mitidiero: “O problema agora está em perceber que a técnica antecipatória é apenas um meio para realização da tutela satisfativa ou cautelar e que essas formas de tutela jurisdicional devem ser pensadas a partir do direito material – mais propriamente, à luz da teoria da tutela dos direitos” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 48).

Os textos normativos abertos vêm ganhando cada vez maior destaque no âmbito da atuação legislativa. Passa-se de uma técnica legislativa casuística, com a previsão de textos normativos fechados, rígidos e detalhados, para a consagração de textos vagos, com larga amplitude semântica.

Essa notável mudança no plano da técnica legislativa se mostra presente no percurso histórico-legislativo que vai das cautelares típicas à técnica antecipatória. A análise histórica da evolução legislativa da matéria revela que a origem das tutelas de urgência está ligada às cautelares típicas, previstas em textos normativos fechados e casuísticos, que se utilizam de uma detalhada descrição dos requisitos legais autorizadores de medidas tipicamente previstas.

Nesse sentido comenta Leonardo Carneiro da Cunha, ao tratar sobre os processos preparatórios, preventivos e assecuratórios existentes no processo comercial previsto no Dec. 3.084, de 1898:

Em primeiro lugar, estava previsto o 'embargo ou arresto', que tinha lugar em hipóteses expressamente indicadas de modo casuístico [...] com indicação de seus respectivos casos, de forma detalhada, exaustiva e casuística.²⁵⁵

Essa forma de elaboração dos textos normativos persistiu no CPC de 1939 e continua presente no CPC de 1973, atualmente vigente, subsistindo a previsão de medidas cautelares típicas, caracterizadas por requisitos precisamente descritos.

É o que se observa, por exemplo, no arresto. O art. 813 do CPC elenca, de forma casuística, as hipóteses autorizadas da medida:

Art. 813. O arresto tem lugar:

I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

II - quando o devedor, que tem domicílio:

a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;

b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;

III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas;

IV - nos demais casos expressos em lei.

²⁵⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional. *Revista de processo*, São Paulo, ano 38, n. 219, p. 307-344, mai. 2013.

Na disposição legal acima, observa-se a descrição pormenorizada das situações que ensejam a cautelar do arresto, devendo ser atendidos, além disso, os requisitos previstos no art. 814 do CPC, concernentes à prova literal da dívida líquida e certa e à prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.

O arresto, como se vê, constitui exemplo bastante nítido da utilização da técnica casuística na formulação dos textos normativos referentes às tutelas de urgência.

Todavia, as cautelares típicas não foram suficientes para a adequada tutela do direito material. A tipicidade desejada no modelo liberal de processo não era capaz de atender às necessidades do direito material, visto que as cautelares nominadas não poderiam descrever todas as situações possíveis que reclamam tutelas de urgência.

Daí a importância do poder geral de cautela, inicialmente consagrado no art. 675 do CPC de 1939 e posteriormente previsto no art. 798 do CPC de 1973. Com base nesse poder geral atípico, a prática do foro permitiu a utilização das “cautelares satisfativas”, desvirtuando a tutela cautelar em nome da efetividade processual.

Com a reforma do CPC, em 1994, ocorreu a generalização da tutela antecipada, fundada em pressupostos genéricos para sua concessão, aplicáveis a todos os procedimentos.

Tal evolução deixa patente a mudança na técnica legislativa das tutelas de urgência, passando da técnica casuística para a técnica aberta, que se opera mediante o estabelecimento de pressupostos vagos e indeterminados.

Nessa perspectiva, expõe Daniel Mitidiero:

No campo da técnica legislativa, finalmente, passa-se de uma legislação redigida de forma casuística para uma legislação em que se misturam técnica casuística e técnica aberta. No Estado Constitucional, o legislador redige as suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as consequências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de consequências jurídicas na própria proposição (técnica aberta).²⁵⁶

²⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 149.

Por isso, o autor aponta a *atipicização* como uma das tendências em matéria de tutela sumária. Explica Mitidiero que “a atipicização da técnica antecipatória constitui importante movimento para universalização da tutela jurisdicional dos direitos”²⁵⁷, tratando-se de “solução inevitável”.

Nessa perspectiva, bastante oportuna a lição de Leonardo Carneiro da Cunha ao se pronunciar nos seguintes termos:

[...] as medidas de urgência ou de evidência são essencialmente atípicas, sendo concedidas em razão das peculiaridades do caso. Seus requisitos são termos vagos ou indeterminados, constituindo verdadeiros tipos, por conterem uma estrutura flexível, gradual e aberta à realidade.²⁵⁸

Essa necessária atipicidade das tutelas de urgência é bem percebida por Barbosa Moreira, que, ao analisar as experiências italiana e francesa, observa que nem uma nem outra legislação tentou arrolar, em enumeração exaustiva, as providências adotáveis, ambas utilizando-se de termos genéricos. E conclui:

E cumpre reconhecer que não seria mesmo possível ao legislador prever de modo casuístico todas as situações concebíveis e prescrever para cada qual uma solução específica. Apenas *in concreto*, tomando em consideração as várias peculiaridades do caso, é que se poderá escolher o caminho adequado.²⁵⁹

A atipicidade das tutelas de urgência não é novidade no direito brasileiro. Desde o CPC de 1939, já existia, em seu art. 675, o poder geral de cautela, pelo qual seria possível a concessão de medidas atípicas. É preciso reconhecer, contudo, que a utilização inicial desse poder se deu de forma bastante tímida na prática dos tribunais²⁶⁰.

Essa tendência de atipicização da tutela antecipada encontra seu ponto máximo do projeto do novo CPC. Tanto o projeto de lei aprovado no Senado Federal (Projeto de Lei nº 166/2010) como o substitutivo aprovado da Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010) consagram a estruturação de toda a matéria referente à tutela antecipada²⁶¹ em textos normativos abertos que

²⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 197, p. 27-66, jul. 2011.

²⁵⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional. Ob. cit., p. 16.

²⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 8, n. 28, p. 286-297, abr.-jun. 2003, p. 291.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 102-103.

²⁶¹ Fala-se em tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, no texto aprovado na Câmara

consubstanciam medidas atípicas. Eliminam-se, com isso, os requisitos casuísticos das cautelares típicas, as quais decorrem do direito material à cautela e deixam de possuir autonomia procedimental.

Ao lado da atipicização, fala-se em *mobilidade* da técnica antecipatória. A utilização de textos normativos abertos permite que a tutela antecipada, seja cautelar ou satisfativa, se amolde às situações jurídicas apresentadas em juízo. Como explica Daniel Mitidiero, “a técnica antecipatória constitui importante fator de adequação do processo às necessidades do direito material e à maneira como as posições jurídicas das partes se apresentam em juízo”²⁶². Portanto, essa mobilidade permite uma natural variabilidade da técnica antecipatória.

Outra característica da técnica antecipatória, conforme indicado por Mitidiero, se refere à sua *plasticidade*. Afirma o processualista que a técnica antecipatória tem que ser dotada de plasticidade, “a fim de que possa recobrir de forma aderente a toda e qualquer tutela do direito que com ela se pretenda realizar ou salvaguardar judicialmente”²⁶³. Com isso se reconhece “o dever de o legislador infraconstitucional instituir técnicas processuais executivas atípicas para efetivação da tutela jurisdicional do direito mediante a técnica antecipatória”²⁶⁴.

Tais tendências da técnica antecipatória evidenciam a mudança da técnica legislativa utilizada nos seus respectivos textos normativos. Abandona-se a técnica casuística marcada pela formulação de hipóteses legais típicas e precisas, passando-se a adotar textos normativos abertos, caracterizados por sua vagueza semântica que confere atipicidade, mobilidade e plasticidade à técnica antecipatória.

3.4. Os pressupostos da tutela antecipada como conceitos jurídicos indeterminados

Demonstrou-se acima a mudança da técnica legislativa referente às tutelas de urgência, passando-se da técnica casuística de descrição pormenorizada das hipóteses legais, tal como consagrado nas cautelares típicas, para a técnica que se

dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010). Porém, no texto anterior, aprovado no Senado Federal (Projeto de Lei nº 166/2010), falava-se em tutela de urgência e tutela da evidência.

²⁶² MITIDIERO, Daniel. *Tendências em matéria de tutela sumária*. Ob. cit., p. 11.

²⁶³ Ibidem, p. 12.

²⁶⁴ Ibidem, p. 12.

utiliza de textos normativos abertos na formulação dos pressupostos da técnica antecipatória.

Realizada tal análise, importa neste momento adentrar especificamente no estudo dos textos que preveem os pressupostos da tutela antecipada. Primeiramente, parte-se para a análise dos termos utilizados na redação do art. 273 do CPC, dispositivo legal que estabelece a tutela antecipada genérica, de cunho satisfativo.

Recorde-se, nesse aspecto, que o texto desse dispositivo legal tem sua redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994. Ao tratar sobre a reforma de 1994, que generalizou a tutela antecipada no direito brasileiro, Arruda Alvim²⁶⁵ já comentava sobre a técnica e a linguagem utilizadas pelo legislador.

Afirma o autor, então, que seria inviável uma linguagem rígida, com mandamentos legais definitórios, pois isso retiraria a liberdade do juiz. Em uma sociedade em constante evolução, tem-se a necessidade de adoção de termos indeterminados para que o julgador seja o artífice dessas mudanças.

Daí a conclusão de Arruda Alvim no sentido de que a utilização de conceitos vagos ou indeterminados no art. 273 do CPC foi indispensável porque “se se houvesse servido de outra linguagem ou de outra técnica (precisa, casuística e minuciosa), certamente não se lograriam resultados úteis”²⁶⁶.

Semelhante foi a percepção de Barbosa Moreira, ao reconhecer que os pressupostos estabelecidos no art. 273 do CPC apresentam “expressões de contornos semânticos flexíveis” e constituem conceitos jurídicos indeterminados: “Cuida-se aí de conceitos jurídicos indeterminados, cuja concretização toca ao órgão judicial, mediante o exame cuidadoso das características da espécie sub judice”²⁶⁷.

De fato, ao se analisarem os pressupostos da tutela antecipada do art. 273 do CPC, nota-se que tais textos constituem conceitos jurídicos indeterminados. O primeiro pressuposto para concessão da antecipação da tutela se refere à “prova

²⁶⁵ ALVIM, José Manuel Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 107.

²⁶⁶ Ibidem, p. 107.

²⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva. *Revista de direito processual civil – Genesis*, Curitiba, mai/ago 1996, p. 338-346.

inequívoca” que conduza à “verossimilhança da alegação”. Tais expressões, certamente, consubstanciam conceitos jurídicos indeterminados.

O mesmo se pode afirmar sobre os pressupostos alternativos descritos nos incisos I e II do art. 273 do CPC. É certo que “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório” são termos indeterminados.

Também constituem conceitos jurídicos indeterminados os pressupostos da tutela antecipada específica prevista no § 3º do art. 461 do CPC, relativa às obrigações de fazer ou não fazer. Nesse sentido, “relevante fundamento da demanda” e “justificado receio de ineficácia do provimento final” são termos juridicamente indeterminados, caracterizados por alto grau de vagueza semântica.

Em relação aos pressupostos da tutela antecipada prevista no mandado de segurança, conforme termos inseridos no inciso III do art. 7º da Lei 12.016/2009, é certo que as expressões “fundamento relevante” e “possibilidade de ineficácia da medida” constituem, igualmente, conceitos indeterminados.

Todos os textos legais acima transcritos, que consubstanciam pressupostos de concessão de tutela antecipada, configuram conceitos jurídicos indeterminados, tendo em vista que tais termos apresentam vagueza semântica que confere alto grau de indeterminação²⁶⁸.

Assim, configurando-se conceitos indeterminados, tais pressupostos constituem expressões vagas, cuja indeterminabilidade semântica impõe uma atividade integrativa do aplicador.

²⁶⁸ Ao tratar dos pressupostos das tutelas de urgência na perspectiva aqui abordada, a doutrina reconhece que tais textos legais correspondem a conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido se manifestam Didier Jr., Braga e Oliveira: “A concessão da tutela antecipada é efeito jurídico decorrente de um enunciado normativo composto por conceitos juridicamente indeterminados, como, por exemplo, prova inequívoca e perigo de dano irreparável” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., 2011, p. 497). Athos Gusmão Carneiro, por sua vez, assinala “a norma legal se vale – e diferentemente não poderia ser, de expressões e conceitos abertos e indeterminados, adaptáveis pois à variedade de situações concretas” (CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 20). Daniel Neves parece trilhar o mesmo entendimento: “O juiz tem certa liberdade na apreciação do preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela antecipada em razão da utilização pelo legislador de normas abertas, com conteúdo indeterminado ou vago” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 1176). Cassio Scarpinella Bueno também menciona os pressupostos da tutela antecipada como “conceitos vagos e indeterminados” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 64). Ainda no mesmo sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ob. cit., 2013, p. 16; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 351; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 53.

Os pressupostos das tutelas de urgência conferem espaços de indeterminação a serem preenchidos pelo intérprete, encarregando o juiz de proceder a uma avaliação casuística do estado fático e das qualidades que a lei processual define como pressupostos²⁶⁹.

Assim, segundo Eduardo Costa²⁷⁰, nos pressupostos das tutelas de urgência, a hipótese fática da norma permanece aberta à obra do magistrado, como um modelo a ser construído e não pré-constituído. Com isso, em virtude do conteúdo semântico impreciso dos pressupostos para concessão das medidas de urgência, cabe ao juiz delimitá-las caso a caso.

Portanto, com base nas constatações acima, evidencia-se que os pressupostos da tutela antecipada constituem conceitos jurídicos indeterminados, na medida em que a indeterminação semântica reside no antecedente fático, estando predeterminado o consequente normativo.

Vislumbra-se, pois, a predeterminação do consequente normativo, de modo que a tarefa do intérprete consiste na fixação da premissa, cujo efeito jurídico se encontra determinado no texto normativo. É que, considerando-se presentes os pressupostos concessivos da tutela antecipada, o respectivo efeito jurídico já está predeterminado: a concessão da medida.

Daí se conclui que tais pressupostos não podem ser considerados cláusulas gerais²⁷¹, haja vista estas se caracterizarem pela indeterminação do consequente normativo, o que não se verifica nos textos legais acima mencionados.

No projeto do novo CPC, segue-se com a utilização predominante de conceitos jurídicos indeterminados na formulação dos pressupostos da tutela antecipada (ou tutela provisória, nos termos adotados no projeto de lei). Segundo o art. 300 projetado, constituem pressupostos da tutela de urgência os “elementos que

²⁶⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 54.

²⁷⁰ Ibidem, p. 54.

²⁷¹ Por outro lado, há quem considere como cláusulas gerais os textos normativos que estabelecem os pressupostos da tutela antecipada. Nessa linha, Ruy Henriques Filho cita o art. 273 do CPC como cláusula geral processual (HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Os direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais*. 2006. 184f. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, UFPR, Curitiba, 2006). Na verdade, o autor não apresenta uma clara distinção entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados, mencionando ainda “cláusulas de conteúdo indeterminado ou aberto”. Portanto, o entendimento daquele autor decorre de uma diferente forma de abordagem do tema, ao desconsiderar os traços distintivos das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados.

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

Já “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório” da parte, atualmente previstos no inc. II do art. 273 do CPC, passam a ser pressupostos da tutela de evidência (art. 309, I, NCPC), que independe da demonstração de urgência.²⁷²

Uma vez caracterizados os pressupostos da tutela antecipada como conceitos jurídicos indeterminados, importa apresentar um esclarecimento sobre a suposta discricionariedade judicial oriunda dessa indeterminação.

Essa discussão advém do direito administrativo²⁷³, porquanto importante parcela doutrinária²⁷⁴ compreende que a discricionariedade administrativa pode decorrer da utilização de conceitos indeterminados pelo legislador. Todavia, mostra-se indevida tal compreensão. Na verdade, a adoção de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais não implica discricionariedade administrativa, pois não se tem aí a oferta de opções ao administrador público. Trata-se apenas de aplicação e interpretação do texto normativo que não resulta em juízo de conveniência e oportunidade para o administrador.

No âmbito do direito processual civil, notadamente na concessão da tutela antecipada, é inequívoco que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados não implica a existência de poder discricionário do juiz.

Ocorre que, tratando-se de conceitos indeterminados, o processo de interpretação e aplicação dos pressupostos da tutela antecipada é bastante complexo e, em razão disso, o magistrado possui maior espaço interpretativo na averiguação desses pressupostos. Como se está diante de uma linguagem vaga, o

²⁷² No projeto do novo CPC, há novas três hipóteses de tutela da evidência: “Art. 309. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Nos incisos II e III, predominam termos determinados. Já o inciso IV traz os conceitos jurídicos indeterminados concernentes à “prova documental suficiente” e “prova capaz de gerar dúvida razoável”.

²⁷³ Conforme exposto no item 2.3.1 deste trabalho.

²⁷⁴ Por todos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 18-20.

jugador detém margem interpretativa para definir, no caso concreto, sobre a presença ou ausência dos pressupostos.

Isso não significa, porém, discricionariedade judicial, pois não há liberdade de escolha. Se presentes os pressupostos para concessão da medida, o juiz deve deferi-la; se ausentes, deve indeferi-la. Tanto é assim que a decisão sobre a tutela de urgência pode ser impugnada na via recursal, o que não seria possível caso se tratasse de decisão discricionária do juiz.

A questão é unanimemente tratada pela doutrina²⁷⁵, que proclama a inexistência de decisão discricionária do juiz na concessão de tutelas de urgência. Reconhece-se, na verdade, a maior complexidade do processo decisório, tendo em vista a utilização de conceitos indeterminados pelo legislador.

3.4. O poder geral de cautela como cláusula geral processual

Ao lado da tutela antecipada genérica (art. 273, CPC), da tutela antecipada específica de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461, § 3º, CPC) e da medida liminar no mandado de segurança (art. 7º, III, Lei 12.016/2009), merece especial atenção o poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC.

Em uma primeira análise, reconhece-se grande relevância ao poder geral de cautela, porquanto, através dele, possibilita-se a determinação de medidas cautelares atípicas. Assim, tal poder constitui fundamento para a atipicidade da tutela cautelar²⁷⁶, ou seja, possibilita a concessão de medidas cautelares inominadas, não descritas em lei.

²⁷⁵ A doutrina é pacífica ao reconhecer a inexistência de discricionariedade judicial, como se exemplifica pelos seguintes doutrinadores: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ob. cit., p. 352-353; BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 64; CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 20-21; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 497; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ob. cit., p. 1176; ALVIM, José Manuel Arruda. Ob. cit., p. 109-110; CÂMARA, Alexandre Freitas. Ob. cit., 2009, p. 437.

²⁷⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas, Ob. cit., 2002, p. 43. Semelhante lição é apresentada por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: "A tutela cautelar não fica restrita às medidas típicas, podendo o juiz conceder outras medidas atípicas em nome do poder geral cautelar que lhe confere o CPC 798" (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Ob. cit., p.1330). O Superior Tribunal de Justiça possui vários precedentes admitindo cautelares inominadas (atípicas) em decorrência do poder geral de cautela. A título de exemplificação, podem ser citados os seguintes julgados: REsp 627.759/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/04/2006, DJ 08/05/2006, p. 198; REsp 753.788/AL, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 400.

Daí a afirmação doutrinária no sentido de que o poder geral de cautela constitui poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional²⁷⁷, que tem lastro constitucional, pois decorre da garantia de acesso à justiça, pondo a salvo qualquer situação que, mesmo não prevista em lei, demande tutela jurisdicional.

Ademais, no manejo do poder geral de cautela, o art. 797 do CPC possibilita que o magistrado determine medidas cautelares de ofício, independentemente de requerimento da parte²⁷⁸. Havendo fundado receio de lesão grave e de difícil reparação, cabe ao juiz adotar as medidas necessárias para fornecer a tutela de segurança à pretensão da parte, no intuito de possibilitar a futura satisfação do direito material.

Feitas tais considerações, parte-se para a análise do texto normativo do poder geral de cautela, conforme disposto no art. 798 do CPC:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz *determinar as medidas provisórias que julgar adequadas*, quando houver *fundado receio* de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra *lesão grave e de difícil reparação*. (grifos acrescentados)

No texto normativo acima, nota-se que a hipótese legal é composta por termos indeterminados, cuja vagueza semântica confere ao juiz a função de atribuir, à vista do caso concreto, o conteúdo das expressões “fundado receio” de “lesão grave e de difícil reparação”.

O consequente normativo, por sua vez, também é indeterminado, tendo em vista que cabe ao magistrado “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas”. Não há, portanto, um efeito jurídico predeterminado, sendo de incumbência do juiz a fixação das consequências jurídicas.

Nesse sentido, revela-se bastante esclarecedora a explicação de Alexandre Gois de Victor:

No preceito em apreço os antecedentes fáticos apresentam-se, como é intuitivo, sob o signo da vagueza e indeterminação, razão porque caberá ao juiz preencher o conteúdo ou sentido das expressões “*fundado receio*” e “*lesão grave e de difícil reparação*”.

²⁷⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A moderna ótica do poder geral de cautela do juiz. *Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 534.

²⁷⁸ Nesse sentido explica Humberto Theodoro Júnior: “[...] as medidas cautelares inominadas, compreendidas dentro dos limites dos poderes processuais do juiz, tanto podem ser tomadas a requerimento da parte como *ex officio*” (Ob. cit., p. 99).

Por outro lado, deverá fixar, estabelecer, portanto, *criar* o consequente normativo (ou efeito jurídico), de maneira a eleger a *medida provisória adequada* que atenda ao caso concreto que tem sob os seus auspícios.²⁷⁹

Por isso se afirma que o poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC, constitui uma cláusula geral processual²⁸⁰, haja vista a indeterminação existente tanto do antecedente fático como no consequente normativo.

Há, inclusive, precedente do Superior Tribunal de Justiça²⁸¹ que considera o poder geral de cautela como cláusula geral processual que “clama a observância ao princípio da adequação judicial, propiciando a harmonização do procedimento às particularidades da lide, para melhor tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão”.

Assim, tratando-se de cláusula geral, o poder geral de cautela insere em sua disciplina jurídica um amplo domínio de casos, nas palavras de Karl Engisch. É que, com base no poder geral de cautela, possibilita-se a adoção de medidas para as mais variadas situações jurídicas. Nesse sentido, citem-se os seguintes exemplos de manejo da cautelar com base no poder geral de cautela²⁸²: a) para obtenção de efeito suspensivo a recursos extraordinário e especial, bem como à apelação em mandado de segurança; b) para destrancar recursos excepcionais obrigatoriamente retidos (art. 542, § 3º, CPC); c) para autorizar a produção de provas antes do momento regular, ainda que ausentes os requisitos para a cautelar típica de produção antecipada de provas; e d) para até mesmo obter o afastamento do juiz do caso na hipótese de exceção de suspeição desacolhida e pendente de análise recursal.

Tais exemplos ilustram a amplitude de situações jurídicas que podem ser objeto da tutela cautelar, o que se alcança em razão da indeterminação em ambos os extremos da estrutura normativa da cláusula geral do poder geral de cautela, promovendo uma adaptabilidade da tutela jurisdicional às infundáveis possibilidades do direito material.

²⁷⁹ VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. Ob. cit., p. 72.

²⁸⁰ Nesse sentido se manifesta Fredie Didier Jr (*Cláusulas gerais processuais*. Ob. cit., p. 9).

²⁸¹ STJ, REsp: 1241509 RJ 2011/0043812-6, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 09/08/2011, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 01/02/2012.

²⁸² Síntese trazida por Fernando Gajardoni (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Ob. cit., p. 536) a partir de situações colhidas em precedentes judiciais.

CAPÍTULO IV – A COMPLEXIDADE DO PROCESSO DE APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA E O PROBLEMA DA “JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA”

4.1 A tentativa de subsunção na aplicação dos pressupostos da tutela antecipada

Tradicionalmente, compreende-se a subsunção como método exclusivo de aplicação do direito, pelo qual se promove um enquadramento do fato à hipótese da norma, aplicando-se, assim, a norma jurídica no caso concreto.

Na era da codificação, todo o direito estaria contido nas leis e, em razão disso, a posição do aplicador seria meramente de adequação do fato à lei, através do procedimento lógico da subsunção²⁸³.

Com base no dogma da completude do ordenamento jurídico, aplicar-se-ia o direito mediante a subsunção pura, que se opera através da consideração do fato a ser enquadrado na classe de fatos constante da norma geral abstrata. Essa aplicação mecânica da lei reflete o momento histórico do auge do positivismo jurídico clássico do século XIX, em que o direito era o direito escrito²⁸⁴.

Esse sistema logicamente fechado fazia com que o aplicador realizasse uma atividade meramente dedutiva: partia da norma e verificava se o caso concreto se encaixava na hipótese normativa. Desse modo, aplicava-se o direito, unicamente, através da lógica, sendo a subsunção herança da escolástica e do racionalismo jusnaturalista²⁸⁵.

Portanto, a subsunção pode ser compreendida como a operação de encaixe entre conceitos. Trata-se de enquadrar o caso concreto na norma jurídica que o regula²⁸⁶.

Assim, com o positivismo jurídico como modelo dominante, a subsunção

²⁸³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção da aplicação do direito. *Faculdade de direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Org. Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 416.

²⁸⁴ Ibidem, p. 420.

²⁸⁵ Ibidem, p. 422-423.

²⁸⁶ Nesse sentido expõe Flóscolo da Nóbrega: “A aplicação do direito consiste, assim, em enquadrar o caso concreto numa norma jurídica que o regule; é o que em termos técnicos se chama subsunção, inclusão do particular no geral – aplicar o direito é subsumir o caso concreto na norma” (*Introdução ao direito*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987, p. 193).

despontou como método exclusivo de aplicação do direito, prevalecendo o raciocínio lógico-dedutivo pelo qual se tem a premissa maior (norma jurídica), a premissa menor (fato) e a conclusão, daí decorrendo a consequência jurídica.

Daí por que, entre os modelos da ciência dogmática do direito, o analítico²⁸⁷ foi o que mais se desenvolveu. Por esse modelo, realiza-se um procedimento de análise que consiste em um “processo de decomposição em que se parte de um todo, separando-o e especificando-o nas suas partes. O método analítico é, neste sentido, um exame discursivo que procede por distinções, classificações e sistematizações”²⁸⁸.

Essa prevalência do método analítico igualmente se verifica no âmbito do Direito Processual Civil. Desse modo, os processualistas partem para a análise do texto normativo em busca de estabelecer conceituações. É o que se verifica, inclusive, no estudo das tutelas de urgência.

Ao examinar o tema, a doutrina se dedica à conceituação dos pressupostos concessivos das tutelas de urgência, a partir da detida análise dos respectivos textos normativos. Desse empenho doutrinário resulta um esforço na delimitação conceitual no plano abstrato.

Nessa perspectiva analítica, portanto, a doutrina se debruça no estudo conceitual dos pressupostos da tutela antecipada satisfativa genérica (art. 273, I, CPC). Assim, a tarefa doutrinária inicial consiste em conciliar os termos “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”, aparentemente contraditórios. É que, como assinala Daniel Neves, “o termo inequívoco significa aquilo que não se tem mais dúvida, que não admite mais discussão, o que é, naturalmente, incompatível com a ideia de verossimilhança, que cuida tão somente da aparência da verdade”²⁸⁹.

Com esse objetivo, há corrente doutrinária, liderada por Barbosa Moreira, que

²⁸⁷ Adota-se aqui a divisão estabelecida por Tercio Sampaio Ferraz Jr., que identifica três modelos da ciência jurídica: analítico, hermenêutico e empírico. O modelo analítico apresenta uma sistematização de regras para a obtenção de decisões possíveis, possuindo um caráter em certa medida formalista. Já o modelo hermenêutico assume a ciência do direito como atividade interpretativa, construindo-se como um sistema compreensivo do comportamento humano. Finalmente, o modelo empírico segue a concepção de ciência do direito como uma investigação das normas de convivência, constituindo-se o pensamento jurídico como um sistema explicativo do comportamento humano (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 47-48).

²⁸⁸ Ibidem, p. 53.

²⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ob. cit., p. 1166. Daí a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni no sentido de que “há dificuldade de compreender como uma prova inequívoca pode gerar somente verossimilhança” (Antecipação da tutela, ob. cit., p. 167).

se vale da interpretação gramatical para, partindo do conceito de “inequívoco” como antônimo de “equivoco”, chegar à conclusão de que prova inequívoca é “aquela que só num sentido é possível entender – independentemente, note-se, de sua maior ou menor força”²⁹⁰. Para Barbosa Moreira, portanto, a expressão “prova inequívoca” não diz respeito à sua força persuasiva, pois esta capacidade para persuadir se exige enquanto “verossimilhança da alegação”.

Contudo, a compreensão de que “prova inequívoca” seria aquela que aponta em um único sentido sofre forte e consistente crítica. Como defende Luiz Guilherme Marinoni, “uma prova que aponta em dois sentidos também pode formar convicção de verossimilhança, bastando apontar para o direito do autor de forma mais convincente”²⁹¹. Aduz Marinoni²⁹² que a prova que aponta em dois sentidos pode ser valorada e conjugada com outra, não podendo ser excluída do conjunto probatório sobre o qual a convicção incide.

Por isso, a principal contribuição de Barbosa Moreira reside na percepção de que a expressão “prova inequívoca” corresponde ao meio de prova, não se referindo ao grau de convicção do julgador²⁹³. Isso porque, quanto à convicção do magistrado, o dispositivo legal exige apenas a verossimilhança da alegação, inerente à cognição sumária que caracteriza a tutela antecipada.

Embora tenham significados distintos, os pressupostos “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação” são interligados e, por isso, devem ser interpretados conjuntamente. Por essa razão, parece mais adequado compreender, conforme Bedaque, que “existirá prova inequívoca toda vez que houver prova consistente, capaz de formar a convicção do juiz a respeito da verossimilhança do direito”²⁹⁴.

Portanto, prova inequívoca é o meio de prova consistente, capaz de conduzir o julgador a um juízo de probabilidade²⁹⁵. Isso significa que, para a concessão da tutela antecipada satisfativa, faz-se necessário um juízo de verossimilhança

²⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação dos efeitos da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, n. 104, p. 103-104.

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, ob. cit., p. 172.

²⁹² Ibidem, p. 174.

²⁹³ Vale mencionar que prova é um termo plurívoco. Pode significar meio, atividade e resultado.

²⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 336-337.

²⁹⁵ Essa parece ser a posição de Didier Jr., Braga e Oliveira, que afirmam a prova inequívoca como a “prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária” (ob. cit., p. 498).

(probabilidade) acompanhado de prova, não podendo se sustentar em mera alegação da parte.

Superadas tais divergências sobre a precisa delimitação conceitual dos pressupostos acima analisados, a doutrina parece concordar que a tutela antecipada se funda em um juízo de probabilidade, próprio da cognição sumária e da provisoriedade do provimento, diferentemente da cognição exauriente pela qual se obtém um julgamento definitivo apto a produzir a coisa julgada material.

Além disso, a doutrina converge no entendimento de que a “prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação”, exigida na tutela antecipada satisfativa, é pressuposto mais intenso e rigoroso que o *fumus boni iuris* da tutela cautelar. É o que defende Kazuo Watanabe:

Mas um ponto deve ficar bem sublinhado: 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 até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dúvida, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples ‘fumaça’, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito.²⁹⁶

Semelhante lição é apresentada por Athos Gusmão Carneiro, ao afirmar que “a verossimilhança, em seu conceito jurídico-processual, é mais do que o ‘fumus boni iuris’ exigível para o deferimento de medida cautelar”²⁹⁷.

De um modo geral, a doutrina reconhece que a heterogeneidade dos textos normativos acarreta diferentes graus de convencimento, afirmando que o juízo de verossimilhança da tutela antecipada satisfativa se revela mais intenso e rigoroso do que o da tutela cautelar²⁹⁸. Essa gradação também é mencionada em alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça²⁹⁹.

²⁹⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, ob. cit., p. 33-34.

²⁹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 27.

²⁹⁸ Nesse sentido, confira-se: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ob. cit., p. 334. BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 35. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 501. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ob. cit., p. 1142-1143.

²⁹⁹ No julgamento do AgRg na MC 12968/PR, assim restou consignado: “Diferentemente do provimento de natureza tipicamente cautelar, que se satisfaz com o juízo de aparência (*fumus boni iuris*), a antecipação de tutela exige que o autor demonstre a verossimilhança de suas alegações por meio de prova inequívoca, o que traduz juízo de evidência bem mais complexo do que o exigido para a tutela cautelar” (AgRg na MC 12968/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 25/09/2007, DJ 05/10/2007, p. 245). No mesmo sentido: REsp 532570/RS, Rel. Ministro João Otávio

Por outro lado, apesar de mais robusto que o *fumus boni iuris* da tutela cautelar, o pressuposto da prova inequívoca da verossimilhança da alegação é apontado pela doutrina como menos rigoroso ou intenso que o “fundamento relevante” exigido para a concessão de medida liminar no mandado de segurança³⁰⁰.

Daí é possível estabelecer uma linha de convencimento que pode ser assim representada: *fumus boni iuris* < prova inequívoca da verossimilhança da alegação < fundamento relevante.

É o que explica Cassio Scarpinella Bueno:

Dados esses confrontos, seria possível tecer um gráfico de intensidade do convencimento do magistrado. O *fumus boni iuris* representa um grau menos intenso de convencimento do que a ‘prova inequívoca da verossimilhança da alegação’, que, por sua vez, é menos intensa do que o ‘fundamento relevante’ do mandado de segurança.³⁰¹

Diante disso, evidencia-se o grande esforço intelectual da doutrina para conceituação dos pressupostos da tutela antecipada, com a consequente gradação do convencimento judicial.

Isso ocorre exatamente para possibilitar a operação da subsunção, pois esta se realiza através do encaixe entre conceitos: compara-se o conceito do fato ao conceito da norma, operando-se o enquadramento próprio do processo subsuntivo. Daí a necessidade de delimitação conceitual dos pressupostos da tutela antecipada.

Desse modo, com a conceituação dos pressupostos das tutelas de urgência e o estabelecimento de graus de convencimento do magistrado, a doutrina pretende a aplicação desses pressupostos através do método da subsunção.

Percebendo a questão, Eduardo da Fonseca Costa assinala:

Com isso, para os analíticos, a concessão do provimento de urgência só pode ser entendida como um simples ato *concepto-subsuntivo*: para que o juiz conceda a medida liminar, cabe-lhe verificar se o direito alegado pelo autor e se o perigo concreto que ele diz afligi-lo se enquadram, respectivamente, nos ‘bem delimitados’ conceitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.³⁰²

Desse modo, pretende-se utilizar o raciocínio lógico-dedutivo da subsunção

de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21/10/2004, DJ 13/12/2004, p. 292.

³⁰⁰ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 36. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 502.

³⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., 36.

³⁰² Ibidem, p. 50.

para aplicar os pressupostos das tutelas de urgência, como se o deferimento de medidas liminares dependesse de um simples enquadramento dos fatos à norma jurídica.

Com esse objetivo, parcela da doutrina chega a estabelecer as etapas pelas quais o raciocínio jurídico se desenvolve para apreciação do pedido de tutela de urgência, expondo um passo-a-passo da tarefa judicial de apreciação dos pressupostos das tutelas de urgência.

Nessa perspectiva se manifesta, por exemplo, Antônio Cláudio da Costa Machado:

Por sua íntima conexão com o direito material – dada a identidade fático-jurídica existente entre a causa petendi da ação de conhecimento e causa petendi remota da ação cautelar –, a atividade lógico-intelectiva do magistrado em relação ao *fumus boni iuris* passa por quatro etapas: a) investigação superficial dos fatos que fundamentarão a ação principal; b) investigação superficial do direito aplicável a tais fatos (também aqui vale a proposição *iura novit curia*); c) subsunção aparente dos fatos ao direito; d) declaração da existência do *fumus boni iuris*. Já no que concerne ao *periculum in mora*, um pouco menos complexa se nos afigura a atividade intelectual do juiz que, por seu caráter processual, passa por apenas três etapas: a) investigação superficial dos fatos relativos à situação de perigo, em que se encontra envolto o direito, e à irreparabilidade absoluta ou relativa deste; b) subsunção aparente dos fatos à figura do *periculum in mora*; c) declaração da existência deste requisito.³⁰³

Com base nas considerações acima, busca-se sintetizar, neste ponto do trabalho, que o tratamento analítico e conceitual dos pressupostos das tutelas de urgência prevaleceu por se acreditar que a concessão dessas medidas seria um problema subsuntivo, ou seja, de simples enquadramento do fato à norma jurídica mediante tal encaixe conceitual.

4.2 O modelo analítico e o distanciamento da realidade: a separação entre teoria e prática na concessão de medidas liminares

O tratamento analítico dos pressupostos das tutelas de urgência, como exposto acima, resulta em um estudo abstrato e conceitual do tema. Essa postura, no entanto, acarreta um distanciamento da realidade, pois deixa de se preocupar

³⁰³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 101.

com a dinâmica externa e concreta da vida social para se voltar à sua própria dinâmica, interna e abstrata³⁰⁴.

Trata-se de uma influência do paradigma racionalista que, como aponta Ovídio Baptista da Silva³⁰⁵, buscou fazer do Direito uma “ciência” sujeita à metodologia da matemática, transformando o pensamento jurídico em um conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade. Uma das consequências dessa metodologia é a separação entre o direito dos grandes sistemas teóricos e aquele dos práticos forenses. Há, nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, um “divórcio entre o direito que se pratica no foro e o direito exposto pela doutrina dos sábios em seus manuais e reproduzido pela cátedra universitária”³⁰⁶.

Evidencia-se, nessa perspectiva, uma separação entre teoria e prática na concessão de medidas liminares. É possível comparar, então, “o sentido ‘morto’ e meramente frásico do texto de lei com o sentido ‘vivo’ e contextualizado da norma concretamente vivenciada”³⁰⁷.

Tal desencontro entre teoria e prática se percebe, inicialmente, pela frustrada tentativa de medição em graus dos pressupostos das diferentes modalidades de tutela de urgência. Aquela linha de convencimento judicial (*fumus boni iuris* < prova inequívoca da verossimilhança da alegação < fundamento relevante), apesar de teoricamente bem formulada, não tem aplicação prática relevante, pois não é possível matematizar o raciocínio jurídico.

Como observa Marinoni³⁰⁸, não tem propósito pretender explicar o conceito de prova inequívoca mediante uma tentativa de comparação entre a verossimilhança do art. 273 e o *fumus boni iuris* da tutela cautelar, como se a prova e a cognição pudessem ser medidos em graus.

Para o processualista paranaense, não há lógica na distinção entre a convicção de verossimilhança da tutela antecipatória e aquela característica da tutela cautelar, sendo um enorme equívoco supor que a verossimilhança possa variar

³⁰⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*, ob. cit., p. 49. O autor utiliza a expressão “direito vivo”, cunhada por Eugen Ehrlich, para designar a perspectiva pragmática da concessão de medidas liminares, em oposição ao “direito morto” presente nos textos legais.

³⁰⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. Ob. cit., 2006, p. 1.

³⁰⁶ Ibidem, p. 35.

³⁰⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*, ob. cit., p. 27.

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, ob. cit., p. 171.

conforme se trate de tutela cautelar ou de tutela antecipatória. Marinoni³⁰⁹ afirma, por isso, que tal gradação não passa de uma tentativa, sem êxito, de empregar a lógica matemática para demonstrar algo que não pode ser por ela explicado.

Segundo Marinoni³¹⁰, a doutrina que assim aborda a questão supõe que, formatando a atividade judicial, ou seja, definindo o grau de convencimento ou a qualidade da prova hábil à decisão, pode resolver a problemática que envolve a tutela antecipada. Todavia, aponta o autor que, havendo uma referência legislativa a um juízo de verossimilhança, o legislador reconhece que a necessidade da tutela antecipada depende das peculiaridades do caso concreto.

Por tais motivos, a delimitação dos graus de convencimento judicial, apesar da elegante formulação teórica, não se aplica na prática dos tribunais. Como reconhece Cassio Scarpinella Bueno, o gráfico de intensidade de convencimento do magistrado tem relevância teórica, mas não encontra repercussão prática:

Mas está certo no papel, porque não funciona na prática. Na prática, não é possível ligar à mente do magistrado que analisa uma petição inicial de ação cautelar, de ação com pedido de tutela antecipada ou de mandado de segurança, uns tantos conectores para que seja medido o grau ou intensidade de convencimento que ele forma a partir do que é narrado e/ou documentado pelo autor.³¹¹

A mesma conclusão é obtida por Eduardo José da Fonseca Costa³¹², para quem a diferenciação entre os graus de convencimento judicial não tem valor prático. Explica o autor, com propriedade, que tal classificação somente é possível no plano teórico, mas, na prática, os juízes não atrelam as modalidades de tutela de urgência a cada um desses graus.

Para Eduardo Costa³¹³, portanto, embora as disposições legais prevejam diferentes termos para a definição dos seus pressupostos, a identidade funcional que reúne as modalidades de tutela de urgência faz com que esses pressupostos sejam os mesmos.

Afirma o autor, com isso, que as diversas espécies de tutela de urgência, na prática dos tribunais, acabam sendo concedidas com base nos mesmos

³⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, ob. cit., p. 171.

³¹⁰ Ibidem, p. 172.

³¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 36-37.

³¹² COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*, ob. cit., p. 35-41.

³¹³ Ibidem, p. 40.

pressupostos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), apesar dos diferentes termos consagrados nas disposições legais³¹⁴.

Tal constatação de inaplicabilidade prática daquela linha de convencimento judicial teoricamente formulada leva à percepção de que não é possível a aplicação dos pressupostos da tutela antecipada por meio da subsunção.

Com efeito, não é viável o modelo subsuntivo na aplicação dos pressupostos da tutela antecipada porquanto, tratando-se de textos normativos abertos, sua vagueza semântica impede uma precisa delimitação conceitual desses pressupostos.

Como reconhece Eduardo José da Fonseca Costa³¹⁵, os pressupostos para concessão de medidas liminares são termos vagos, indeterminados ou fluidos, tornando-se muito difícil sua definição, de modo que o conteúdo da urgência (*periculum in mora*) e da evidência (*fumus boni iuris*) somente pode ser obtido em cada caso concreto, cabendo ao juiz avaliar se a urgência e evidência apresentadas *in concreto* são suficientes para a concessão da medida.

Essa ausência de precisão conceitual, inerente aos textos normativos abertos, impossibilita que se opere o encaixe entre conceitos próprio da subsunção. Ora, inexistindo um conceito normativo preciso, não é viável enquadrar o conceito do fato ao conceito da norma, pois este último não pode ser delimitado.

Em suma, não é possível subsumir o caso concreto aos pressupostos concessivos da tutela antecipada, pois tal aplicação vai além do simples enquadramento do fato à hipótese da norma.

Há, ainda, outro aspecto que evidencia a separação entre teoria e prática quando se fala em concessão de medidas liminares, tal como constatado por Eduardo José da Fonseca Costa.

Como se sabe, os pressupostos para concessão das tutelas de urgência são cumulativos. Para o deferimento da tutela antecipada de urgência (art. 273, I, CPC), exige-se a presença da prova inequívoca da verossimilhança da alegação cumulativamente com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

De igual modo, para a concessão da tutela cautelar (arts. 798 e 801, IV, CPC), faz-se necessário que estejam presentes o fundado receio de lesão e o risco de

³¹⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 41.

³¹⁵ Ibidem, p. 152-153.

lesão grave ou de difícil reparação.

Nesse aspecto, a doutrina é unânime em exigir a presença cumulativa de ambos os requisitos (urgência e evidência), de modo que, ausente qualquer deles, a medida pleiteada deve ser indeferida.

Entretanto, Eduardo Costa identifica que, na prática, os pressupostos das medidas liminares não são aplicados de modo tão mecânico e simplista como se imagina na teoria. Segundo o autor, na prática dos tribunais, quanto mais intenso o *fumus boni iuris*, com menor rigor o *periculum in mora* é exigido, assim como, quanto mais intenso for o *periculum in mora*, menos se exige na análise do *fumus boni iuris*. Afirma-se, com isso, a possibilidade de que “a presença ‘forte’ de um pressuposto ‘compense’ a presença fraca do outro”³¹⁶.

Para comprovar tais assertivas, Eduardo Costa exemplifica situações concretas em que ocorre essa “compensação mútua” entre *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, apresentando as hipóteses de concessão de medidas liminares.

O autor cita, então, a medida liminar concedida como (a) *tutela de evidência extremada sem urgência*³¹⁷ (tutela de evidência extremada pura). Nessa hipótese, está-se diante de uma pretensão de direito material de existência quase certa, o que leva à concessão da medida liminar sem que seja tomada em consideração a existência do *periculum in mora*. A procedência da demanda, nesse caso, salta aos olhos do julgador, atraindo o foco de atenção para o *fumus boni iuris*, deixando o *periculum in mora* de ser visto como motivo para a outorga da tutela de urgência. Isso é comum, por exemplo, nas demandas tributárias e previdenciárias, nas quais a petição inicial apresenta provas robustas e pré-constituídas e a matéria de direito já se encontra reconhecida pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Há, por outro lado, situações nas quais se concede a medida liminar como (b) *tutela de urgência extremada sem evidência*³¹⁸ (tutela de urgência extremada pura). Nessas hipóteses, o magistrado não apresenta qualquer consideração relevante sobre o *fumus boni iuris*, como se o *periculum in mora* fosse o único pressuposto para a concessão da medida liminar. Isso ocorre quando o perigo de dano irreparável é extremado a ponto de absorver todo o foco da atenção do julgador.

³¹⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 19.

³¹⁷ Ibidem, p. 71-90.

³¹⁸ Ibidem, p. 91-122.

O exemplo mais comum de tutela de urgência extremada sem evidência se refere aos casos de direito à saúde. Nessas situações, o perigo de dano irreparável é máximo, pois o bem jurídico ameaçado é a vida, aplicando-se o seguinte raciocínio: “salve-se a vida; só após se discuta o direito”³¹⁹. Outra hipótese dessa modalidade consiste no pedido liminar de candidato em concurso público pelo qual se pleiteia a participação na etapa seguinte do certame. Nesse caso, a urgência é máxima porquanto, se o candidato não puder participar da etapa seguinte, a ação perderá a sua razão de ser, inviabilizando a efetivação de eventual sentença de procedência futura. O mesmo raciocínio se verifica em procedimentos licitatórios, nos quais os licitantes, muitas vezes, requerem medidas liminares para prosseguir na licitação, pois, caso contrário, impossibilita-se a efetivação de eventual sentença de procedência, já que o autor não teria participado das demais fases da licitação. Mais um exemplo de tutela de urgência extremada sem evidência se refere às medidas liminares ambientais. Nesses casos, tem-se urgência extremada em razão do bem jurídico tutelado, pois o meio ambiente ecologicamente equilibrado tem especial proteção constitucional (art. 225, CF) e os danos ambientais normalmente são irreversíveis, sendo extremado o perigo de dano irreparável. Nesses casos, ademais, reforça-se o *periculum in mora* pela incidência do princípio da precaução.

A tutela de evidência extremada pura e a tutela de urgência pura são apontadas por Eduardo Costa como as hipóteses mais extravagantes de medidas liminares, pois sua concessão se afasta do usual, integrando a categoria dos casos-limite.

Assim, o autor apresenta outras hipóteses menos radicais em que *fumus boni iuris* e *periculum in mora* se fazem concomitantemente presentes, ainda que de forma não homogênea. Para Eduardo da Fonseca Costa, portanto, há também os seguintes tipos de medida liminar: (c) *tutela de evidência extremada e de urgência não extremada*, na qual existe um *fumus boni iuris* contundente, suficiente para a concessão da tutela de evidência extremada pura, sendo reforçado por um *periculum in mora* mais tênue; (d) *tutela de urgência extremada e de evidência não extremada*, na qual, além da urgência extremada que já justificaria a concessão da medida, acrescenta-se uma evidência intermediária; (e) *tutela de evidência e urgência*

³¹⁹ Ibidem, p. 95.

extremadas, situação na qual se verifica a presença robusta tanto da evidência quanto da urgência; (f) *tutela de evidência e urgência não extremadas*, nas qual *fumus boni iuris* e *periculum in mora* se apresentam em níveis igualmente intermediários.

Além dessas hipóteses, Eduardo Costa apresenta dois outros tipos de medida liminar, cuja concessão se dá em razão da presença exagerada de um dos pressupostos, sendo tal demasia presumida por lei: (g) *tutela de evidência pura de extremidade legalmente presumida*, na qual se exige apenas a presença dos elementos que a lei considera suficientes para configuração do *fumus boni iuris* extremado, dispensando-se a demonstração do *periculum in mora* (p. ex., ação de manutenção ou de reintegração de posse nova – art. 928, CPC – e embargos de terceiro – art. 1.051, CPC); (h) *tutela de urgência pura de extremidade legalmente presumida*, na qual a presença exagerada do *periculum in mora* se presume caso estejam presentes os elementos elencados pela lei como suficientes para a concessão da medida, prescindindo-se do exame do *fumus boni iuris* (p. ex., imissão provisória da posse em ação de desapropriação – art. 15, Decreto-lei 3.365/41).

Portanto, em sua pesquisa de cunho pragmático, Eduardo José da Fonseca Costa³²⁰ identifica que o Poder Judiciário, na prática, estabelece uma relação de complementaridade entre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, havendo, assim, uma lógica de compensação mútua. Nessa perspectiva, tais pressupostos atuam em regime de integração e de complementação recíproca, afastando a afirmação de que seriam pressupostos autônomos e independentes, como se a verificação de um fosse absolutamente separada da análise do outro.

O processualista aduz, dessa forma, que a concessão de medidas de urgência depende da “existência de um único pressuposto, que é o *resultado da valoração* que o juiz faz a respeito do estado de tensão entre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, tal como configurados *in concreto*”³²¹.

Tais considerações demonstram que a análise tradicional dos pressupostos da tutela antecipada não consegue explicar satisfatoriamente o seu processo de aplicação, pois se limita a uma abordagem meramente conceitual dos textos legais. Esse modo de análise, porém, supõe que a aplicação das tutelas de urgência

³²⁰ Ibidem, p. 147-148.

³²¹ Ibidem, p. 149.

consistiria em simples subsunção, como se as medidas liminares fossem concedidas com base em um raciocínio lógico-dedutivo de enquadramento do fato à norma.

A prática dos tribunais, por outro lado, revela que a concessão de medidas liminares envolve um complexo processo decisório que extrapola a subsunção. Em razão dos textos normativos abertos que caracterizam os pressupostos da tutela antecipada, tem-se uma vagueza semântica que promove uma abertura à valoração do julgador, permitindo-lhe a aplicação do direito com ampla adaptabilidade às peculiaridades do caso concreto.

Daí a necessidade de uma releitura crítica sobre o processo de aplicação da tutela antecipada, superando-se o dogma da subsunção como método exclusivo de aplicação do direito.

4.3 Subsunção e concreção como métodos de aplicação do direito

Diante das considerações delineadas no tópico anterior, percebe-se que, na atual perspectiva do sistema jurídico, a subsunção não constitui método exclusivo de aplicação do direito, sobretudo diante da sua inadequação para aplicação dos textos normativos abertos.

Com efeito, diante da consagração de textos normativos abertos e do reconhecimento da distinção entre texto e norma, impõe-se uma releitura do processo de aplicação e realização do direito. Isso porque a diversidade da linguagem normativa implica distintos métodos de aplicação do direito.

Segundo Humberto Ávila, as normas jurídicas se diferenciam pela medida de rigidez ou grau de tipicidade da previsão normativa. As prescrições normativas com formação rígida ou tipificação máxima³²² “possuem linguagem determinada e fornecem particularidades suficientes para determinação do seu sentido, sem intensa atividade valorativa por parte do aplicador”³²³.

Para tais prescrições normativas, a aplicação do direito se opera mediante a subsunção, compreendida como o ato de colocar em correspondência o conceito do fato com o conceito da norma, enquadrando fatos particulares em uma dada classe

³²² Assim podem ser considerados os textos normativos fechados.

³²³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção da aplicação do direito. *Faculdade de direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Org. Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 446.

normativa³²⁴.

Ávila diferencia, por outro lado, as prescrições normativas de linguagem aberta e indeterminada, as quais não fornecem particularidades suficientes para a determinação do seu sentido, senão por meio do preenchimento valorativo condicionado à análise do caso concreto³²⁵.

Evidencia-se, pois, que a subsunção encontra diversos obstáculos para aplicação de determinadas normas jurídicas, não podendo ser considerada método exclusivo de aplicação do direito.

Nesse sentido, Humberto Ávila³²⁶ indica diversos obstáculos para a subsunção enquanto técnica exclusiva de aplicação do direito. Primeiramente, o autor observa que a subsunção apresenta uma rigidez classificatória que proporciona falta de informação sobre as circunstâncias de fato. Com isso, o fato individual não é apreendido na sua totalidade, havendo a desconsideração de objetos individuais não valorizados pela norma abstrata.

Além disso, Ávila³²⁷ sustenta que a subsunção compromete os valores sistemáticos, por duas razões: os fatos nem sempre se encaixam perfeitamente no conceito normativo e a norma jurídica não resulta de um isolado veículo normativo, mas do sistema globalmente considerado.

Tais obstáculos se mostram evidentes diante de textos normativos abertos. A subsunção, como operação de encaixe entre conceitos, pressupõe a identidade conceitual: o fato deve ser enquadrado no conceito normativo. Essa operação, entretanto, não é possível diante de textos abertos, como as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados. Isso porque, nesses tipos de texto, a hipótese normativa é vaga, não havendo uma precisão semântica que permita o enquadramento³²⁸ do fato à norma.

Ora, inexistindo conceito normativo preciso, não é possível verificar a identidade conceitual necessária à subsunção. Tratando-se de termo indeterminado, resta inviabilizado o enquadramento do fato à hipótese normativa, pois esta última

³²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção da aplicação do direito*. Ob. cit., p. 413.

³²⁵ Ibidem, p. 446.

³²⁶ Ibidem, p. 426.

³²⁷ Ibidem, p. 426-427.

³²⁸ Nesse sentido aponta Humberto Ávila ao afirmar que a subsunção “não supera a vagueza das normas que não encontram, diretamente, fatos a encaixar” (ibidem, p. 448).

não tem o seu sentido determinado abstratamente.

Nos textos normativos abertos, não há uma formulação acabada da premissa maior e da premissa menor, de modo que tais elementos são construídos pelo próprio aplicador³²⁹. Daí por que não há, nessas situações, uma mera operação lógica de subsunção.

Diante disso, evidencia-se que o processo de aplicação dos textos normativos abertos não ocorre mediante subsunção, pois “requerem, em maior intensidade, um processo volitivo complexo – concreção –, por meio do qual a norma é preenchida de conteúdo de sentido, de acordo com valores intra e extra-sistemáticos”³³⁰.

A aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, portanto, se dá através da concreção. Para Ávila, a concreção “consiste no processo de aplicação do direito que, substituindo as notas abstratas pelas especificidades concretas, atribui sentido concreto às normas”³³¹.

Como os textos normativos abertos não têm um sentido determinado, em razão da sua vagueza semântica, faz-se necessário que esse sentido seja atribuído concretamente, o que se realiza por meio da concreção.

Na concreção, a aplicação do direito apresenta elementos não estritamente “positivos”, pois envolve também valores extrajurídicos, de modo que a subsunção constitui apenas parte do processo de concreção³³². A aplicação do direito, portanto, extrapola a mera subsunção como procedimento lógico-dedutivo, havendo, na verdade, uma “mescla de indução e dedução”³³³.

Humberto Ávila³³⁴ apresenta cinco elementos externos integrantes da concreção: a) finalidade concreta da norma; b) pré-compreensão; c) valoração judicial dos resultados da decisão; d) precedente judicial; e) consenso como fundamento parcial da decisão.

A finalidade concreta da norma³³⁵ constitui elemento fundamental de

³²⁹ Ibidem, p. 437.

³³⁰ Ibidem, p. 446.

³³¹ Ibidem, p. 419.

³³² Reconhece-se que a subsunção compõe o processo de concreção. Por isso, não se mostra adequado opor “subsunção *versus* concreção” como se fossem métodos incommunicáveis, separados em compartimentos estanques. Na verdade, o enquadramento conceitual próprio da subsunção também existe na concreção.

³³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Ob. cit., 1997, p. 429.

³³⁴ Ibidem, p. 439-443.

³³⁵ ÁVILA, Humberto Bermann. Ob. cit., 1997, p. 439.

aplicação do direito. Na determinação do sentido da norma, busca-se o fim visado pelo preceito legal. Trata-se aqui do conhecido método teleológico de interpretação.

A pré-compreensão³³⁶, por sua vez, constitui o procedimento prévio do aplicador na delimitação do significado da norma. O aplicador atua seletivamente, tanto na análise das circunstâncias de fato, como na definição das normas aplicáveis ao caso, existindo, nessa atuação, componentes axiológicos e extralegislativos.

Outro elemento integrante do processo de concreção se refere à valoração judicial dos resultados da decisão³³⁷. Tal valoração consiste em uma ponderação dos resultados realizada pelo aplicador, que antecipa imaginárias soluções para o caso e constrói o seu juízo da premissa maior e da premissa menor. Trata-se, portanto, de uma atividade valorativa, cujos valores se manifestam diante do caso concreto.

Ademais, o precedente judicial³³⁸ constitui elemento da concreção, pois exerce função de direcionamento da individualização da norma abstrata. Nos textos normativos abertos, o conteúdo da norma não pode ser definido antes da análise do caso concreto, de modo que o precedente serve para alcançar o sentido dessas normas, transformando fatores metajurídicos em elementos jurídicos.

Diante da complexidade do processo de concreção, a jurisprudência atua para dar certeza e segurança às relações jurídicas. O problema da certeza do Direito passa a depender tanto do conhecimento da lei, como de sua uniformidade de obediência.

Finalmente, o último elemento da concreção, citado por Humberto Ávila, se refere ao consenso como fundamento parcial da decisão³³⁹. No diálogo entre as teses contraditórias, prevalece aquela que possui maior capacidade de consenso. Nessa perspectiva, a ideia de justiça se aproxima da ideia de consenso social e, desse modo, a decisão será justa quando melhor se adaptar aos valores do meio social.

4.4 Concreção como método de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada

³³⁶ Ibidem, p. 439-440.

³³⁷ Ibidem, p. 440-441.

³³⁸ Ibidem, p. 441-443.

³³⁹ Ibidem, p. 443-444.

Partindo da premissa de que os pressupostos da tutela antecipada consubstanciam conceitos jurídicos indeterminados, fica evidente que a sua aplicação se dá mediante o processo de concreção.

Com efeito, diante de textos normativos abertos, percebe-se que sua aplicação não se esgota na simples subsunção, pois não se mostra viável o encaixe conceitual próprio do processo subsuntivo, como já destacado acima.

Tal impossibilidade se verifica na medida em que não é viável a conceituação, no plano abstrato, dos textos normativos abertos, já que seu sentido e conteúdo somente podem ser atribuídos à vista do caso concreto.

Basta analisar, por exemplo, os termos “verossimilhança das alegações” (art. 273, *caput*, CPC) ou “fundado receio de lesão grave” (art. 798, CPC) para se perceber que eles não podem ser precisamente delimitados. Somente será possível verificar se a alegação é verossímil ou se existe fundado receio de lesão grave em face de situações concretas.

Como explica Eduardo José da Fonseca Costa³⁴⁰, a definição do conteúdo da urgência e da evidência somente se alcança mediante a análise de cada caso *sub judice*, pois cabe ao julgador avaliar se os graus de urgência e de evidência vislumbrados in concreto são suficientes para a concessão da medida.

Daí se evidencia a concreção como processo de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada, extrapolando-se o raciocínio lógico-dedutivo por meio de um processo complexo que mistura dedução e indução, no qual se preenche o conteúdo da norma com as especificidades concretas.

Além de só poderem ser definidos diante do caso concreto, os pressupostos da tutela antecipada têm seu conteúdo variável em cada situação. Isso significa que, dependendo das circunstâncias do caso, tais pressupostos assumem diferentes sentidos.

Nesse aspecto, é interessante a analogia feita por Judith Martins-Costa³⁴¹ valendo-se da mitologia grega, ao se referir ao deus marinho Proteu. Seu poder consistia em tomar a aparência que desejasse, assumindo uma diversa figura a cada momento. Analogamente, afirma-se que os conceitos indeterminados e as cláusulas

³⁴⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Ob. cit., 2011, p. 153.

³⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. Ob. cit., 2000, p. 273.

gerais são “proteiformes” porque assumem diferentes conteúdos, dependendo do ângulo de análise do intérprete e das circunstâncias do caso concreto.

É exatamente tal característica que permite a “compensação mútua” e a “complementação recíproca” entre os pressupostos da tutela antecipada, de modo que a presença “exagerada” de um pressuposto compense a presença “atenuada” do outro, tal como identificado por Eduardo da Fonseca Costa.

Cite-se, por exemplo, a tutela de evidência extremada pura, na qual a evidência do direito alegado é tanta que a análise da urgência se realiza com menos rigor. Diante de uma pretensão evidente, a mera tramitação processual sem a imediata satisfação da pretensão já constitui dano que configura situação de urgência. Ora, se a existência do direito alegado pelo autor é quase certa, há urgência em conferir imediata satisfação à sua pretensão, pois, caso contrário, o demandante será obrigado a aguardar o desenrolar do processo, o que lhe causaria “dano de difícil reparação” na medida em que o autor teria que suportar longo período sem o bem da vida pleiteado, sendo impossível devolver ao autor esse lapso temporal.

Por outro lado, na tutela de urgência extremada pura, tem-se uma situação de urgência tão grave que se faz uma análise mais branda da verossimilhança da alegação. Nesses casos de urgência extremada, tal como uma demanda que envolva direito à vida, o pressuposto relativo à verossimilhança da alegação assume um sentido de simples aparência de verdade, existente ainda que haja dúvida sobre o direito alegado pela parte.

A partir dessas observações, conclui-se que a concreção dos pressupostos da tutela antecipada enseja variadas possibilidades de sentidos atribuídos ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*³⁴², a depender do caso concreto.

Deve-se observar, ademais, que a concreção dos pressupostos da tutela antecipada não envolve apenas a aplicação das disposições processuais relativas às medidas de urgência. É certo que também se examina o direito material alegado pela parte, uma vez que o pressuposto concernente à “verossimilhança da alegação” abrange as questões de fato e de direito alegadas pelo autor.

Nessa linha, esclarecedora a lição de Athos Gusmão Carneiro:

³⁴² Utiliza-se aqui o sentido amplo das expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, abrangendo os diversos textos normativos que ensejam tanto a tutela antecipada satisfativa como a cautelar.

[...] o juízo de verossimilhança supõe não apenas a constatação pelo juiz relativamente à *matéria de fato* exposta pelo demandante, como igualmente supõe a plausibilidade na subsunção dos fatos à *norma de lei* invocada – ‘*ex facto oritur ius*’ –, conducente, pois, às consequências jurídicas postuladas pelo autor.³⁴³

Portanto, na apreciação do pedido de tutela antecipada, a análise do julgador não se restringe aos dispositivos processuais invocados, mas envolve o exame das disposições normativas sobre a questão de direito material apresentada. Com isso, o raciocínio jurídico desenvolvido pelo julgador abrange todo o arcabouço normativo concernente ao direito material em análise.

Trata-se de um reenvio a outras disposições normativas integrantes do sistema. Promove-se, assim, a mobilidade interna do sistema jurídico, que consiste no retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema³⁴⁴.

Isso gera uma complexidade ainda maior no processo decisório da tutela antecipada. Além da difícil delimitação dos textos normativos abertos que consubstanciam os pressupostos da tutela antecipada, o magistrado obrigatoriamente analisa o direito material em discussão, que corresponde, muitas vezes, a questões jurídicas de alta complexidade.

Finalmente, ao se abordar a concreção dos pressupostos da tutela antecipada, importa analisar os elementos de aplicação citados por Ávila e sua incidência na concessão de medidas liminares.

De início, percebe-se que a finalidade concreta da norma assume especial relevância na aplicação da tutela antecipada. Isso porque, no manejo da técnica antecipatória, pressupõe-se a antecipação de tutela como instrumento destinado a alcançar um processo capaz de oferecer uma tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos³⁴⁵. Ademais, a tutela antecipada tem a importante finalidade de garantir a isonomia processual, ao proporcionar a distribuição isonômica do ônus do tempo do processo³⁴⁶.

³⁴³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 28. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 500.

³⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Ob. cit., 2000, p. 341-344. A mobilidade externa, por outro lado, consiste na abertura do sistema jurídico às mudanças de valoração, permitindo a inserção de elementos extrajurídicos.

³⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., 2013, p. 60-65.

³⁴⁶ Sobre a antecipação de tutela como meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no

Quanto à pré-compreensão, percebe-se a existência de elementos axiológicos e extralegislativos na aplicação da tutela antecipada, pois o julgador atua de modo seletivo tanto na análise das circunstâncias fáticas como no campo normativo apresentado na situação que reclama o provimento antecipatório.

Por sua vez, a valoração judicial dos resultados da decisão se encontra bastante presente no processo de aplicação da tutela antecipada. Ao analisar um pedido de concessão de medida liminar, o magistrado realiza uma ponderação de resultados, antevendo as consequências concretas do deferimento ou indeferimento da medida pleiteada.

Isso fica evidente na tutela antecipada sobretudo em razão de sua eficácia imediata, pela qual o provimento antecipatório prontamente entrega o bem da vida pretendido pelo requerente.

Essa valoração dos resultados da decisão é bastante clara, por exemplo, nas hipóteses de tutelas de urgência concernentes ao direito à saúde. Nesses casos, é inegável que o magistrado analisa os potenciais resultados de sua decisão, muitas vezes deferindo a tutela antecipada exatamente pelos graves efeitos decorrentes de eventual indeferimento.

Outro elemento da concreção dos pressupostos da tutela antecipada se refere ao consenso. É que a decisão antecipatória termina sendo aquela com maior capacidade de consenso, que funciona como forma de legitimação parcial da decisão.

Por fim, fala-se também no precedente judicial como elemento da concreção. Nesse aspecto, percebe-se que o precedente constitui importante diretriz na objetivação do direito, pois delimita o conteúdo normativo dos textos abertos, servindo como importante parâmetro de aplicação da tutela antecipada.

Pela grande relevância do precedente judicial na aplicação de textos normativos abertos – e da tutela antecipada, consequentemente –, a questão merece análise mais aprofundada, o que se realiza no capítulo seguinte.

4.5 Concreção dos pressupostos da tutela antecipada em face da segurança jurídica e da isonomia: o problema da “jurisprudência lotérica”

A percepção de que a aplicação dos pressupostos da tutela antecipada envolve um processo de concreção, muito além da mera subsunção, evidencia a complexidade do processo decisório referente à concessão ou rejeição do pedido de tutela antecipada.

Tratando-se de textos normativos abertos, dotados de larga amplitude semântica, a definição *in concreto* do sentido dos pressupostos da tutela antecipada pode variar conforme os diferentes modos de conjugação dos elementos de aplicação, levando a diversos resultados na concreção da norma jurídica.

É que, por envolver vários elementos de aplicação, inclusive extrajurídicos, o processo de concreção dos pressupostos da tutela antecipada pode produzir diferentes decisões para as mesmas situações jurídicas, a depender da interpretação do julgador.

Nesse sentido reconhece Athos Gusmão Carneiro, por exemplo, acerca do pressuposto da verossimilhança das alegações: “a verossimilhança é um conceito relativo: aquilo que é verossímil para o juiz A, pode não sê-lo para o juiz B”³⁴⁷. Por sua vez, Didier Jr., Braga e Oliveira assinalam que a análise desse pressuposto é “casuística e dotada de alta dose de subjetivismo”³⁴⁸.

Essa complexidade do processo de aplicação dos pressupostos da tutela antecipada proporciona, habitualmente, a proliferação de diferentes decisões judiciais para situações jurídicas idênticas, fenômeno conhecido por “jurisprudência lotérica” conforme designação dada por Eduardo Cambi³⁴⁹.

O autor parte da constatação de que o texto legal não contém a decisão do problema, sendo a norma resultado do processo hermenêutico pelo qual o intérprete atribui significação aos enunciados. Assim, diante de conceitos indeterminados ou enunciados plurissignificativos, abertos à valoração do intérprete, é possível que a operação de determinação do sentido dos textos conduza a normas diferentes.³⁵⁰

Nesse contexto se insere a *jurisprudência lotérica*, identificada por Eduardo Cambi “quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras

³⁴⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 28.

³⁴⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., 2011, p. 502.

³⁴⁹ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 90, vol. 786, p. 108-128, abr. 2001.

³⁵⁰ CAMBI, Eduardo. Ob. cit., p. 110.

diferentes”³⁵¹, ou seja, para casos idênticos, são proferidas decisões diferentes.

Com isso, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a um determinado juízo, obterá a tutela jurisdicional pleiteada, ao passo que, caso contrário, sendo a demanda distribuída para juízo com entendimento diverso, sua pretensão será rejeitada. Daí a alusão de Cambi à expressão “lotérica”, em referência ao elemento sorte como fator determinante para obtenção da tutela jurisdicional.

Esse fenômeno acarreta graves problemas relacionados à segurança jurídica e à isonomia. Com efeito, é inequívoca a insegurança jurídica gerada quando se interpreta a mesma regra ou princípio de maneira diversa em casos iguais, pois, nesses casos, diante da mesma questão jurídica, alguns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional.

Nessas situações, impera a incerteza em detrimento da credibilidade social da administração da justiça, comprometendo a legitimidade do exercício do poder jurisdicional pelo Estado-Juiz.

Essa falta de certeza do direito, proporcionada pela jurisprudência lotérica, é causa de crise, pois se deixa de efetivar a segurança jurídica, valor imprescindível ao convívio social. De fato, a ordem jurídica tem a missão de prever, com clareza, os direitos, deveres e obrigações, bem como os modos pelos quais devem ser exercidos e cumpridos.

Conforme precisa explicação de Luiz Guilherme Marinoni³⁵², a segurança jurídica é indissociável do Estado de Direito e se caracteriza por dois elementos principais: a) a previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta; b) a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica.

A previsibilidade permite que o cidadão possa esperar um comportamento e se postar de determinado modo, sendo necessário, para tanto, que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Com isso se garante a previsibilidade em relação às consequências de suas ações³⁵³.

Bem percebe Marinoni³⁵⁴ que a previsibilidade necessária à segurança jurídica está ligada à decisão judicial, e não à norma jurídica em abstrato (ou ao texto

³⁵¹ Ibidem, p. 111.

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121-124.

³⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 123-124.

³⁵⁴ Ibidem, p. 126.

normativo). Isso porque, quando se está diante de uma crise de direito material e os textos normativos encontram diversas interpretações, o que realmente importa são as decisões judiciais, momento em que a dimensão normativa dos textos encontra expressão, e não o texto normativo abstratamente considerado.

Daí a necessidade de se garantir a previsibilidade das decisões judiciais, pois é essa previsibilidade que assegura a confiabilidade do jurisdicionado nos seus próprios direitos, o que se revela indispensável para a conformação do Estado de Direito.

A segunda perspectiva da segurança jurídica, relativa à estabilidade das relações jurídicas, exige a continuidade e o respeito às decisões judiciais, que não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário³⁵⁵.

Por outro lado, além de provocar insegurança jurídica, o fenômeno da jurisprudência lotérica constitui grave ofensa à isonomia. Se a Constituição Federal garante o princípio da isonomia, pelo qual “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*, CF), significa que o direito deve ser aplicado igualmente para os casos iguais. A situação inversa, manifestada na jurisprudência lotérica, viola a garantia da isonomia exatamente por permitir soluções diversas para situações idênticas.

Faz-se necessária, portanto, uma releitura do princípio da igualdade. Tradicionalmente, analisa-se a incidência do princípio da igualdade apenas quanto ao tratamento igualitário das partes no processo, a fim de que se permita a participação com paridade de armas.

No máximo, além dessa igualdade no processo, fala-se na igualdade ao processo, ou seja, igualdade de acesso à jurisdição, de procedimentos e técnicas processuais.

Porém, é preciso avançar no sentido de garantir, também, a observância da igualdade diante das decisões judiciais, momento em que o Judiciário cumpre seu dever, prestando a tutela jurisdicional.

Fala-se, então, na igualdade diante das decisões judiciais. Nas palavras de Marinoni, “a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que formada no tribunal competente

³⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 130-131.

para a definição do sentido e do significado das normas”³⁵⁶, de modo que, “se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas”³⁵⁷.

Sendo assim, à vista da segurança jurídica e da isonomia necessárias ao sistema jurídico, cumpre ingressar, no capítulo seguinte, na análise sobre a necessidade de respeito aos precedentes judiciais, sobretudo diante dos textos normativos abertos relativos aos pressupostos da tutela antecipada.

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 149.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 149.

CAPÍTULO V – A FUNÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA

5.1 Precedente judicial: noção e aspectos fundamentais

Uma vez estruturada em textos normativos abertos, a tutela antecipada apresenta um complexo processo de aplicação. Do texto normativo abstratamente previsto à decisão judicial prolatada diante do caso concreto, há um imenso caminho percorrido pelo magistrado, no qual incidem diferentes elementos para definição da resposta jurídica.

Assim, a análise do caso concreto exerce papel fundamental na aplicação da tutela antecipada, pois o conteúdo normativo dos seus pressupostos somente se preenche a partir das circunstâncias concretamente apresentadas.

Nesse contexto, sobressai a necessidade de examinar a função do precedente judicial na aplicação da tutela antecipada. Isso porque, constituindo-se a partir do caso concreto, o precedente judicial preenche o conteúdo normativo dos pressupostos da tutela antecipada, servindo de parâmetro para os casos idênticos ou similares.

O estudo do precedente judicial deve se iniciar com uma observação importante. Costuma-se atrelar a noção de precedente judicial à família jurídica do *common law*, como se não existisse essa figura nos sistemas jurídicos filiados à tradição do *civil law*.

Essa compreensão, contudo, é equivocada. O precedente judicial está presente em todo sistema jurídico. Em qualquer país, a decisão judicial sobre um caso constitui um precedente para os casos futuros a ele idênticos ou semelhantes. O que varia conforme cada sistema jurídico é a eficácia conferida ao precedente judicial.³⁵⁸

Portanto, a distinção entre tais sistemas jurídicos reside no fato de que, em

³⁵⁸ Nesse sentido esclarece Marcelo Dias de Souza: “O precedente judicial [...] está presente em todo e qualquer sistema jurídico. Em qualquer país, independentemente de sua filiação a esta ou àquela família jurídica, a decisão de um caso tomada anteriormente pelo Judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um precedente judicial. Apenas seus atributos, tais como seu poder criativo ou meramente declarativo, seu caráter persuasivo ou obrigatório, é que vão depender dos contornos atribuídos a ele pelo sistema jurídico estabelecido” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 15).

cada um deles, o precedente é dotado de diferente eficácia e aplicabilidade. No sistema do *common law*, “os precedentes judiciais gozam de força vinculante e, portanto, consubstanciam-se na mais importante fonte do direito”³⁵⁹. Por outro lado, no sistema do *civil law*, predomina a compreensão de que o precedente não tem força vinculante, mas apenas eficácia persuasiva, pois prevalece a lei escrita como principal forma de expressão do direito.

Partindo da noção de que o direito tem como objetivo predominante obter estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas, percebe-se que os sistemas do *common law* e do *civil law* se utilizaram de diferentes mecanismos para atingir tal fim³⁶⁰.

Tal previsibilidade é obtida, no *common law*, pela prática de se obedecerem precedentes. Com isso, o comportamento dos cidadãos se conforma aos termos das decisões judiciais, garantindo-se a estabilidade por meio do sistema de precedentes vinculantes³⁶¹.

No *civil law*, por sua vez, pretende-se alcançar previsibilidade e estabilidade mediante a vinculatividade da lei. Nessa tradição jurídica, vigora o princípio da legalidade, pelo qual devem os juízes decidir os casos de acordo com a lei escrita³⁶².

Em que pese essa diferenciação histórica, é certo que existem precedentes judiciais em ambas as experiências jurídicas. Isso porque a noção de precedente judicial está ligada, simplesmente, à existência de decisões judiciais, cujo núcleo pode orientar futuras decisões para casos análogos.

Nesse sentido, conforme lição de Marcelo Souza, com apoio em Henry Black, pode-se conceituar precedente judicial como “um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”³⁶³.

Na concepção de Luiz Guilherme Marinoni³⁶⁴, entende-se como precedente a

³⁵⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

³⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

³⁶¹ Ibidem, p. 128-131.

³⁶² Ibidem, p. 136-137.

³⁶³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Ob. cit., p. 41.

³⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 215-216. Daí a afirmação de Marinoni no sentido de que todo precedente é uma decisão, mas nem toda decisão constitui um precedente.

decisão judicial sobre matéria de direito, com potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

Nota-se, pois, que a ideia de precedente judicial não se confunde com a noção de jurisprudência³⁶⁵. Como bem explica Michele Taruffo³⁶⁶, há, antes de tudo, uma distinção pelo aspecto quantitativo. Precedente judicial diz respeito a apenas uma decisão, tomada em um caso particular, ao passo que jurisprudência indica uma pluralidade de decisões relativas a diversos casos concretos.

Também não se pode confundir precedente com súmula, pois esta consiste no conjunto de enunciados do tribunal acerca das suas decisões. A súmula, portanto, não se trata de decisão que possa ser qualificada como precedente. Constitui, na verdade, uma linguagem que descreve as decisões (metalinguagem).³⁶⁷

Feitos tais esclarecimentos, necessário conhecer os elementos constitutivos do precedente judicial. Nesse ponto, esclarece Cruz e Tucci que “todo precedente judicial é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”³⁶⁸.

A *ratio decidendi* (ou *holding*³⁶⁹) constitui a “essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros”³⁷⁰.

Denota-se, assim, que a *ratio decidendi* constitui o elemento primordial na aplicação do precedente, porquanto são as razões de decidir, adotadas no precedente, que orientam os julgamentos futuros. Esse elemento do precedente corresponde, portanto, à tese jurídica acolhida como razão de decidir, que pode ser aplicada futuramente aos casos análogos.

³⁶⁵ Fala-se aqui em “jurisprudência” no sentido de um conjunto de decisões judiciais uniformes sobre a mesma questão jurídica. Por outro lado, é certo que a expressão “jurisprudência” também pode significar filosofia ou ciência do direito.

³⁶⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *La ciencia del derecho procesal constitucional*: estudios en homenaje a Ector Fix-Zamudio em sus cincuenta anos como investigador del derecho. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2014.

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, ob. cit., p. 216-217.

³⁶⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 12.

³⁶⁹ Adota-se a denominação *holding* no direito estadunidense.

³⁷⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 175. Daí a correta afirmação de Marcelo de Souza: “Embora comumente se diga que a doutrina do *stare decisis* (ou do precedente obrigatório) significa que as cortes devem seguir o precedente existente quanto ao caso em julgamento, na verdade, o que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi* deste precedente”. (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Ob. cit., p. 125).

Nesse sentido, explica Leonardo Carneiro da Cunha³⁷¹ que a *ratio decidendi* constitui a concreta expressão do resultado a que chegou o juiz com a interpretação e a aplicação da norma jurídica ao caso que lhe foi posto a julgamento, de modo que, na *ratio decidendi*, tem-se a solução hermenêutica adotada no caso concreto, servindo como orientação para casos similares.

Há, contudo, uma séria dificuldade na identificação e delimitação da *ratio decidendi*. Primeiramente, ela não é explicitada na decisão judicial tida como precedente, cabendo aos julgadores, em momento posterior, ao aplicar o precedente, examiná-lo a fim de extrair a tese jurídica adotada.³⁷²

É certo que a *ratio decidendi* está essencialmente contida na fundamentação da decisão, mas com esta não se confunde. Isso porque, na fundamentação, podem ser ponderadas várias teses jurídicas, mas consideradas de modo diferenciado, ou seja, sem a mesma relevância. Assim, não é possível associar a *ratio decidendi* a qualquer elemento da sentença (relatório, fundamentação ou dispositivo), pois a razão de decidir é “algo mais”, externo a esses requisitos, formulada a partir da decisão judicial em sua inteireza.³⁷³

Diante dessa dificuldade de delimitação da *ratio decidendi*, surgiram, no *common law*, diversas teorias destinadas à identificação da razão de decidir do precedente. Entre elas, destaca-se a teoria de Wambaugh, segundo a qual a *ratio decidendi* é uma proposição necessária para a decisão, sem a qual o caso seria decidido de modo diverso³⁷⁴.

A partir da compreensão de *ratio decidendi*, é possível separá-la do *obiter dictum*, que constitui o conjunto de proposições marginais e secundárias, dispensáveis à solução do caso. Nesse ponto, Rogério Cruz e Tucci assevera que *obiter dictum* consiste na “passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da

³⁷¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, ano 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

³⁷² TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 175. Trilhando o mesmo raciocínio, pronuncia-se Marcelo de Souza: “De fato, é o juiz do caso em julgamento que tem a incumbência de interpretar o precedente em cotejo com o caso que julga, para extrair, se for o caso, a proposição que deve obrigatoriamente seguir” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Ob. cit., p. 134).

³⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, ob. cit., p. 221-222.

³⁷⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Ob. cit., p. 126-127.

controvérsia”³⁷⁵.

Firmadas tais premissas essenciais à compreensão do precedente judicial, torna-se possível avançar no estudo da sua função na aplicação da tutela antecipada.

5.2 A relação entre textos normativos abertos e precedentes judiciais

Os textos normativos abertos, gênero no qual se inserem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, apresentam forte relação com os precedentes judiciais. Em razão de sua linguagem vaga, eles possuem larga amplitude semântica que evidencia a incompletude da legislação, cabendo ao julgador posição ativa e concretizadora na realização do direito.

Assim, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados não apresentam um conteúdo normativo bem delimitado, pois sua normatividade somente se revela diante das circunstâncias dos casos concretos, o que demonstra a importância do precedente judicial como elemento de aplicação.

Ora, a partir da consagração de textos normativos abertos, cujo sentido não constitui um dado preexistente, supera-se o dogma do *civil law* de que a legislação seria completa e fonte exclusiva do direito, emergindo a importância do precedente judicial na aplicação do direito.

Daí a afirmação de Fredie Didier Jr.³⁷⁶ no sentido de que a cláusula geral apresenta íntima relação com o precedente judicial e a sua utilização aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Tal afirmação se justifica por duas razões. Primeiramente, afirma Didier Jr. que a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas, pois a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* confere especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral. O segundo aspecto apontado por Didier Jr. se refere ao papel da cláusula geral como elemento de conexão de casos precedentemente julgados.

Realmente, na aplicação de um texto aberto, cuja vagueza semântica impede

³⁷⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 177.

³⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, p. 69-83, jan. 2010. Embora o autor se refira apenas às cláusulas gerais, suas observações são igualmente aplicáveis aos conceitos jurídicos indeterminados, inexistindo a expressa menção a esses últimos apenas por não integrarem o objeto do ensaio.

uma resposta jurídica abstratamente prevista, é certo que a solução pode ser encontrada nos casos precedentemente julgados.

É que a decisão de um caso constitui precedente que deve ser respeitado por quem o produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar. Por sua vez, aquele que se coloca em condições similares às do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa. Como bem assinala Luiz Guilherme Marinoni, “o respeito ao passado é inerente a qualquer tipo de sistema e natural a qualquer espécie de poder”³⁷⁷.

Somente com o respeito aos precedentes é que se impede que a imprecisão semântica se torne incontrolável. Conforme Marcelo Neves, a imprecisão não chega a ser uma “afasia semântica”³⁷⁸ porque “há uma sedimentação histórica de sentido, fundada especialmente nos precedentes”³⁷⁹.

Com base nesses argumentos, revela-se irretocável a conclusão de Marinoni³⁸⁰ no sentido de que a ampliação da latitude do poder judicial com base nos textos normativos abertos exige um sistema de precedentes.

Isso se justifica porquanto um sistema de precedentes judiciais promove uma objetivação do direito. Nessa linha é a percepção de Thomas da Rosa de Bustamante³⁸¹, ao reconhecer que a técnica do precedente tem relevância nos casos em que é possível extrair uma *ratio decidendi* do tipo regra, capaz de elevar o grau de objetivação do direito.

Por isso é que, segundo Bustamante³⁸², embora seja possível, em tese, se extrair normas-princípio de um precedente, quando houver uma *ratio decidendi* bastante abstrata, deve-se perceber que esta hipótese é excepcional e não tem um valor relevante como precedente judicial. É que os princípios valem não por força do precedente, mas pela sua própria correção substancial.

Daí a afirmação de Bustamante³⁸³ no sentido de que são os precedentes com

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 107-108.

³⁷⁸ Na afasia semântica, as palavras perderiam seu significado e se transformariam em meros significantes cujo sentido dependeria da variável axiológica invocada no contexto de aplicação normativa (NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 17).

³⁷⁹ NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 17.

³⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 155.

³⁸¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 468.

³⁸² Ibidem, p. 467-468.

³⁸³ Ibidem, p. 468.

estrutura de regra que cumprem sua função de produzir certeza e objetividade para o direito.

Daí se percebe que, diante da vagueza semântica dos textos normativos abertos, sobressai a função do precedente judicial na delimitação do seu conteúdo normativo.

5.3 A necessidade de respeito aos precedentes judiciais na aplicação do instituto da tutela antecipada

5.3.1 A função do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da tutela antecipada

Devido à sua vagueza semântica, os textos normativos abertos não apresentam um sentido unívoco previamente fixado, mas dependem da análise das circunstâncias concretas para delimitação de seu conteúdo. Essa imprecisão semântica dos conceitos indeterminados conduz, não raramente, a interpretações divergentes em situações jurídicas similares.

Assim é que os textos normativos abertos, embora tenham a virtude de proporcionar adaptabilidade e mobilidade ao sistema jurídico, em contrapartida aumentam o grau de subjetivismo das decisões judiciais nele baseadas, o que propicia maior insegurança e incerteza do direito.

Nesse sentido se manifesta Fabiano Menke, ao afirmar que “não se pode ignorar que de uma maneira ou de outra as cláusulas gerais imprimem no sistema uma certa dose de imprevisibilidade e de insegurança, à medida que têm a finalidade de alcançar a justiça do caso concreto”³⁸⁴.

Tal é o que se vislumbra nos pressupostos da tutela antecipada. “Verossimilhança da alegação”, “relevante fundamento da demanda”, “fundado receio de dano irreparável” e “abuso de direito de defesa”, por exemplo, são textos normativos que apresentam linguagem vaga, cujo conteúdo normativo varia de acordo com o juízo valorativo do aplicador diante do caso concreto.

³⁸⁴ MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 29. No mesmo sentido reconhece Fredie Didier Jr.: “As cláusulas gerais trazem consigo, entretanto, o sério risco de insegurança jurídica” (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. Ob. cit., p.8).

Essa vagueza semântica acarreta maior subjetivismo na concessão da tutela antecipada, pois o magistrado tem a ampla liberdade para verificar se aqueles pressupostos vagamente previstos encontram-se presentes no caso em análise.

Diante desse cenário, abre-se espaço para arbitrariedades consubstanciadas em decisões judiciais destituídas de critérios claros, nas quais o julgador simplesmente decide do modo que entender oportuno, utilizando-se de fundamentações genéricas³⁸⁵, dissociadas das circunstâncias do caso concreto.

Basta citar as conhecidas decisões de antecipação da tutela do tipo “indefiro o pedido de tutela antecipada por não vislumbrar, no caso, prova inequívoca que conduza à verossimilhança da alegação”. Ora, tais decisões, além de nulas por ausência de fundamentação, acarretam profunda insegurança e imprevisibilidade ao jurisdicionado.

Bem percebe o problema Luiz Guilherme Marinoni ao reconhecer que “são comuns as decisões de primeiro grau que concedem ou negam a tutela antecipatória sem qualquer fundamento idôneo e as decisões de segundo grau que revogam ou mantêm a tutela antecipatória sem nada argumentar de forma convincente”³⁸⁶

Tal problema é bastante comum justamente em razão de os pressupostos da tutela antecipada constituírem textos normativos abertos, cuja vagueza semântica permite ao magistrado também se utilizar, em sua decisão, de linguagem vaga que facilmente se amolda ao dispositivo legal.

Trata-se aí de má utilização dos textos normativos abertos. Em verdade, a utilização (repetição) de termos vagos na aplicação de textos normativos abertos contraria frontalmente a lógica e a função das cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

Isso porque os textos normativos abertos se apresentam vagos exatamente para permitir que o aplicador, diante do caso concreto, complemente o conteúdo da norma de acordo com as especificidades da situação concreta, a fim de alcançar a justiça do caso concreto.

Portanto, na aplicação dos textos abertos, cabe ao intérprete analisar e explicitar detidamente as específicas circunstâncias do caso para dar concretude ao

³⁸⁵ Sobre o dever de fundamentação nas decisões de tutela antecipada, confira-se o item 5.6 deste trabalho.

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 177.

texto vagamente estabelecido.

Daí se percebe que, nas palavras de Marinoni, “o real problema está na racionalidade da decisão judicial, ou melhor, no controle da racionalidade da decisão que concede, ou não, a tutela antecipatória”³⁸⁷.

Por isso, mostra-se imprescindível o controle do subjetivismo, a fim de que este não culmine em decisionismo puro. Assim, na aplicação dos textos abertos, “há que se afastar o voluntarismo puro, o mero arbítrio do julgador”³⁸⁸.

Para se alcançar tal controle, faz-se necessário definir critérios e diretrizes que proporcionem maior objetivação do direito. Para tanto, é inegável o papel do precedente judicial na delimitação do conteúdo normativo dos textos abertos, pois, nas palavras de Didier Jr., “a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral”³⁸⁹ (e, de igual modo, de um conceito indeterminado).

Como explica Marinoni³⁹⁰, o reconhecimento de que a decisão nem sempre resulta de critérios previamente normatizados, podendo fundar-se em elementos não presentes na legislação, faz com que as expectativas que recaíam na lei sejam transferidas para a decisão judicial. Há, com isso, um deslocamento de eixo, no qual a segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão, sobre a qual recai a incumbência da previsibilidade do direito.

Tudo isso que se expõe se destina a afirmar que a aplicação da tutela antecipada exige uma adequada utilização da técnica do precedente judicial. Como os pressupostos da tutela antecipada constituem conceitos jurídicos indeterminados, seu conteúdo normativo (impreciso e vago) é preenchido mediante a análise das circunstâncias concretas apresentadas no caso sob julgamento. Afirma-se, com isso, que o precedente judicial tem grande relevância para orientar na definição dos pressupostos da tutela antecipada.

Nesse contexto, no qual se reconhece que o julgador cria a norma jurídica do caso, a utilização da técnica do precedente visa a “impedir que haja uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 176.

³⁸⁸ MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 30.

³⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Ob. cit., p. 5.

³⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 154.

desigualdade”³⁹¹.

Diante disso, encontra-se na *ratio decidendi* do precedente a norma propiciadora de maior objetivação do direito, já que o raciocínio jurídico ali desenvolvido deve servir como parâmetro nos casos idênticos (ou similares) posteriormente apreciados, cujas circunstâncias devem ser analisadas em comparação com as circunstâncias verificadas no precedente.

5.3.2 Precedentes obrigatórios, Cortes Supremas e os pressupostos da tutela antecipada

A afirmação de que os precedentes judiciais devem ser respeitados na aplicação da tutela antecipada, sobretudo por atuarem na delimitação do conteúdo normativo dos pressupostos desta, impõe que seja enfrentada a seguinte questão: quais precedentes judiciais devem ser observados na concreção dos pressupostos da tutela antecipada?

Há, nesse aspecto, uma importante classificação que divide os precedentes judiciais em obrigatórios e persuasivos, com base no critério da eficácia. De um lado, os precedentes obrigatórios ou vinculantes correspondem àqueles que ensejam o dever de observância para os julgadores subsequentes, caso contrário configura-se erro de aplicação do direito. Portanto, os precedentes vinculantes atuam como modelos determinantes para decisões posteriores. Com isso, a obrigação de seguir o precedente vinculante insere-se na obrigação de julgar conforme o Direito, aspecto em que equivale ao dever de aplicar a lei.³⁹²

Fala-se, de outra banda, em precedentes persuasivos ou não vinculantes para designar aqueles que não são de observância obrigatória para os julgadores subsequentes, inexistindo a obrigação de decidir tal como decidido no precedente. Assim, o precedente persuasivo não vincula decisões posteriores, mas apenas serve

³⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 107. E acrescenta Marinoni: “Aplica-se aí, literalmente, a máxima do common law, no sentido de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*)” (p. 155).

³⁹² MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 102. Como informa Marinoni (*Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 112-114), tem-se a eficácia absolutamente vinculante do precedente quando este, além de obrigatório, não pode ser revogado, ainda que existam bons fundamentos para tanto. Tal se verificou no sistema inglês da *House of Lords* (atual *Supreme Court of the United Kingdom*) até 1966, quando, mediante o *Practice Statement*, admitiu-se a possibilidade de revogação de seus próprios precedentes.

como argumento para a tomada de decisão em determinado sentido.³⁹³ Note-se, pois, que o precedente persuasivo constitui um argumento da parte e deve ser considerado pelo órgão judiciário, embora possa rejeitá-lo.³⁹⁴

Os precedentes obrigatórios dividem-se, ainda, em horizontais e verticais, de acordo com o órgão vinculado à sua aplicação. Os precedentes horizontalmente obrigatórios vinculam o próprio órgão julgador, de modo que a norma deles emanada deve ser seguida pelo próprio tribunal ou juiz em casos posteriores.³⁹⁵ Trata-se do autorrespeito, pois “não há explicação para o mesmo órgão jurisdicional proferir decisões diferentes em casos similares”³⁹⁶.

Já os precedentes verticalmente obrigatórios são aqueles que vinculam os juízes e tribunais situados em posição inferior na hierarquia judiciária, e decorrem da organização judiciária e da competência recursal.³⁹⁷

No direito brasileiro³⁹⁸, é possível considerar como precedentes obrigatórios aqueles provenientes de decisões dos Tribunais Superiores³⁹⁹, por serem as cortes de vértice do sistema judiciário pátrio. O dever de obediência aos precedentes dos Tribunais Superiores decorre do papel reservado a eles no sistema jurídico brasileiro.

Sobre as funções dos tribunais em dado sistema jurídico, Marinoni e

³⁹³ MACÊDO, Lucas Buril de. Ob. cit., p. 101-102.

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 118.

³⁹⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. Ob. cit., p. 104.

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 118.

³⁹⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. Ob. cit., p. 104.

³⁹⁸ É comum encontrar a afirmação genérica de que o Brasil é um país filiado à tradição jurídica do *civil law*, como se isso significasse um apego à literalidade da lei e uma completa ausência de vinculação aos precedentes judiciais. Tal não se revela correto, pois, como bem demonstra Hermes Zaneti Jr. (*O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 30-71) a partir da análise da história, da dogmática e da prática judicial brasileiras, o Brasil deve ser considerado um país híbrido, sendo o Judiciário uma instituição de garantia que atua, inclusive, em face dos demais poderes. Desde a Constituição Republicada de 1889, inspirada no modelo norte-americano, o Brasil possui controle difuso de constitucionalidade e amplos mecanismos de *judicial review* dos atos dos demais poderes. Na tradição brasileira, então, é função primordial do Poder Judiciário interpretar a Constituição e garantir a sua aplicação uniforme em todo território nacional, submetendo o Poder Público ao crivo da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos. Diante desse modelo, não se pode dispensar uma vinculação vertical às decisões das cortes de vértice, a fim de se garantir a unidade de interpretação e de aplicação do direito.

³⁹⁹ Nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. Ob. cit., p. 447-448. Em sentido semelhante, Luiz Guilherme Marinoni destaca como precedentes obrigatórios aqueles oriundos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (*Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 458-504). Também ressaltando os precedentes do STF e STJ como vinculantes: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 102-127.

Mitidiero⁴⁰⁰, com apoio em Melvin Eisenberg, reconhecem que as cortes podem ter basicamente duas funções: (i) resolver controvérsias (“*resolution of disputes*”) e (ii) enriquecer o estoque de normas jurídicas (“*enrichment of the supply of legal rules*”). Em um sistema judiciário ideal, aos órgãos jurisdicionais ordinários reserva-se a função de solução de controvérsias e, às cortes superiores, fica o papel de resguardo da uniformidade e de promoção do desenvolvimento do direito.

Tais funções estão ligadas à própria função do processo civil no Estado Constitucional, que é dar tutela aos direitos, por meio de decisões justas para o caso concreto, e promover a unidade do direito para a sociedade em geral. Trata-se do duplo discurso que o processo civil deve desempenhar: a prolação de uma decisão justa para as partes no processo (dimensão particular da tutela dos direitos) e a formação e o respeito ao precedente judicial para a sociedade como um todo (dimensão geral da tutela dos direitos).⁴⁰¹

Em correspondência às duas dimensões de tutela dos direitos, uma organização judiciária ideal apresenta determinadas cortes vocacionadas à prolação de uma decisão justas e outras destinadas apenas à formação de precedentes. Daí se falar em Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes.⁴⁰²

Delineadas tais considerações gerais sobre as funções dos tribunais, importa analisar o papel reservado às cortes de vértice (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) no sistema judiciário brasileiro.

Afirma-se que o STF e o STJ são cortes de vértice no sistema judiciário brasileiro porque, quanto ao direito constitucional e ao direito federal, respectivamente, não há nada acima delas, cabendo-lhes dar a última palavra sobre o sentido e a interpretação das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional federal.

Cumprido ao Supremo Tribunal Federal o papel de “guardião da Constituição”, cabendo-lhe preservar e interpretar as normas constitucionais. Daí resulta que o STF tem por objetivo outorgar unidade à Constituição, ou seja, preservar a unidade do direito no plano constitucional.⁴⁰³

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15-16.

⁴⁰¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. Ob. cit., p. 16-26.

⁴⁰² Ibidem, p. 30.

⁴⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. Ob.

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, o papel de interpretar e preservar a legislação infraconstitucional federal. Cumpre-lhe, pois, dar sentido e unidade à lei federal.⁴⁰⁴

É de se notar que as funções do STF e do STJ não mais podem ser consideradas como de mero controle da correção das decisões judiciais, mas abrangem a função de interpretação e desenvolvimento do direito.

Desse panorama sobressai a percepção de uma mudança de paradigma quanto ao papel das cortes de vértice no sistema judiciário brasileiro. Passa-se a falar, então, em Cortes Supremas no lugar de Cortes Superiores⁴⁰⁵.

O modelo de uma Corte Superior parte de uma perspectiva cognitivista ou formalista da interpretação jurídica e tem por competência o controle de legalidade de todas as decisões judiciais a ela submetidas, sendo sua função reativa, preocupada com o passado, a fim de controlar a aplicação da legislação caso a caso. Tal função é desempenhada mediante a interposição de recurso pela parte interessada, cabível em todos os casos em que se afirma a violação à legislação, considerando-se o recurso como um direito subjetivo da parte e uma manifestação da tutela do *jus litigatoris*. Segundo esse modelo, busca-se a “correta” ou “exata” interpretação da lei, que constitui um meio pelo qual o tribunal exerce sua função de controle.⁴⁰⁶

Já o modelo de uma Corte Suprema pressupõe uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação jurídica e tem por competência orientar a aplicação do Direito mediante precedentes formados a partir de julgamentos de casos concretos que tenham relevância na consecução da unidade do Direito. Sua função é proativa, direcionada para o futuro, sendo o caso concreto um meio para que o tribunal interprete a ordem jurídica.⁴⁰⁷

Assim, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem

cit., p. 18-22. Também ressaltando o papel do STF no sistema judiciário brasileiro: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 349.

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. Ob. cit., p. 159-161. Igualmente percebendo a função do STJ no sistema judiciário pátrio: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ob. cit., p. 325-326.

⁴⁰⁵ Sobre o tema, amplamente: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. Ob. cit., p. 33.

⁴⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. Ob. cit., p. 53.

ser repensados como Cortes Supremas que decidem o sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional federal⁴⁰⁸, através da atividade interpretativa.

Compreendido o papel das Cortes Supremas no sistema jurídico brasileiro, notadamente STF e STJ, cumpre analisar a atuação desses tribunais em relação aos textos normativos que consubstanciam os pressupostos da tutela antecipada.

Para tanto, faz-se necessário averiguar o cabimento de recursos excepcionais contra decisões de tutela antecipada, pois é a partir do julgamento desses recursos que são formados os precedentes daquelas Cortes Supremas.

Assim, questiona-se, quanto ao acórdão do agravo de instrumento relativo à tutela antecipada, o cabimento dos recursos excepcionais, notadamente o recurso extraordinário (art. 102, III, CF) e o recurso especial (art. 105, III, CF).

Sobre esse tema, o enunciado 735 da Súmula do STF dispõe que “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”. Os precedentes que originaram esse enunciado se baseiam no fundamento de que a decisão liminar não é manifestação conclusiva sobre a questão de direito debatida na causa, não havendo decisão de única ou última instância, que é pressuposto para a interposição do recurso. Nessa concepção, o julgamento sobre medida liminar decorre de um juízo provisório, de cognição sumária, que não desafia a recorribilidade extraordinária.

Essa posição do STF é alvo de críticas na doutrina. Segundo defende Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁰⁹, há duas razões principais contra tal entendimento. (i) Não tem respaldo constitucional essa distinção entre decisões definitivas e provisórias para fins de recorribilidade extraordinária. Exigir decisão definitiva para que se permita a interposição de recurso extraordinário significa criar requisito não previsto no texto constitucional. (ii) Impedir o cabimento do recurso extraordinário contra tais decisões desconsidera a relevante função dos recursos excepcionais de zelar pela correta aplicação da norma jurídica. As Cortes Superiores têm o relevante papel de corrigir ou certificar a correção de um dado entendimento jurídico.

Na verdade, até se pode entender pelo não cabimento do recurso extraordinário contra acórdãos de tutela antecipada, mas não com base no

⁴⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. Ob. cit., p. 79.

⁴⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 283-288.

fundamento adotado pelo STF, e sim em razão de que, nos provimentos antecipatórios, a violação a dispositivo constitucional é apenas reflexa ou indireta, pois a discussão central diz respeito à legislação infraconstitucional relativa aos pressupostos da medida pleiteada (a exemplo do art. 273 do CPC, se for o caso de tutela antecipada satisfativa, ou do art. 798 do CPC, em se tratando de medida cautelar).⁴¹⁰

Sendo assim, apesar de baseada em fundamentação criticável, prevalece a orientação do STF no sentido de ser incabível a interposição de recurso extraordinário contra acórdão de agravo de instrumento que julga pedido de tutela antecipada, conforme enunciado 735 da Súmula do STF.

Entendimento diverso merece prevalecer em relação ao recurso especial. Como defende a melhor doutrina⁴¹¹, é cabível o recurso especial contra acórdão que concede ou nega tutela antecipada. Note-se que, nesse caso, não se trata do recurso especial retido⁴¹² (art. 542, §3º, CPC), tendo em vista que a forma retida se revela incompatível com as características da tutela antecipada.

Essa orientação já foi adotada em algumas decisões do STJ, com a ressalva de que o objeto do recurso especial deve se restringir à análise dos pressupostos da medida antecipatória satisfativa ou cautelar, conforme trecho da ementa a seguir transcrito:

Em recurso especial contra acórdão que nega ou concede medida cautelar ou antecipação da tutela, a questão federal passível de exame é apenas a que diz respeito aos requisitos da relevância do direito e do risco de dano, previstos nos artigos 804 e 273 do CPC. Não é apropriado invocar, desde logo, e apenas, ofensa às disposições normativas relacionadas com o mérito da ação principal. (REsp 816.050/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 163)⁴¹³

⁴¹⁰ Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ob. cit., p. 288-291.

⁴¹¹ Por todos, confira-se a lição de Athos Gusmão Carneiro: “O acórdão que concede ou denega a AT poderá, em princípio, ser alvejado por recurso especial, caso ocorrentes seus pressupostos constitucionais; e, embora a decisão seja interlocutória, a regra do art. 542, §3º, não irá incidir, ou seja, o recurso especial não será retido” (Ob. cit., p. 100).

⁴¹² Nesse sentido já se pronunciou o STJ: “A retenção prevista no art. 542, § 3º, do CPC, não tem caráter absoluto, devendo ser relativizada quando sua aplicação possa implicar perda de utilidade do recurso especial, tal como ocorre nos casos de concessão ou indeferimento de medida liminar ou antecipação de tutela” (REsp 791.292/MT, Rel. Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 06/09/2007, p. 200). Em doutrina, confira-se: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 286.

⁴¹³ No mesmo sentido: REsp 703.699/PR, j. 16/05/2006; REsp 854.354/RS, j. 05/09/2006; REsp 885.067/SP, j. 17/10/2006. Registre-se, porém, a existência de decisões em sentido contrário,

Entretanto, diversos julgados do STJ têm, recentemente, rejeitado a interposição de recurso especial contra acórdão que defere ou indefere pedido de tutela antecipada, sob fundamento de que a análise dos pressupostos da antecipação de tutela significaria reexame de matéria fático-probatória⁴¹⁴ (enunciado 7 da Súmula do STJ⁴¹⁵).

Tal entendimento, porém, não merece prevalecer. Não se pode falar genericamente que a análise dos pressupostos da tutela antecipada sempre significa um reexame fático-probatório.

É claro que, no recurso especial, não se procede ao reexame de fatos e provas (enunciado 7 da Súmula do STJ) para se determinar a incidência de um conceito aberto. O que se autoriza, na verdade, é uma análise no sentido de perquirir se o quadro fático assentado no tribunal se insere na delimitação semântica do texto aberto. Trata-se de questão de direito, pois corresponde à qualificação jurídica dos fatos descritos no próprio acórdão do tribunal de origem.

Portanto, no recurso especial contra acórdão que trate de tutela antecipada, não se discute se os fatos da causa ocorreram ou não, mas debate-se se os fatos reconhecidos na decisão recorrida estão abrangidos no alcance semântico dos pressupostos da tutela antecipada.

Entendimento diverso elimina a função do Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte de Precedentes, impedindo a sua atuação na unidade e desenvolvimento do direito federal. É imperiosa a atuação do STJ no intuito de esclarecer paulatinamente o sentido e o alcance dos pressupostos da tutela

influenciadas pelo teor do enunciado 735 da Súmula do STF, a exemplo do julgado seguinte: REsp 664.224/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 01/03/2007, p. 230.

⁴¹⁴ Nesse sentido: AgRg na MC 23.364/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 11/11/2014; AgRg no AREsp 554.450/MS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 11/11/2014; AgRg no AREsp 563.376/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 17/11/2014; AgRg no REsp 1479579/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 30/10/2014; AgRg no AREsp 452.161/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014; AgRg no AREsp 422.078/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 16/09/2014; AgRg no AREsp 530.499/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 28/08/2014.

⁴¹⁵ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Em relação ao recurso extraordinário, no mesmo sentido determina o enunciado 279 da Súmula do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

antecipada.

Esse papel de desenvolvimento do direito se mostra ainda mais relevante por se tratar de texto normativo que consubstancia conceitos jurídicos indeterminados. Consoante ressalta Luiz Guilherme Marinoni⁴¹⁶, constitui função essencial do Superior Tribunal de Justiça a definição do sentido de um conceito indeterminado em face de uma específica situação no tempo. Complementa o referido processualista que “há necessidade de definir o sentido em que um conceito indeterminado deve ser compreendido em determinado momento histórico, evitando-se a sua múltipla e incoerente aplicação em face de casos similares”⁴¹⁷.

Realmente, mostra-se uma grave incongruência do sistema processual a adoção de conceitos jurídicos indeterminados nos pressupostos da tutela antecipada sem que se possibilite o desenvolvimento do sentido desses termos abertos através dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça, que tem a incumbência de preservar a unidade da legislação infraconstitucional federal.

Ora, a partir do momento em que a legislação adota conceitos indeterminados, tal como se verifica com os pressupostos a tutela antecipada, deixa-se ao julgador maior espaço interpretativo para concreção do texto normativo. Daí ser essencial a formação de precedentes judiciais que delimitem o alcance normativo desses textos abertos.

Assim, deve ser enfatizada a relevância do recurso especial como instrumento de delimitação normativa dos textos normativos abertos consagrados em lei federal. Tal recurso excepcional tem a importante função de delimitar o conteúdo semântico de um termo vago.

Tal se verifica, por exemplo, nos enunciados sumulados do STJ sobre o conceito indeterminado “prova escrita” para fins de cabimento de ação monitória (art. 1.102-A, CPC): enunciado 247 (“O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”) e enunciado 299 (“É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”).

Outro exemplo de conceito indeterminado cuja amplitude semântica é

⁴¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 95.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 95-96.

controlada pelo STJ diz respeito ao termo aberto “preço vil” (art. 692 do CPC), sendo o entendimento da Corte Superior no sentido de que “se caracteriza preço vil quando a arrematação não alcançar, ao menos, a metade do valor da avaliação” (AgRg no Ag 1277529/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 22/09/2010).

O mesmo deveria ocorrer em relação aos pressupostos da tutela antecipada. Sendo textos normativos abertos, mostra-se imprescindível que os recursos de estrito direito – notadamente o recurso especial – sejam manejados para definir se as inúmeras situações fáticas passíveis de tutela antecipada se inserem na delimitação semântica dos pressupostos legais para tais medidas antecipatórias.

Todavia, diante da recusa do próprio STJ em admitir recurso especial contra acórdãos de tutela antecipada, praticamente não se encontram precedentes daquele tribunal que delimitem o conteúdo normativo dos pressupostos da tutela antecipada.

Esse cenário revela uma omissão do STJ de seu papel enquanto Corte Suprema incumbida de interpretar a legislação infraconstitucional federal, cabendo-lhe a preservação da unidade e desenvolvimento do direito federal. Tal fuga faz com que os pressupostos da tutela antecipada, embora estejam consagrados em legislação federal, não sejam interpretados precipuamente pelo STJ, mas sim pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados.

Portanto, faz-se necessário resgatar o papel do STJ na delimitação do conteúdo normativo dos pressupostos da tutela antecipada. Não se defende, com isso, que o STJ atue como tribunal de controle de todas as decisões de segundo grau que versem sobre tutela antecipada. O que se propõe, na verdade, é que o STJ assuma seu papel na interpretação e delimitação normativa dos conceitos indeterminados referentes aos pressupostos da tutela antecipada.

Aliás, a suposição, arraigada na cultura jurídica brasileira, de que o STJ é uma mera Corte de Controle⁴¹⁸ constitui um dos principais motivos que impedem aquele tribunal de assumir seu papel como Corte de Precedentes. Em razão da amplitude dos requisitos da “contrariedade à lei” (art. 105, III, “a”, CF) e da “divergência jurisprudencial” (art. 105, III, “c”, CF), as partes sempre buscam o STJ como se fosse

⁴¹⁸ Não se pode negar, conforme Luiz Guilherme Marinoni (*O STJ enquanto corte de precedentes*. Ob. cit., p. 124), que o STJ seja, em certo sentido, uma Corte de Revisão. É, contudo, um tribunal que revê as decisões com a incumbência de definir o sentido da lei federal e garantir a uniformidade de sua interpretação.

mais uma instância de revisão. Daí resulta uma multiplicação irracional de recursos, o que acarreta acúmulo de trabalho e gasto excessivo de recursos, de pessoal e de tempo, impedindo que o STJ tenha condições de exercer a função que lhe foi reservada pela Constituição.⁴¹⁹

Portanto, impõe-se que o STJ deixe de ser visto como mera Corte de Controle para que seja pensado enquanto Corte de Precedentes, cabendo-lhe a tarefa de interpretação dos pressupostos da tutela antecipada, densificando e delimitando o conteúdo normativo desses textos abertos.

5.3.3 O método do grupo de casos na concessão da tutela antecipada

Com o reconhecimento da importância do precedente judicial nas decisões de tutela antecipada, sobressai o método do grupo de casos como técnica de aplicação desse instituto.

Isso porque a aplicação de precedentes judiciais nada mais é do que a comparação do contexto fático-normativo do caso a ser decidido com a *ratio decidendi* do grupo de casos precedentemente julgados.

Como ressalta Karl Larenz, “embora nenhum caso singular seja igual a outro em todos os aspectos, muitos casos assemelham-se a outros no que toca a certas características e em determinada medida”⁴²⁰. Cumpre, então, encontrar nesses casos assemelhados as circunstâncias decisivas para o julgamento, pois “todos aqueles casos que são iguais em relação a todas essas circunstâncias deverão ser julgados de modo idêntico”⁴²¹, em aplicação ao postulado fundamental de justiça de que os “casos iguais” devem ser tratados de modo igual.

Tem-se aí o método de comparação de casos, a respeito do qual Larenz complementa: “com o número de casos decididos pelos tribunais, crescem as possibilidades de comparação”, de modo que, assim, “cresce a segurança com a qual se podem achar decisões e estreita-se o espaço livre residual dentro do qual a

⁴¹⁹ Crítica igualmente apresentada por Luiz Guilherme Marinoni (*O STJ enquanto corte de precedentes*. Ob. cit., p. 124-126).

⁴²⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 411.

⁴²¹ Ibidem, p. 412.

decisão continua a ser insegura”⁴²².

Forma-se, assim, um conjunto de casos que apresentam idêntica base fático-normativa, incidindo a mesma razão jurídica para solução da controvérsia apresentada. Aponta-se o direito alemão como o pioneiro na teorização e sistematização do método de grupo de casos, chamado de *Fallgruppenmethode*. Nas palavras de Fabiano Menke, o método de grupo de casos pode ser assim explicitado:

Por meio dele, compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma. Caso haja identidade fático-normativa entre os casos, será possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado, e no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já expendidas nas hipóteses assemelhadas.⁴²³

Através do método do grupo de casos, promove-se um adensamento de julgados interligados pelo cenário fático normativo, havendo uma espécie de prateleiramento ou ajuntamento de casos fundamentados nos enunciados aos quais corresponde determinado cenário fático⁴²⁴.

Há, portanto, uma análise comparativa entre o caso sob julgamento e os casos anteriormente julgados que sejam relativos à mesma questão jurídica, formando-se um grupo de casos que apresentam a mesma *ratio decidendi*.

Nessa linha, Judith Martins-Costa explica que “pouco a pouco a jurisprudência formará espécies de ‘catálogos de casos’ em que foi similar a *ratio decidendi*”, havendo, então, “progressivamente, a regulação geral (no sentido oposto ao de particular) dos casos, sem que seja necessário traçar na lei todas as hipóteses e suas consequências, ocorrendo, por igual, a possibilidade da constante incorporação de novos casos”⁴²⁵.

A observação da civilista bem se aplica à tutela antecipada. É que, por meio das cautelares típicas, objetivou o legislador a formulação de um “catálogo de casos” legal, no qual seriam minuciosamente delineadas as hipóteses normativas e as respectivas consequências jurídicas.

⁴²² LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 412.

⁴²³ MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 22.

⁴²⁴ VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. Ob. cit., p. 128.

⁴²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Ob. cit., p. 332.

Tal modelo, porém, se mostrou insuficiente, havendo a consagração de textos normativos abertos, a fim de possibilitar a concessão de medidas antecipatórias atípicas, de modo a conferir maleabilidade para que a jurisprudência adote as medidas adequadas para solução de cada caso.

Com efeito, na aplicação da tutela antecipada, é possível vislumbrar a utilização do método do grupo de casos ao se observar a formação de vários conjuntos de situações que apresentam uma identidade fático-normativa, incidindo o mesmo tratamento jurídico mediante a aplicação da mesma *ratio decidendi* para o grupo de casos.

Cite-se, por exemplo, o (i) grupo de casos correspondente à corriqueira situação na qual o requerente busca tutela antecipada, a fim de que seu nome seja excluído do cadastro restritivo de crédito no qual foi indevidamente incluído em razão de dívida que alega não existir.

Como caso representativo deste grupo, considere-se o julgamento do agravo de instrumento nº 00120110082102001, pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. O recurso foi interposto contra decisão interlocutória que havia indeferido a medida liminar postulada pela agravante para exclusão de seu nome dos cadastros de proteção ao crédito.

No caso, a recorrente alegou nunca ter contratado o serviço de seguro com a instituição financeira recorrida, sustentando, em razão disso, a ilegítima inscrição nos cadastros negativos de crédito por ser inexistente o débito. No julgamento do recurso, considerou-se que havia discussão sobre a real existência do débito, de modo que a manutenção da inscrição nos cadastros restritivos de crédito significaria considerar a agravante como devedora, apesar de não comprovada a dívida.

Com base nisso, considerou-se, de um lado, haver prejuízo imposto à agravante, tendo em vista ser comum condicionar a celebração de negócios jurídicos à inexistência de restrição em desfavor do contratante, e, de outro, existir discussão judicial acerca da existência da dívida.

Vê-se, neste precedente, a compreensão de que estão presentes os pressupostos da tutela antecipada. Embora não haja no julgado uma exposição analítica sobre a presença de tais pressupostos, é possível extrair a seguinte *ratio decidendi*: a) quanto à “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”, a

discussão judicial sobre a existência da dívida significa a plausibilidade do direito alegado, pois a parte não reconhecia o débito, mas, ao contrário, rechaçou a existência deste, tornando ilegítima, ao menos provisoriamente, a inserção de seu nome em cadastros restritivos de crédito; b) quanto ao “dano irreparável ou de difícil reparação”, há evidente prejuízo em ter o nome “negativado”, pois tal ato impossibilita a celebração de negócios jurídicos pela parte.

Realmente, no caso acima, deve ser reconhecida a presença dos pressupostos da tutela antecipada. A respeito da prova inequívoca, note-se que não se exige da parte a comprovação efetiva de que não efetuou qualquer negócio jurídico ensejador da dívida questionada. Tratando-se de fato negativo indeterminado, a prova da inexistência da dívida é impossível ou diabólica, não podendo sendo exigível tal comprovação. Na verdade, a “prova inequívoca” está atrelada à “verossimilhança da alegação”, o que se encontra plenamente atendido no caso, pois é bastante comum a ocorrência de fraudes e indevidas imposições de débitos inexistentes. Assim, havendo alegação da parte de que não contraiu a dívida que lhe é imputada, tem-se por verossímil tal alegação.

Já o dano irreparável ou de difícil reparação se mostra presente tendo em vista o prejuízo advindo com a inserção do nome em cadastros de proteção ao crédito. Tal inclusão significa uma séria restrição de crédito, impossibilitando a celebração de negócios jurídicos pela parte. Por isso, a manutenção do nome da parte no cadastro restritivo de crédito implica dano de difícil reparação, uma vez que, ainda que possa haver a compensação pecuniária, não se pode fazer desaparecer o período em que o nome da parte esteve inscrito, o que ofende a honra da parte e prejudica os possíveis negócios jurídicos naquele período.

Nesse grupo de casos, portanto, defere-se a tutela antecipada com base na *ratio decidendi* de que, em termos gerais, havendo discussão judicial sobre a existência de débito negado pela parte, é descabida a manutenção da inscrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito. Esse fundamento, então, é utilizado para todo o grupo de casos⁴²⁶.

⁴²⁶ Como exemplos de julgados que utilizam o fundamento aqui sintetizado: TJPB, AI, processo nº 00120100251030001, 2ª Câmara Cível, Relator Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira, j. em 20/10/2011; TJPB, AI, processo nº 00120110197876001, 2ª Câmara Cível, Relator Onaldo Rocha de Queiroga (juiz convocado), j. em 31/07/2012; TJPE, AI 282985-4, 0015963-83.2012.8.17.0000, 1ª Câmara Cível, j. 09/07/2013, publicação em 15/07/2013; TJPE, AI 225588-9, 0018046-

Outro exemplo de (ii) grupo de casos relativo à antecipação da tutela se refere aos pedidos de fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Em linhas gerais, havendo comprovação da enfermidade e da prescrição médica, a pessoa portadora de doença grave faz jus ao recebimento, via tutela antecipada, de medicamento ou tratamento médico pelo Poder Público.

Como exemplo de julgado inserido neste grupo de casos, considere-se o julgamento do agravo nº 0308773-6, interposto contra decisão monocrática do relator que havia negado provimento a agravo de instrumento contra decisão de deferimento da tutela antecipada pelo juízo de primeiro grau, no âmbito da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Nesse caso, o agravado (requerente da tutela antecipada) obteve medida antecipatória para determinar que o Poder Público fornecesse medicamento para tratamento de hiperparatireoidismo secundário severo (grave problema renal).

Em seu voto, o relator considerou haver prova inequívoca da verossimilhança da alegação tendo em vista a existência de laudo médico indicando a necessidade do medicamento, sendo dever estatal a proteção da saúde do indivíduo (art. 196, CF; art. 2º, Lei 8.080/1990). O perigo de dano irreparável, por outro lado, foi facilmente verificado no caso, tendo em vista a proteção do direito à vida do agravado, tratando-se de doença grave.

Daí se percebe a *ratio decidendi* no sentido de que o Estado tem o dever de fornecer medicamentos para tratamento de doença grave, desde que haja prescrição médica apontando a necessidade do referido tratamento médico, merecendo tal situação o amparo pela técnica processual da tutela antecipada. Tal fundamento, então, é adotado para todo o grupo de casos⁴²⁷.

43.2010.8.17.0000, Relator Eduardo Augusto Paura Peres, 6ª Câmara Cível, j. em 26/05/2011, publicação em 07/06/2011. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há diversos precedentes que adotam tal *ratio decidendi*: REsp 168.934/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 24/06/1998, DJ 31/08/1998, p. 103; REsp 205.039/RS, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 06/05/1999, DJ 01/07/1999, p. 185; REsp 228.790/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 29/06/2000, DJ 23/10/2000, p. 135.

⁴²⁷ TJPE, AI 319785-3, 0012103-40.2013.8.17.0000, Relator Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, 2ª Câmara de Direito Público, j. 29/05/2014, publicação em 05/06/2014; TJPE, AgRg 331602-3, 0003228-47.2014.8.17.0000, Relator Rafael Machado da Cunha Cavalcanti, 4ª Câmara de Direito Público, j. 13/06/2014, publicação em 03/07/2014; TJPE, Ag 321069-5, 0012846-50.2013.8.17.0000, Relator Alfredo Sérgio Magalhães Jambo, 3ª Câmara de Direito Público, j. 05/06/2014, publicação em 11/06/2014; TJPE, Ag 308773-6, 0007218-80.2013.8.17.0000, Relator Jorge Américo Pereira de Lira, 1ª Câmara de Direito Público, j. 27/05/2014, publicação em 05/06/2014; TJPE, AgRg 324147-6, 0014394-13.2013.8.17.0000, Relator Erik de Sousa Dantas Simões, 1ª Câmara de Direito Público, j.

Mais um exemplo de (iii) grupo de casos em que se consideram presentes os pressupostos da tutela antecipada refere-se à hipótese do ex-combatente da Segunda Guerra Mundial que pleiteia o recebimento de pensão especial cumulada com outro benefício previdenciário, na forma do art. 53, II, do ADCT.

Tome-se como caso representante deste grupo o julgamento do agravo de instrumento 55934/AL pela Segunda Turma do TRF da 5ª Região⁴²⁸. Neste caso, reformou-se decisão de primeiro grau que havia indeferido o pedido de tutela antecipada. Na hipótese, o agravante demonstrou ter “participado de operações bélicas no Teatro de Operações da Itália, com a Força Expedicionária Brasileira”, comprovando assim o enquadramento no conceito de “ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial” (art. 53, *caput*, ADCT).

No caso, acertadamente, consideraram-se presentes a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação em razão da concreta comprovação de que o agravante havia efetivamente participado de operações bélicas, incidindo a expressa autorização constitucional (art. 53, II, ADCT) e legal (art. 4º, Lei nº 8.059/1990) para acumulação da pensão especial de ex-combatente com outro benefício previdenciário, no caso, uma aposentadoria estatutária. Esta plausibilidade do direito, aliás, ratifica-se pelo entendimento dos Tribunais Superiores, que se posicionam pela possibilidade de acumulação nesta hipótese.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação, por sua vez, considera-se demonstrado em razão da natureza alimentar que envolve os benefícios previdenciários, pois estes se destinam à subsistência mínima dos seus beneficiários.

Assim, firma-se a *ratio decidendi* de que, comprovada a efetiva participação de ex-combatente em operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, cabe acumulação da pensão especial prevista no art. 53, II, do ADCT com outro benefício previdenciário, através do deferimento de tutela antecipada tendo em vista a evidência do direito e a urgência em se tratando de verba de caráter alimentar. Tal

27/05/2014, publicação em 04/06/2014.

⁴²⁸ TRF 5ª Região, Agravo de Instrumento - AG55934/AL, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Francisco de Barros e Silva (Convocado), j. 18/01/2005, Publicação: Diário da Justiça (DJ) - 14/03/2005 - Página 799.

ratio é seguida, então em todo o grupo de casos⁴²⁹.

Outro (iv) grupo de casos de concessão de tutela antecipada refere-se ao pedido de abstenção do corte de energia elétrica de unidades públicas prestadoras de serviços essenciais.

Neste grupo de casos, considera-se que, sendo o consumidor uma pessoa jurídica de direito público, o corte de energia elétrica é possível, na forma do art. 6º, § 3º, da Lei 8.987/1995. Contudo, tal possibilidade de interrupção no fornecimento do serviço não é absoluta e não pode ocorrer de forma indiscriminada, pois devem ser preservadas as unidades públicas prestadoras de serviços essenciais.

Sendo assim, defere-se a tutela antecipada para impedir que seja interrompido o fornecimento de energia elétrica de unidade pública (por exemplo, hospitais públicos), diante da presença da evidência do direito, calcado em jurisprudência consolidada do STJ, e da urgência da medida, caso contrário restaria interrompida a prestação de serviço público essencial. Tal *ratio decidendi* aplica-se, então, a todo o grupo de casos.⁴³⁰

Tal exemplificação demonstra a formação de grupos de casos na aplicação da tutela antecipada, apresentando situações com idêntica ou similar base fático-normativa, o que enseja a aplicação da mesma *ratio decidendi* para a solução da questão.

5.4 A técnica do *distinguishing* como forma de manutenção da adaptabilidade da tutela antecipada ao caso concreto

⁴²⁹ Nesse sentido: TRF – 5ª Região, Agravo de Instrumento - AG128735/PB, Órgão Julgador: Primeira Turma, Rel. Des. Frederico Pinto de Azevedo (Convocado), j. 10/01/2013, DJE 18/01/2013, p. 197; TRF – 5ª Região, Agravo de Instrumento - AG104195/RN, Órgão Julgador: Terceira Turma, Rel. Des. Leonardo Resende Martins (Convocado), j. 01/07/2010, DJE 14/07/2010, p. 437; TRF – 5ª Região, Agravo de Instrumento - AG80302/PE, Órgão Julgador: Primeira Turma, Rel. Des. Ubaldo Ataíde Cavalcante, j. 13/03/2008, Publicação: DJ 29/05/2008, p. 464; TRF – 5ª Região, Agravo de Instrumento - AG63058/PB, Órgão Julgador: Quarta Turma, Rel. Des. Margarida Cantarelli, j. 04/10/2005, Publicação: DJ 20/10/2005, p. 549; TRF -5ª Região, Agravo de Instrumento - AG30007/RN, Órgão Julgador: Segunda Turma, Rel. Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 18/09/2001, Publicação: DJ 13/11/2002, p. 1225.

⁴³⁰ Nesse sentido: TJPE, Agravo Regimental 262375-2, Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Jorge Américo Pereira de Lira, j. 09/09/2014, Publicação: 17/09/2014; TJPE, Agravo 294902-6, Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Jorge Américo Pereira de Lira, j. 04/02/2014, Publicação: 13/02/2014; TRF 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 58989/CE, Rel. Des. Francisco Wildo, j. 12/05/2005, Primeira Turma, Publicação: DJ 16/06/2005, p. 664, Nº 114.

Apesar de largamente utilizado no direito alemão, o método do grupo de casos não passou imune a críticas naquele país. Conforme exposição de Fabiano Menke⁴³¹, com base na doutrina de Ralph Weber, o método do grupo de casos acabaria impondo uma barreira à criação do juiz, pois ensejaria uma volta à subsunção.

Para Ralph Weber, citado por Menke⁴³², com a utilização do método do grupo de casos, as cláusulas gerais passariam a ser subsumíveis, consistindo em uma nova roupagem do juiz autômato, pois aqueles textos abertos, concebidos para atender o caso individual, passariam a ser generalizantes.

Com isso, não mais haveria a perquirição acerca de novos valores, pois o aplicador da norma não mais examinaria a fundo o caso concreto, preocupando-se apenas em enquadrá-lo e compará-lo aos casos individuais dos grupos de casos.

Nessa linha de raciocínio, quanto mais se desenvolve o grupo de casos, maior a abstração dos conceitos e a distância para os casos individuais, ocasionando um enrijecimento do grupo de casos, que se aproxima do tipo legal. Nesse contexto, a justiça do caso concreto passaria a ficar em segundo plano.

Contudo, deve ser superada a ideia de que a utilização do método do grupo de casos causaria um enrijecimento do sistema jurídico, tornando o juiz um autômato sem opção senão a de aplicar ao caso a solução predefinida dada por outro órgão jurisdicional.

Isso porque, para aplicar um precedente, o juiz precisa interpretá-lo para verificar a adequação do caso sob julgamento à sua *ratio decidendi*. Trata-se do denominado *distinguishing*, técnica de aplicação de precedentes desenvolvida no *Common Law*.

Essa técnica constitui meio de aplicação dos precedentes pelo qual, para se aplicar a *ratio decidendi* de um caso, é necessário comparar as suas circunstâncias fáticas com as do caso sob julgamento. Portanto, o *distinguishing* consiste em técnica de aplicação do precedente que expressa a distinção entre casos com o objetivo de verificar a aplicabilidade do precedente (*ratio decidendi*) ao caso sob julgamento⁴³³.

⁴³¹ MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 25.

⁴³² MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 25.

⁴³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 326.

Note-se que a expressão *distinguishing* apresenta duas acepções, pois pode se apresentar como método e como resultado.

Como método, o *distinguishing* corresponde à técnica pela qual o juiz

deve aproximar os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamento com eventual ou eventuais decisões anteriores, proferidas em casos análogos. Procede-se, em seguida, ao exame da *ratio decidendi* do precedente, que pode ser interpretada de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*).⁴³⁴

Portanto, o primeiro passo do julgador, no *distinguishing*, consiste na identificação da *ratio decidendi*⁴³⁵, para, então, verificar se o caso sob julgamento se amolda à *ratio* do precedente.

Assim, tendo em vista que dificilmente haverá absoluta identidade entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente, há a possibilidade de se argumentar que o caso sob julgamento requer o enfrentamento de outra questão ou tem particularidade fática que o diferencia do caso que originou o precedente.

Nessa hipótese, o juiz poderá seguir um desses caminhos: a) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, considerando que especificidades do caso sob julgamento impedem a aplicação da tese jurídica da *ratio decidendi* (*distinguishing* restritivo); b) ou estender ao caso a mesma solução jurídica conferida aos casos anteriores, porque a peculiaridade do caso sob julgamento não afasta a aplicação daquela tese jurídica (*distinguishing* ampliativo)⁴³⁶.

No *distinguishing* restritivo, caso a aplicação do princípio possa produzir resultado indesejável, o tribunal restringirá o princípio, ou ainda aplicará precedente diverso⁴³⁷.

No *distinguishing* ampliativo, a Corte estende um princípio mais além dos limites de um caso antecedente por entender que assim estará promovendo

⁴³⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Ob. cit., p. 171.

⁴³⁵ Nesse sentido leciona Marinoni, ao afirmar que a identificação da *ratio decidendi* do precedente é antecedente lógico do *distinguishing* (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 326). Relembre-se que a *ratio decidendi* é composta pela indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), pelo raciocínio lógico jurídico da decisão (*legal reasoning*) e pelo juízo decisório (*judgement*) (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Ob. cit., p. 175).

⁴³⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 403.

⁴³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Ob. cit., p. 172.

justiça⁴³⁸.

A limitação e a extensão do precedente configuram acomodação de sua *ratio decidendi*, priorizando as razões do próprio precedente, já que tanto a sua extensão quanto a sua limitação apenas são possíveis quando com ela compatíveis⁴³⁹.

Por outro lado, o *distinguishing* pode ser entendido como resultado. Nessa acepção, consiste na declaração de inaplicabilidade do precedente, por haver alguma diferença entre o caso sob julgamento e o paradigma.

Isso pode ocorrer por não existir coincidência entre os fatos relevantes do caso sob julgamento e aqueles que basearam a *ratio decidendi* do precedente, ou por haver alguma particularidade do caso concreto que afaste a aplicação do precedente.

O *distinguishing* não implica desobediência a precedentes. Não significa sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm, pois o *distinguishing* se baseia em distinção fática que revele justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente⁴⁴⁰.

Além disso, importa notar que o *distinguishing* não significa revogação do precedente. A não adoção do precedente em virtude de distinção não significa que o precedente está equivocado ou deve ser revogado, mas apenas que não é aplicável ao caso.

Portanto, a não-aplicação do precedente não tem relação com o seu conteúdo e força, mas se for rotineira pode revelar que o seu conteúdo não está mais sendo aceito na comunidade jurídica (precedente *very distinguished*)⁴⁴¹.

Outra questão que se põe diz respeito à relação entre o *distinguishing* e a criação do direito. Nesse ponto, questiona-se se o *distinguishing* declara o direito ou cria direito novo.

Numa primeira visão, o *distinguishing* é apenas a declaração de inaplicabilidade do precedente, ou seja, declara-se que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso sob julgamento. Porém, é possível falar em

⁴³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ibidem, p. 171-172.

⁴³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 332.

⁴⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem, p. 327.

⁴⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem, p. 327-328. Assim explica Marinoni: “Quer dizer que a distinção, por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento da sua autoridade” (Ibidem, p. 328).

mudança do direito na decisão que estende a aplicação do precedente a outra hipótese, o que implica seu incremento. Este *distinguished* acaba permitindo a alteração da *ratio decidendi* do precedente, por meio de uma pequena acomodação a um caso que, além de caracterizado pelas circunstâncias fáticas do caso que originou o precedente, é constituído por outros fatos materiais e, assim, depende de outras exigências. Tal *distinguishing* apenas é viável quando o novo fato for compatível com o resultado a que se chegou no precedente⁴⁴².

A partir da noção de *distinguishing*, percebe-se que a aplicação do precedente não provoca o enrijecimento do direito, não impedindo o desenvolvimento do sistema jurídico.

Na verdade, enquanto técnica de aplicação, confronto e interpretação do precedente, o *distinguishing* promove a manutenção da maleabilidade e adaptabilidade do sistema jurídico, já que possibilita a não aplicação do precedente para casos com fatos materiais distintos ou com particularidades ainda não enfrentadas.

O *distinguishing* permite, ainda, o desenvolvimento do direito ao remoldar a *ratio* do precedente, através da distinção ampliativa e restritiva (*ampliative distinguishing* e *restrictive distinguishing*).

Isso fica ainda mais evidente quando se está diante de precedentes nos quais se aplicam cláusulas gerais e conceitos indeterminados. O dever de respeito aos precedentes judiciais não retira a abertura e a vagueza dos textos normativos abertos, pois pode haver distinções, sobretudo diante da infinidade de situações que podem surgir em decorrência da aplicação de um texto normativo aberto.

No tocante à tutela antecipada, é certa a existência de infinitas possibilidades de concessão ou denegação da medida, sendo possível a incidência das mais diversas circunstâncias fáticas no caso sob julgamento, razão pela qual se mantém a adaptabilidade e mobilidade dos provimentos antecipatórios.

Veja-se, por exemplo, a possibilidade de distinções quanto à tutela antecipada do grupo de casos relativo ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Como exposto no item anterior, é firme o entendimento de que, em termos gerais, havendo comprovação da enfermidade e da prescrição médica, a pessoa portadora

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., p. 328-329.

de doença grave faz jus ao recebimento, via tutela antecipada, de medicamento ou tratamento médico pelo poder público.

Sendo assim, não havendo comprovação da prescrição médica, torna-se inaplicável a *ratio decidendi* daquele grupo de casos, eis que ausente elemento fático-probatório para concessão da tutela antecipada, o que enseja o indeferimento do pedido de fornecimento de medicamentos⁴⁴³.

Nesse caso, tem-se o *distinguishing* em razão da diferença entre um fato relevante do caso sob julgamento (ausência de comprovação da prescrição médica) e o fato que originou a *ratio decidendi* do precedente, afastando o caso concreto daquele grupo de casos. Não há, portanto, identidade fático-normativa, sendo inaplicável o precedente.

Exemplo mais interessante de *distinguishing* dentro desse mesmo grupo de casos se refere à situação na qual o requerente pleiteia, via tutela antecipada, o fornecimento de medicamento com um estoque de três meses, sob fundamento de se evitar interrupção no tratamento.

Nesse caso, indefere-se o pedido porque o medicamento é fornecido regularmente pelo Poder Público, de modo que a pretensão tem por objetivo o fornecimento antecipado do medicamento.

Nessa situação, portanto, opera-se o *distinguishing* por haver diversidade fático-normativa dos casos, já que não se vislumbra interesse processual do pleito, pois o Poder Público já fornece regularmente o medicamento pretendido⁴⁴⁴.

Outro exemplo de *distinguishing*, ainda dentro do grupo de casos relativo ao dever do Poder Público de proteção da saúde, tem-se o caso em que a parte pleiteia tutela antecipada para realização de cirurgia na mão, sendo o pedido indeferido por se tratar de cirurgia eletiva que não revela urgência, sendo o procedimento coberto pelo Sistema Único de Saúde, apenas havendo suposta demora na realização do ato médico.⁴⁴⁵ Tal situação afasta-se do grupo de casos exatamente por consistir em diferente base fático-normativa, uma vez que ausente a urgência na realização do

⁴⁴³ TJSP, AI 20536807520148260000 SP, 2053680-75.2014.8.26.0000, Relator Décio Notarangeli, 9ª Câmara de Direito Público, j. 08/04/2014, publicação em 09/04/2014.

⁴⁴⁴ TJSP, AI 00971858720138260000 SP, 0097185-87.2013.8.26.0000, Relator Décio Notarangeli, 9ª Câmara de Direito Público, j. 19/06/2013, publicação em 20/06/2013.

⁴⁴⁵ TJMG, AI 1.0142.12.000563-2/001, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 15/01/2013.

procedimento cirúrgico, não havendo “dano irreparável ou de difícil reparação”.

Tais exemplos evidenciam que o dever de respeitar precedentes não retira a adaptabilidade, plasticidade e mobilidade da tutela antecipada, já que o julgador tem ampla possibilidade de análise do caso concreto para verificar seu enquadramento à *ratio decidendi* do precedente, mediante realização do *distinguishing*, enquanto técnica de confronto, aplicação e interpretação do precedente.

5.5 Outros aspectos que reforçam a importância do precedente na aplicação da tutela antecipada

5.5.1 A eficácia imediata da tutela antecipada e a aplicação do regime da execução provisória

Além da função do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da tutela antecipada, sobressai a necessidade de respeito aos precedentes em razão da eficácia imediata da antecipação da tutela, cuja efetivação segue o regime da execução provisória.

Como explica Daniel Mitidiero, “a antecipação de tutela tem por endereço viabilizar a fruição imediata de um resultado prático à parte que dela se beneficia no processo”⁴⁴⁶. Essa a razão de ser da tutela antecipada: sua função é, provisoriamente, conferir eficácia imediata à tutela definitiva⁴⁴⁷.

Daí a afirmação doutrinária de que, “em linha de máxima, as liminares são dotadas de eficácia própria e imediata para que possam cumprir os fins colimados pelo sistema”⁴⁴⁸.

Do ponto de vista estritamente legal, tal eficácia imediata se verifica porque a decisão de tutela antecipada, em geral, tem natureza interlocutória, sendo o agravo de instrumento o recurso cabível contra tal decisão, já que incompatível o agravo retido em razão do risco de dano a que se submete a parte requerida.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 151.

⁴⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 469.

⁴⁴⁸ LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Eficácia imediata das medidas liminares. *Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 711.

⁴⁴⁹ É como se afirma na lição de por Didier Jr., Braga e Oliveira: “A decisão que concede ou denega tutela antecipada, tendo sido proferida por um juiz singular, é interlocutória. O recurso cabível para impugná-la é o agravo de instrumento (art. 522, CPC), em razão do risco de dano a que se submete a

Essa espécie recursal, como se sabe, não possui efeito suspensivo automático, ou seja, o agravo de instrumento não dispõe de efeito suspensivo *ope legis*, somente podendo ser atribuído tal efeito pelo juiz, diante do caso concreto (art. 527, II, CPC), se preenchidos os requisitos legais do art. 558 do CPC.

Consequência disso é que as decisões concessivas de tutela antecipada podem ser efetivadas de modo imediato, autorizando-se o autor a usufruir prontamente o bem da vida postulado.

A propósito, esse aspecto é apontado por importante parcela doutrinária como incoerência do sistema processual brasileiro: a decisão de tutela antecipada, proferida em caráter provisório e mediante cognição sumária, tem eficácia imediata, o que não ocorre, em regra, com a sentença definitiva, prolatada mediante cognição exauriente⁴⁵⁰.

Exatamente por tal motivo é que, comumente, concede-se a tutela antecipada na sentença, a fim de que se permita a sua eficácia imediata, tendo em vista que, nessa hipótese, retira-se o efeito suspensivo do recurso de apelação⁴⁵¹, conforme

parte requerida. O agravo retido é incabível, por incompatibilidade" (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 532). No mesmo sentido, confira-se: BUENO, Cássio Scarpinella. Ob. cit., p. 70. Essa posição é ratificada pelo STJ, cujo entendimento é no sentido de que, "em se tratando de decisões liminares ou antecipatórias da tutela, o agravo contra elas interposto deve ser, obrigatoriamente, de instrumento. Dada a urgência dessas medidas e os sensíveis efeitos produzidos na esfera de direitos e interesses das partes, não haveria interesse em se aguardar o julgamento da apelação" (RMS nº 31.445/AL, DJe 03/02/2012, Info. 489).

⁴⁵⁰ Nesse sentido assinala José Miguel Garcia Medina: "Nota-se aí, de todo modo, uma incoerência: a decisão que concede liminar — fundada, portanto, em cognição sumária — pode ser executada liminarmente, enquanto a sentença condenatória sujeita-se a recurso que, como regra, deve ser recebido com efeito suspensivo (CPC, art. 520), impedindo sua execução imediata. O Código em vigor, assim, permite a execução imediata de uma liminar fundada em cognição sumária, mas não a execução de sentença fundada em cognição exauriente..." (MEDINA, José Miguel Garcia. *É um pássaro? Um avião? Não, é o 'superjuiz'!* Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/processo-passaro-aviao-nao-superjuiz>. Acesso em 12 abr. 2014). Semelhante crítica é apresentada por João Batista Lopes (*Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 118).

⁴⁵¹ Há profunda discussão doutrinária sobre o recurso cabível contra a tutela antecipada concedida na sentença. De um lado, há posicionamento doutrinário no sentido de que, nesse caso, existem materialmente duas decisões, uma de natureza interlocutória e a outra de sentença, cabendo agravo de instrumento contra a primeira e apelação contra a segunda. Esse é o entendimento, por exemplo, de Luiz Guilherme Marinoni (*Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 161) e João Batista Lopes (*Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. Ob. cit., p. 118-120). Por outro lado, há o entendimento de que o recurso cabível é apenas a apelação, sem efeito suspensivo quanto ao capítulo da antecipação da tutela. Nesse sentido se posiciona, por exemplo, Athos Gusmão Carneiro (*Da antecipação de tutela*. Ob. cit., p. 97). De todo modo, ambas as correntes doutrinárias conduzem ao cabimento de recurso sem efeito suspensivo, o que significa a eficácia imediata da tutela antecipada. Além disso, a divergência parece solucionada no plano legislativo, em razão do disposto no art. 520, VII, do CPC, sendo cabível apelação sem efeito suspensivo. Inclusive, no plano jurisprudencial, o STJ segue essa linha de que cabe apelação apenas com efeito devolutivo, conforme se observa nos precedentes

art. 520, VII, do CPC.

Portanto, pelas considerações acima, pretende-se demonstrar que a tutela antecipada, seja ela concedida mediante decisão interlocutória ou na própria sentença, apresenta como importante atributo a sua eficácia imediata. Ou seja, a executividade imediata é traço marcante da tutela antecipada.

A execução (ou efetivação) da tutela antecipada está prevista no art. 273, §3º, do CPC, com redação dada pela Lei 10.444/02: “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”.

Por esse dispositivo legal, remete-se a efetivação da tutela antecipada ao regime jurídico da execução provisória, antes previsto no referido art. 588 e atualmente disposto no art. 475-O, por força da Lei 11.232/05.

Já a referência aos arts. 461, §§ 4º e 5º, e 461-A tem por objetivo explicitar a aplicação, na efetivação da tutela antecipada, da disciplina jurídica concernente à tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, podendo ser utilizadas as medidas de coerção direta e indireta mencionadas naquelas disposições.

A principal consequência do regime jurídico da execução provisória diz respeito à responsabilidade objetiva daquele que se beneficiou da tutela antecipada. Segundo o art. 475-O do CPC, na hipótese de reforma da decisão, o exequente se obriga à reparação dos danos que o executado haja sofrido (inc. I), restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos (inc. II).

Sendo assim, diante da eficácia imediata da tutela antecipada, cuja efetivação segue o regime da execução provisória (art. 475-O, CPC), reforça-se a necessidade de respeito aos precedentes judiciais na sua aplicação.

Primeiramente, impõe-se o respeito aos precedentes em razão da isonomia. É que a prolação de decisões diferentes para casos idênticos, nos quais se reclama a antecipação da tutela, produz um grave inconveniente: a parte que obtém o provimento favorável poderá usufruir imediatamente o bem da vida postulado, ao passo que a parte que deixa de obter o mesmo provimento termina sem a imediata satisfação do seu direito, apesar de se encontrar em idêntica situação jurídica.

seguintes: REsp nº 648.886/SP (DJ 06/09/2004, p. 162); REsp nº 267.540/SP (DJ 12/03/2007, p. 217); REsp nº 1.001.046/SP (DJe 06/10/2008).

Além dessa nítida violação à isonomia, vislumbra-se a necessidade de respeito aos precedentes em razão da segurança jurídica. Por ter eficácia imediata, a decisão de tutela antecipada que desrespeita precedentes acarreta insegurança jurídica ainda mais grave que a própria sentença definitiva (sem eficácia imediata, em regra).

Isso porque tal provimento antecipado produz efeitos desde o momento de sua prolação, alterando a realidade fática imediatamente, de modo que eventual revogação, reforma ou anulação da decisão gera instabilidade quanto aos efeitos produzidos. Isso porque o retorno ao estado anterior e a restituição de eventuais prejuízos se mostram problemáticos em inúmeras situações concretas.

Essa dificuldade pode ser bem exemplificada com uma conhecida discussão travada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: a (im)possibilidade de restituição de valores recebidos a título de benefício previdenciário concedido através de tutela antecipada posteriormente revogada.

A princípio, o entendimento adotado na corte superior foi no sentido de que, determinado o pagamento ou acréscimo de benefício previdenciário por força de tutela antecipada, a revogação ou anulação da decisão enseja a restituição dos valores recebidos, aplicando-se o regime da responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela antecipada, dado o seu caráter provisório e precário⁴⁵².

Contudo, no julgamento do Recurso Especial nº 991.030/RS, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela impossibilidade de devolução das parcelas previdenciárias recebidas por força de tutela antecipada, sob fundamento de se tratar de verba alimentar recebida de boa fé pelo segurado, considerando que tal pagamento resultou de decisão suficientemente motivada, anterior ao pronunciamento definitivo do STF sobre a matéria, ocasião em que não havia uma orientação jurisprudencial consolidada sobre a questão jurídica discutida.

Tal fundamento se encontra bem delineado no seguinte trecho da ementa do julgado: “O pagamento realizado a maior, que o INSS pretende ver restituído, foi decorrente de decisão suficientemente motivada, anterior ao pronunciamento definitivo da Suprema Corte, que afastou a aplicação da lei previdenciária mais

⁴⁵² Nesse sentido, citem-se os seguintes precedentes: STJ, REsp 988.171/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 04/12/2007, DJ 17/12/2007, p. 343; STJ, AgRg no REsp 984.135/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 13/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 482; STJ, REsp 996.850/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 27/03/2008, DJe 12/05/2008.

benéfica a benefício concedido antes da sua vigência. Sendo indiscutível a boa-fé da autora, não é razoável determinar a sua devolução pela mudança do entendimento jurisprudencial por muito tempo controvertido, devendo-se privilegiar, no caso, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos⁴⁵³.

A partir desse julgamento, a corte superior passou a seguir tal orientação de modo mais amplo, entendendo que, tratando-se de revogação da tutela antecipada, não se deve restituir os valores recebidos a título de verbas previdenciárias, dado seu caráter alimentar e ausência da fraude ou má-fé do segurado quando de seu recebimento⁴⁵⁴.

Na realidade, essa ampliação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça resultou de uma indevida generalização do precedente firmado no julgamento do Recurso Especial nº 991.030/RS. Como explica Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁵⁵, naquele julgamento, entendeu-se pela desnecessidade de devolução dos valores recebidos levando-se em consideração a peculiaridade de que não havia entendimento consolidado quanto à matéria discutida, pois a questão de direito envolvida ainda era controvertida, somente firmando-se orientação em sentido contrário muito tempo depois pelo STF.

Nessa linha, aduz Leonardo Carneiro da Cunha que

na verdade, todos esses precedentes, segundo os quais não há restituição ao *status quo ante* quando revogada a tutela antecipada em matéria previdenciária, estão a generalizar uma situação que era particular, específica, que levava em conta uma peculiaridade que impunha garantir a segurança jurídica.⁴⁵⁶

⁴⁵³ STJ, REsp 991.030/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 14/05/2008, DJe 15/10/2008. Precedente divulgado no Informativo 355 do STJ.

⁴⁵⁴ Nesse sentido, citem-se os seguintes precedentes: STJ, AgRg no REsp 1.057.882/RS (Informativo 369 do STJ), Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6ª Turma, j. 25/09/2008, DJe 13/10/2008; STJ, AgRg no AREsp 22.854/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 6ª Turma, j. 20/10/2011, DJe 09/11/2011; STJ, REsp 1.255.921/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 04/08/2011, DJe 15/08/2011; STJ, AgRg no AREsp 151.349/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. 22/05/2012, DJe 29/05/2012; STJ, AgRg no AREsp 194.038/MG (Informativo 507 do STJ), Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 18/10/2012, DJe 24/10/2012; STJ, AgRg no AREsp 291165/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 09/04/2013, DJe 15/04/2013.

⁴⁵⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 4 – Revogação da tutela antecipada concedida contra o poder público: restituição ao status quo ante*, 2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-4-revogacao-da-tutela-antecipada-concedida-contra-o-poder-publico-restituicao-ao-status-quo-ante/>. Acesso em: 22 jun. 2014; A fazenda pública em juízo. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 308-312.

⁴⁵⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 4 – Revogação da tutela antecipada concedida contra o poder público: restituição ao status quo ante*, 2013. Disponível em:

Realmente, nesse exemplo, percebe-se que os juristas brasileiros ainda têm grande dificuldade de aplicação de precedentes judiciais. Nessa discussão, não se atentou para a *ratio decidendi* do julgamento do Recurso Especial nº 991.030/RS, que se baseou em uma situação específica de mudança de entendimento jurisprudencial por muito tempo controvertido. Assim, diante dessa particularidade, entendeu-se que deveria prevalecer a boa-fé do segurado, em respeito à segurança jurídica.

Contudo, em uma demonstração de inaptidão na análise de precedentes, generalizou-se a compreensão de que, a partir do Recurso Especial nº 991.030/RS, seria indevida a restituição de valores recebidos por força de tutela antecipada em causas previdenciárias, o que não corresponde à *ratio decidendi* daquele precedente.

Em momento posterior, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça restaurou seu entendimento inicial e reviu este posicionamento indevidamente generalizado, firmando nova orientação no julgamento do Recurso Especial nº 1.384.418/SC⁴⁵⁷. Nesse julgado, a corte superior considerou que, embora os benefícios previdenciários ostentem natureza alimentar, a devolução desses valores também deve ser analisada sob o prisma da boa-fé.

Nesse aspecto, o STJ reconheceu a presença da boa-fé subjetiva nessas hipóteses, pois o segurado, ao obter a concessão de um benefício previdenciário por força de decisão judicial, acredita que o seu recebimento é legítimo. Todavia, não se vislumbra a boa-fé objetiva, que consiste na presunção da definitividade do pagamento. No caso do recebimento de valores mediante provimento antecipatório, o segurado tem ciência da não definitividade desse pagamento em razão do caráter provisório e precário da tutela antecipada.

Por oportuno, confira-se o seguinte trecho da ementa do julgado: “Do ponto de vista objetivo, por sua vez, inviável falar na percepção, pelo segurado, da definitividade do pagamento recebido via tutela antecipatória, não havendo o titular do direito precário como pressupor a incorporação irreversível da verba ao seu

<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniaop/opiniaop-4-revogacao-da-tutela-antecipada-concedida-contra-o-poder-publico-restituicao-ao-status-quo-ante/>. Acesso em: 22 jun. 2014.

⁴⁵⁷ STJ, REsp 1.384.418/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 12/06/2013, DJe 30/08/2013. Precedente divulgado no Informativo 524 do STJ.

patrimônio”.

Com esse julgamento, o Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento no sentido de que é dever do segurado devolver valores a título de benefícios previdenciários recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada⁴⁵⁸.

Toda essa discussão acima exposta, acerca da restituição de valores recebidos a título de benefício previdenciário por força de tutela antecipada revogada, evidencia a problemática da restituição ao *status quo ante* no caso de revogação do provimento antecipatório.

Com isso, demonstra-se a necessidade de respeito aos precedentes judiciais na apreciação dos pleitos de tutela antecipada, justamente porque a decisão antecipatória que segue a jurisprudência consolidada sobre a matéria tem menor chance de posterior revogação, evitando-se (ou diminuindo-se) o problema da restituição ao *status quo ante*.

Prestigia-se, assim, a segurança jurídica, na medida em que se busca estabilidade das relações jurídicas ao se evitar (ou, ao menos, reduzir) provimentos antecipatórios cuja eficácia se prolongue no tempo e, após longo período, ocorra a revogação da tutela antecipada, deixando o grave problema relativo à restituição ao estado anterior.

Aliás, note-se que, no julgamento do Recurso Especial nº 991.030/RS, o fundamento que levou o STJ a considerar indevida a restituição dos valores de benefícios previdenciários foi a circunstância de que a decisão concessiva da tutela antecipada teria sido anterior ao pronunciamento definitivo da Suprema Corte sobre a matéria. Portanto, naquela hipótese, não havia jurisprudência firme a ser seguida, havendo, ao contrário, uma posterior definição jurisprudencial sobre a questão. Por isso, prevaleceu a garantia da segurança jurídica para impedir a retroação dos efeitos da revogação da decisão antecipatória.

A partir dessa análise, reconhece-se a necessidade de respeito aos precedentes judiciais na aplicação da tutela antecipada, o que, inclusive, justifica a não devolução de valores recebidos via decisão antecipatória revogada,

⁴⁵⁸ Seguindo o entendimento consolidado no julgamento do REsp 1.384.418/SC, podem ser citados os recentes julgados a seguir: STJ, EDcl no AgRg no AREsp 277.050/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. 03/09/2013, DJe 11/09/2013; STJ, AgRg no AgRg no REsp 1360828/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 11/02/2014, DJe 07/03/2014.

excepcionando o disposto no art. 475-O do CPC.⁴⁵⁹

5.5.2 A situação de urgência na tutela antecipada e a consolidação de situações jurídicas em decorrência de provimentos antecipatórios

Mais um aspecto que reforça a necessidade de respeito aos precedentes judiciais na aplicação da tutela antecipada diz respeito à urgência que envolve esse instituto, a qual, aliada à eficácia imediata tratada acima, resulta, muitas vezes, na consolidação de situações jurídicas pelo decurso do tempo.

Como se sabe, um dos fundamentos da tutela antecipada é a urgência do pleito antecipatório. Daí a exigência, nos dispositivos correspondentes, de demonstração do “perigo de dano irreparável ou de difícil reparação” ou do “receio de ineficácia do provimento final”.

Há, por vezes, hipóteses de tutela antecipada que apresentam uma urgência extremada, nas quais a solução adotada no provimento antecipatório consolida uma situação fática no tempo.

É o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de tutela antecipada em que tanto o deferimento quanto o indeferimento da medida materializam situações jurídicas irreversíveis *in natura*. Trata-se da chamada irreversibilidade recíproca, que pode ser definida nos seguintes termos: “concedida a AT, e efetivada, cria-se situação irreversível em favor do autor; denegada, a situação será irreversível em prol do demandado”⁴⁶⁰.

Tal irreversibilidade recíproca, inclusive, justifica a mitigação do pressuposto negativo contido no art. 273, §2º, do CPC⁴⁶¹, relativizando a vedação para permitir o

⁴⁵⁹ Nesse ponto, bastante lúcida a ponderação de Leonardo Carneiro da Cunha: “Como se observa, a revogação ou anulação de um provimento de urgência impõe a restituição das partes ao estado anterior, ressalvadas situações excepcionais, que demonstrem a necessidade de impedir a restituição, mercê da prevalência da segurança jurídica e da boa fé, com aplicação do postulado da proporcionalidade” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 4 – Revogação da tutela antecipada concedida contra o poder público: restituição ao status quo ante*, 2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniaop/opiniaop-4-revogacao-da-tutela-antecipada-concedida-contra-o-poder-publico-restituicao-ao-status-quo-ante/>. Acesso em: 22 jun. 2014).

⁴⁶⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 87. Nesse ponto, vale lembrar a interessante observação de Ovídio Baptista: “O magistrado que indefere a liminar pedida pelo autor não imagina que esteja outorgando, diríamos, uma ‘liminar’ idêntica ao demandado, apenas de sinal contrário, enquanto idêntico benefício processual, permitindo que ele continue a desfrutar do status quo a custo zero” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Ob cit., p. 16).

⁴⁶¹ Art. 273. [...] §2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de

deferimento de tutela antecipada com efeitos fáticos⁴⁶² irreversíveis.

Nítido exemplo dessa relativização é o caso da concessão de tutela antecipada para determinar a realização de procedimento médico de urgência, situação na qual o deferimento da medida significa a realização de um ato insuscetível de restituição ao estado anterior, assim como o seu indeferimento implica um irreversível dano à saúde do requerente.⁴⁶³

Outro exemplo é a hipótese de tutela antecipada relativa à autorização para realização de evento festivo, em razão de controvérsia acerca do cumprimento de requisitos exigidos pelo Poder Público para segurança e fluxo de veículos no evento. Em tal situação, o provimento antecipatório é irreversível no plano fático, uma vez que, depois da medida, já terá ocorrido o evento ou restará impedida a sua realização.⁴⁶⁴

Mais uma situação de irreversibilidade recíproca é a hipótese de provimento antecipatório relacionado aos direitos de transmissão de evento esportivo. Nesse caso, a tutela antecipada se mostra irreversível porque, após a decisão, o evento já terá se realizado.⁴⁶⁵

Também pode ser citado, como exemplo, o caso de uma pessoa cega que, impedida de entrar em teatro com o seu cão-guia, pleiteia provimento antecipatório para assegurar seu direito de assistir ao concerto, hipótese em que o indeferimento do pedido significa dano irreparável, eis que já realizada a apresentação.⁴⁶⁶

Todos esses exemplos ilustram situações nas quais a tutela antecipada consolida situações fáticas que não poderão ser restituídas ao estado anterior. Isso significa que, apesar de provisória, a decisão antecipatória materializa situações

irreversibilidade do provimento antecipado.

⁴⁶² Prevalece na doutrina a compreensão de que a irreversibilidade mencionada no §2º do art. 273 do CPC não se refere propriamente ao provimento antecipatório, que se caracteriza por ser uma decisão passível de modificação a qualquer tempo (art. 273, §4º, CPC), mas diz respeito, na verdade, aos efeitos fáticos do provimento. Nesse sentido, por todos: CARNEIRO, Athos Gusmão. Ob. cit., p. 81.

⁴⁶³ A título de exemplificação, citem-se os seguintes precedentes que retratam tal situação: TJSP, AI 9027942-54.2000.8.26.0000, Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado, Data de registro: 17/11/2000; TJPE, Agravo 273804-5/01 0013026-03.2012.8.17.0000, Rel. Francisco Manoel Tenorio dos Santos, órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, j. 04/04/2013, Publicação: 19/04/2013.

⁴⁶⁴ Exemplo extraído de decisão da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, Processo nº 0800093-98.2014.4.05.8200T, em 17/01/2014.

⁴⁶⁵ Exemplo semelhante é apresentado por Fernando Gama de Miranda Netto (*A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 148).

⁴⁶⁶ Exemplo citado por Fernando Gama de Miranda Netto (*Ibidem*, p. 146).

“definitivas”⁴⁶⁷ no plano material.

Percebe-se, na verdade, que a realização concreta de qualquer decisão judicial sempre leva, em alguma medida, à sua irreversibilidade fática, pois o direito em litígio terá sido gozado por uma das partes durante a vigência do provimento judicial, de modo que as circunstâncias vividas nesse respectivo lapso temporal jamais poderão ser modificadas.⁴⁶⁸

É claro que, em último caso, não havendo a possibilidade de retorno ao estado anterior, possibilita-se a conversão em perdas e danos, operando-se a reversibilidade pecuniária.

Ademais, há hipóteses que, embora não configurem irreversibilidade recíproca, também têm a consequência de consolidar situações pelo decurso do tempo.

Nessa perspectiva, destaca-se a teoria do fato consumado, pela qual se propõe que “as situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo, amparadas por decisão judicial, não devem ser desconstituídas, em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais”⁴⁶⁹.

A teoria do fato consumado, todavia, somente é admitida em hipóteses excepcionalíssimas. Com efeito, “conforme a orientação jurisprudencial do STJ, aplica-se a teoria do fato consumado nas hipóteses em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo em razão de ordem judicial”⁴⁷⁰.

Assim, via de regra, não se aplica a teoria, por exemplo, aos “casos nos quais se pleiteia a permanência em cargo público, cuja posse tenha ocorrido de forma precária, em razão de decisão judicial não definitiva”, segundo anotado em precedente do Supremo Tribunal Federal⁴⁷¹. No mesmo sentido é a orientação do

⁴⁶⁷ Por óbvio, utiliza-se aqui o termo definitivo não no sentido processual de sentença definitiva, própria da cognição exauriente e oposta à provisoriedade que marca a tutela antecipada. O sentido de definitividade utilizado no texto é, claramente, o de situação materialmente consolidada, na qual é impossível o retorno ao estado anterior.

⁴⁶⁸ Nesse sentido, mostra-se oportuna a observação de Eduardo da Fonseca Costa: “a implantação de toda e qualquer decisão no plano dos fatos é sempre acompanhada de um grau indelével de irreversibilidade” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Ob. cit., p. 29).

⁴⁶⁹ STJ, REsp 709934/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. 21/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 531.

⁴⁷⁰ STJ, AgRg no AREsp 460.157/PI, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 26/03/2014.

⁴⁷¹ STF, RE 405964 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 24/04/2012, acórdão eletrônico DJe-

Superior Tribunal de Justiça⁴⁷².

Apesar disso, considerando o caráter excepcional da aplicação da teoria do fato consumado, já decidiu o STJ pela sua aplicação à hipótese em que a candidata, mediante providência liminar, prosseguiu no concurso público e chegou a tomar posse, sendo posteriormente aprovada no estágio probatório e tendo exercido a função pública há 5 (cinco) anos⁴⁷³.

Por outro lado, também não prevalece, em regra, a teoria do fato consumado no caso do profissional formado no estrangeiro que, por meio de antecipação de tutela, obtém o direito de exercer sua profissão no Brasil, independentemente de revalidação legal do diploma. Ocorrendo a revogação da medida judicial precária, de ver restituído o *status quo ante*, ainda que ele tenha exercido a atividade por longo período⁴⁷⁴.

Ainda que não prevaleça a teoria do fato consumado nesses casos, é inegável o grave prejuízo sofrido pela parte que, durante certo lapso temporal, atuou amparado por decisão judicial, pressupondo, assim, legitimidade e licitude no exercício dessa atividade.

Não se pretende discutir aqui a aceitação ou rejeição da teoria do fato consumado, pois tal questão, além de extremamente complexa e tormentosa, foge ao objeto do presente trabalho. O que se busca ressaltar é, tão somente, a importância do respeito aos precedentes judiciais quando da concessão ou denegação da tutela antecipada, exatamente para evitar tais situações, devendo o provimento antecipatório seguir a jurisprudência consolidada a fim de impedir que haja a consolidação, pelo considerável lapso temporal, de situações jurídicas fundadas em provimentos posteriormente revogados.

Outra hipótese relacionada à teoria do fato consumado diz respeito ao estudante que, por força de tutela antecipada, consegue frequentar curso em instituição de ensino superior através do exame supletivo, relativizando os requisitos

095, divulg. 15-05-2012, public. 16-05-2012.

⁴⁷² STJ, MC 18980/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. 15/05/2012, DJe 21/05/2012; STJ, RMS 23390/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 02/12/2010, DJe 17/12/2010; STJ, AgRg no Ag 874884/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 360.

⁴⁷³ STJ, RMS 31.152/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 25/02/2014.

⁴⁷⁴ Exemplo verificado no seguinte precedente: STJ, REsp 1333588/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 16/10/2012, DJe 22/10/2012.

legais para tanto. Revogada a decisão judicial nessa hipótese, reconhece-se o direito do aluno de continuar o curso até o seu término, tendo em vista a conclusão de considerável parcela do curso, em aplicação à teoria do fato consumado, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷⁵.

Dentro dessas hipóteses, considere-se o julgamento do Recurso Especial nº 1262673/SE pelo STJ. No caso, o estudante menor de 18 (dezoito) anos se utilizou do exame supletivo para alcançar precocemente o acesso ao ensino superior, em flagrante burla à legislação que rege a matéria. Tanto é assim que, na razões de decidir adotadas no precedente, fica evidente que o entendimento da corte superior quanto ao mérito da causa seria no sentido de rejeitar a pretensão do requerente. Contudo, em razão da consolidação da situação jurídica pelo decurso do tempo, entendeu-se pela aplicabilidade da teoria do fato consumado, em respeito à segurança jurídica e à estabilidade das relações jurídicas.⁴⁷⁶

O precedente acima é bastante expressivo ao revelar a gravidade da desobediência aos precedentes judiciais na concessão da tutela antecipada. No caso exposto, consolidou-se situação fática ilícita, em virtude de uma antecipação de tutela indevidamente concedida, eis que posteriormente revogada e, ainda, destoante da jurisprudência do STJ sobre a matéria.

Daí se conclui que, nos provimentos antecipatórios, revela-se essencial a observância dos precedentes judiciais concernentes à questão jurídica tratada, tendo em vista que, caso contrário, resultam as seguintes consequências ao sistema jurídico: a) ofensa à isonomia, pois alguns obtêm um provimento que imediatamente satisfaz sua pretensão urgente, enquanto outros deixam de obter tal tutela; b) violação da segurança jurídica, pois se produzem situações jurídicas instáveis ou se consolidam situações jurídicas ilícitas.

5.6 A fundamentação das decisões de tutela antecipada como um dever imprescindível diante de conceitos indeterminados e de um sistema de

⁴⁷⁵ A aplicação da teoria do fato consumado nessa hipótese é amplamente aceita na jurisprudência do STJ, como se evidencia pelos precedentes a seguir: REsp 1289424/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 11/06/2013, DJe 19/06/2013; REsp 1262673/SE, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. em 18/08/2011, DJe 30/08/2011; REsp 900.263/RO, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 13/11/2007, DJ 12/12/2007, p. 397; REsp 613.748/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 21/11/2006, DJ 13/09/2007, p. 183

⁴⁷⁶ STJ, REsp 1262673/SE, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. 18/08/2011, DJe 30/08/2011.

precedentes

Constitui garantia constitucional a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. Segundo disposto no art. 93, IX, da CF⁴⁷⁷, exige-se que as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.

Não bastasse essa explícita previsão constitucional, a legislação processual reforça tal garantia. No art. 458, II, do CPC, consagra-se a fundamentação como requisito essencial da sentença, na qual “o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Por força do art. 165 do CPC, tal exigência se aplica aos acórdãos dos tribunais e, quanto às decisões interlocutórias, exige-se também a fundamentação, ainda que de modo conciso.

Especificamente em relação às decisões de tutela antecipada, o §1º do art. 273 do CPC impõe que, “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”.

Daí se demonstra o vasto arcabouço normativo que impõe o dever de fundamentação das decisões judiciais. Note-se, porém, que, ainda que não houvesse expressa previsão normativa, a motivação das decisões judiciais não poderia deixar de ser direito fundamental do jurisdicionado, pois tal garantia decorre do devido processo legal e é inerente ao Estado de Direito.

Fundamentar significa expor os motivos fáticos e jurídicos que formam o convencimento judicial, ou seja, que levam o julgador a decidir a questão de determinada maneira. A obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais tem duas funções primordiais⁴⁷⁸, situadas nos planos endoprocessual e exoprocessual (ou extraprocessual).

Fala-se na função endoprocessual no sentido de que a fundamentação possibilita às partes conhecer as razões da decisão para, assim, demonstrar eventual irresignação com a decisão mediante o manejo dos recursos cabíveis,

⁴⁷⁷ Art. 93. [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁴⁷⁸ Nesse sentido reconhece a doutrina, a exemplo dos seguintes processualistas: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 291-292; NEVES, Daniel Assumpção de Amorim. Ob. cit., p. 87; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 74.

permitindo o controle da decisão pelos juízos de hierarquia superior. Propicia-se, com isso, o controle das decisões judiciais pelos próprios sujeitos processuais, através da via recursal.

Na função exoprocessual, põe-se em destaque a fundamentação como meio de verificação da imparcialidade e lisura do julgador. Por meio da exteriorização das razões da decisão, possibilita-se o controle difuso da legitimidade da atuação jurisdicional⁴⁷⁹. É que a motivação da decisão se revela indispensável para que se possibilite a participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, conferindo-lhe legitimidade. Trata-se, pois, da função política⁴⁸⁰ da motivação das decisões judiciais.

No âmbito da tutela antecipada, a fundamentação da decisão adquire relevância especial, sobretudo por se tratar de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

É que, diante da aplicação de textos abertos, aumenta-se o grau de subjetividade de atuação do juiz, a quem cabe preencher o conteúdo normativo dos pressupostos da tutela antecipada, com base nas circunstâncias concretamente apresentadas.

Com isso, torna-se muito mais complexo o processo de aplicação do direito e, conseqüentemente, surgem maiores dificuldades no controle da atuação judicial. Isso pode levar ao voluntarismo puro, mediante a utilização indevida dos textos abertos.

Exatamente por tal motivo é que a fundamentação das decisões de tutela antecipada exige uma exposição mais detalhada dos motivos de fato e de direito que embasam a decisão. Por se tratar de concreção de textos normativos abertos, há uma maior complexidade nesse processo decisório, o que impõe um maior ônus argumentativo para o julgador. Quanto maior a abertura semântica do texto que se concretiza, maior a necessidade de justificação da decisão.

Daí por que se mostra inadequada a previsão de “fundamentação concisa”

⁴⁷⁹ Lembre-se que as funções executiva e legislativa encontram legitimidade no voto popular, ao contrário da função jurisdicional, cuja legitimidade somente pode ser alcançada mediante a justiça das decisões, o que apenas pode ser averiguado mediante a exteriorização das razões da decisão. Nessa linha: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. Ob. cit., p. 55.

⁴⁸⁰ Nesse sentido: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., p. 74.

nas decisões interlocutórias, contida no art. 165 do CPC. No caso da tutela antecipada, em regra veiculada por decisão interlocutória, é problemático falar em fundamentação concisa. Dificilmente uma adequada fundamentação de decisão de tutela antecipada será concisa, tendo em vista que, por se tratar de concreção de conceitos jurídicos indeterminados, há necessidade de exposição detalhada das circunstâncias concretas que preenchem o conteúdo normativo do texto aberto, além da necessidade de explicitação do sentido concreto atribuído ao conceito indeterminado.

Nesse aspecto, Daniel Mitidiero observa que, ao exigir que a decisão tenha motivação precisa, o §1º do art. 273 do CPC impõe que a decisão analise as questões:

de modo pormenorizado, sem recurso a frases feitas – que, ao servirem para todos os casos em geral, não servem para nenhum de forma precisa. Isso quer dizer que não basta alusão genérica aos pressupostos legais para decisão da questão. É preciso enfrentar os pressupostos legais à luz do caso dos autos, sem o que a decisão carece de precisão.⁴⁸¹

Daí a especial importância da motivação das decisões judiciais na aplicação da tutela antecipada. Por se estruturar em textos abertos, a antecipação da tutela apresenta um complexo processo de aplicação que dificulta o controle da atuação judicial, o que somente pode ser feito mediante uma adequada fundamentação.

Mas não é só. Outro aspecto que ratifica a relevância da fundamentação das decisões de tutela antecipada é justamente a utilização dos precedentes judiciais na sua aplicação. É que a motivação das decisões assume papel fundamental em um sistema jurídico em que se valorizam precedentes.

A fundamentação da decisão constitui elemento imprescindível para a identificação da *ratio decidendi* do precedente. Embora não haja uma perfeita correspondência entre a fundamentação e a *ratio decidendi*, é inegável a importância daquela para a construção desta. Nesse sentido, Lucas Buril de Macêdo⁴⁸² considera a regularidade da fundamentação como requisito específico para a eficácia do precedente, tendo em vista que a norma do precedente somente pode ser aplicada e compreendida quando a fundamentação for suficiente para tanto, caso

⁴⁸¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 151.

⁴⁸² MACÊDO, Lucas Buril de. Ob. cit., p. 455.

contrário torna-se impossível a construção racional da *ratio*.

Além disso, em um sistema de precedentes, a fundamentação da decisão é importante para que as Cortes Supremas – responsáveis pela interpretação dos textos normativos e pela unidade e desenvolvimento do direito – possam, através de recursos de natureza excepcional, formar seus precedentes a partir do quadro fático delineado na decisão recorrida, já que não se procede ao reexame fático-probatório em recursos de estrito direito.

Apesar dessa notável relevância da motivação das decisões judiciais, a deficiência na fundamentação de decisões de tutela antecipada é bastante comum na prática dos tribunais. É frequente encontrar decisões de tutela antecipada que se limitam a repetir os termos legais, utilizando-se da mesma linguagem aberta e vaga do texto normativo.

Esse cenário é bem exposto por Antonio Dall'agnol Junior nos seguintes termos:

Não é raro, antes pelo contrário, a denegação ou concessão de antecipação de tutela, seja cautelar, seja satisfativa, com a só referência aos elementos meramente qualificadores da pretensão típica, tal como 'denego (ou concedo), por ausente (ou presente, em caso contrário) periculum in mora'. [...] Tais termos, sem sustentação fática, evidenciam-se vazios, permanecendo no mesmo nível em que se encontravam antes da postulação, qual seja, no plano normativo.⁴⁸³

Como exemplo de decisão de tutela antecipada desprovida de qualquer fundamentação, cite-se a decisão proferida pelo 2º Juizado Especial Cível de João Pessoa-PB, nos autos do processo nº 3012926-28.2013.815.2001. No caso, a parte autora alegou a indevida inscrição de seu nome em cadastros restritivos de crédito, por empresa de serviços de telecomunicações, mesmo após efetuado o cancelamento do contrato, sendo apresentados documentos de declaração de quitação e extrato de faturas pagas.

Contudo, o inteiro teor da decisão do pedido de tutela antecipada foi o seguinte: “Indefiro o pedido de tutela antecipada por não preencher os requisitos do artigo 273, do CPC. Ademais é de bom alvitre ouvir a parte adversa”. É manifesta a

⁴⁸³ DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Meios de enunciação e de controle dos provimentos de urgência. *Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

nulidade da decisão acima transcrita, por absoluta ausência de fundamentação. É claro que tal decisão é extrema, pois sequer parafraseia os pressupostos da tutela antecipada e apenas cita o dispositivo legal aplicável.

Outras decisões – igualmente nulas – reproduzem genericamente o texto normativo que prevê a tutela antecipada, sem analisar as respectivas circunstâncias concretas. Cite-se, como exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento que discutia a suspensão da exigibilidade de ISS constante de autos de infração, na qual o único trecho que menciona os pressupostos da tutela antecipada foi o seguinte:

Independentemente do depósito pode evidentemente ser concedido adiantamento da pretensão para suspensão da exigibilidade do tributo. No entanto, para estes casos, haveria necessidade da presença do "fumus" ou da "prova inequívoca" suficiente para convencer da "verossimilhança da alegação", elementos estes não presentes nesta fase de cognição provisória.⁴⁸⁴

Note-se que tal decisão não traz qualquer consideração sobre a "prova inequívoca" e a "verossimilhança da alegação", limitando-se a afirmar que tais requisitos não se encontrariam presentes no caso sob julgamento.

Como já se expôs brevemente em tópico anterior⁴⁸⁵, decisões nesses moldes representam má utilização dos textos abertos. Nesses casos, os julgadores se aproveitam da vagueza semântica dos textos legais e reproduzem os termos vagos em suas decisões, simulando uma (pseudo)subsunção do caso à norma jurídica.

Essa repetição de termos vagos na decisão contraria a função dos textos normativos abertos, que se apresentam vagos exatamente para permitir que o aplicador, diante do caso concreto, complemente o conteúdo da norma de acordo com as especificidades da situação concreta.

Registre-se que a segunda decisão acima citada foi anulada pelo Superior Tribunal de Justiça, em importante precedente que ressalta a importância da fundamentação da decisão de antecipação de tutela. No julgamento do Recurso Especial nº 856.598/SP⁴⁸⁶, sob relatoria da Ministra Eliana Calmon, restou delineado

⁴⁸⁴ TJSP, AI 0078691-92.2004.8.26.0000, Órgão julgador: 6ª Câmara, Rel. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 15/02/2005.

⁴⁸⁵ Item 5.3.1 deste trabalho, que trata da função do precedente judicial na delimitação normativa dos pressupostos da tutela antecipada.

⁴⁸⁶ STJ, REsp 856.598/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/11/2008, DJe

que “a fundamentação das decisões judiciais constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito, tendo por objetivo, dentre outros, o exercício da ampla defesa e o seu controle por parte das instâncias superiores”.

Consignou-se, ainda, que constitui ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais a decisão que apenas menciona a ausência dos requisitos legais para deferimento da tutela antecipada, “desacompanhada das razões de fato analisadas pelo julgador, por impossibilitar a revisão da questão pelas instâncias superiores”.

Observe-se que tal precedente bem destaca a consideração, exposta neste trabalho, de que a fundamentação da decisão deve ser adequada para possibilitar a análise da questão pelas instâncias superiores, com base no quadro fático-probatório delineado na decisão recorrida, já que não cabe o reexame de fatos e provas em recursos de estrito direito.⁴⁸⁷

Dentro desse contexto de desrespeito ao dever de fundamentação das decisões, surge interessante inovação no projeto do novo CPC, concernente ao dispositivo que prevê um rol de situações nas quais a decisão não se considera fundamentada.

Trata-se do art. 489, §1º, do CPC projetado, que assim dispõe:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sobre essa inovação, a primeira questão que se coloca se refere à

17/12/2008.

⁴⁸⁷ Entretanto, contraditoriamente, a decisão ressalva o entendimento do STJ, exposto no item 5.3.2, “não é possível reexaminar os pressupostos adotados pela instância de origem para o deferimento ou indeferimento de liminar ou de antecipação de tutela”.

constitucionalidade do dispositivo, pois se interroga se o legislador tem competência para definir abstratamente decisão não fundamentada⁴⁸⁸.

É possível imaginar a alegação de inconstitucionalidade no sentido de que o dispositivo legal não poderia estabelecer parâmetros e limites para o julgador que não estejam presentes no texto constitucional, cabendo ao Judiciário definir os contornos do que se entende por decisão fundamentada.

No entanto, deve-se observar que a regra projetada busca reforçar e maximizar a garantia fundamental da motivação das decisões judiciais. Como anota Beclaute Oliveira Silva⁴⁸⁹, o legislador projetista não pretende dizer o que é fundamentação, mas apenas indica o que não se considera uma decisão fundamentada.

O dispositivo projetado, portanto, não limita o conteúdo semântico de fundamentação, pois isso implicaria ofensa à garantia constitucional. Na verdade, a disposição aponta algumas “pistas” ou “atalhos” para identificação de uma decisão não fundamentada, de modo a potencializar a garantia constitucional de motivação das decisões judiciais. Note-se, assim, que tal estipulação é meramente exemplificativa, sem exaurir as possibilidades de aplicação do art. 93, IX, da CF, funcionando apenas como ferramenta facilitadora para identificação de decisões não fundamentadas.⁴⁹⁰

Tal previsão se revela bastante oportuna quando se observa que a fundamentação da decisão judicial, ao contrário do que possa parecer, constitui termo aberto, carente de delimitação semântica precisa. Nas palavras de Beclaute Silva, “apesar de fundamentar se apresentar aparentemente como um termo semanticamente fechado, ele demanda concretização que perpassa categorias complexas que o tornam aberto”⁴⁹¹. Por isso é que se mostra bastante plausível a inserção de uma disposição legal que especifique situações configuradoras de decisão judicial sem fundamentação adequada.

Assim, tendo como objetivo maximizar e efetivar a garantia da fundamentação

⁴⁸⁸ SILVA, Beclaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 195-199.

⁴⁸⁹ SILVA, Beclaute Oliveira. Ob. cit., p. 197-198.

⁴⁹⁰ SILVA, Beclaute Oliveira. Ob. cit., p. 198-199.

⁴⁹¹ SILVA, Beclaute Oliveira. Ob. cit., p. 195.

das decisões judiciais, considera-se constitucional tal dispositivo, pois está em conformidade com os postulados que norteiam a hermenêutica constitucional, em particular o princípio da máxima efetividade, que “orienta o intérprete a atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades”⁴⁹².

Feitas tais considerações sobre o dispositivo, cumpre observar a sua plena aplicabilidade às decisões de tutela antecipada. Com efeito, os incisos I, II e III do §1º do art. 489 do projeto do novo CPC têm por objetivo exatamente inibir decisões genéricas, que utilizam indevidamente termos vagos na (pseudo)fundamentação, o que, como visto, se revela bastante comum nos provimentos antecipatórios.

Com isso, de acordo com o inciso I do citado dispositivo, passa a ser considerada como carente de motivação – e, portanto, nula – a decisão que se limita a indicar, reproduzir ou parafrasear o texto normativo, sem explicar sua relação com a causa sob julgamento.

Já o inciso II do dispositivo em comento estabelece que, na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, deve ser explicado o motivo concreto de sua incidência no caso.

Reitere-se, nesse aspecto, que as decisões de tutela antecipada não podem apenas repetir os termos indeterminados constantes do texto legal. A vagueza semântica própria dos textos abertos tem por função justamente permitir a complementação da norma segundo as especificidades concretas, o que exige a devida explicitação das circunstâncias concretas que levaram à conclusão da presença ou ausência dos pressupostos (conceitos indeterminados) no caso sob julgamento.

Por sua vez, o inciso III do dispositivo ora em análise preconiza que a decisão não se considera fundamentada quando invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

Como se vê, todas essas disposições do projeto do novo CPC se destinam a impedir a utilização de fundamentação genérica nas decisões judiciais. Nesse ponto, importante a distinção entre fundamentação genérica e fundamentação repetida,

⁴⁹² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 184.

apresentada por Beclaute Oliveira Silva⁴⁹³. A primeira é aquela que reproduz ou parafraseia genericamente o texto legal, apresentando motivos vagos que serviriam para fundamentar qualquer decisão. A segunda, diferentemente, é repetição da fundamentação já utilizada em causa idêntica, como ocorre nas demandas de massa. A propósito, a fundamentação repetida para casos iguais concretiza a segurança jurídica e a isonomia (*treat like cases alike*) e encontra até mesmo consagração legislativa na hipótese do art. 285-A do CPC em vigor, em que se determina a reprodução do teor da decisão anteriormente prolatada para caso idêntico.

Essa disposição certamente terá importante aplicação no âmbito de decisões de tutela antecipada, pois, como exposto acima, são comuns decisões genéricas que se utilizam de motivos amplos aplicáveis a toda e qualquer decisão de tutela antecipatória.

O inciso IV, por seu turno, traz interessante regra acerca da extensão do dever de motivar a decisão judicial. Segundo essa disposição, não se considera fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Trata-se de disposição que privilegia o contraditório em seu aspecto substancial. Uma releitura desse princípio permite visualizar duas dimensões do contraditório. No aspecto formal, que revela a abordagem tradicional do tema, o contraditório significa a garantia de participação no processo, consubstanciada na ciência dos atos processuais com a consequente possibilidade de manifestação. No aspecto substancial, o princípio equivale ao poder de influência da parte na formação do convencimento do juiz. Ou seja, não basta conferir à parte oportunidade de manifestação, mas deve ser outorgada a possibilidade de influenciar na decisão⁴⁹⁴.

Por fim, nos incisos V e VI do art. 489, §1º, do projeto do novo CPC, demonstra-se uma preocupação com a utilização dos precedentes judiciais. Não atende o dever de fundamentação a mera indicação de precedentes ou enunciados de súmula sem a correspondente análise dos seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) em comparação com o caso sob julgamento. Impõe-se, ademais, a

⁴⁹³ SILVA, Beclaute Silva. Ob. cit., p. 200.

⁴⁹⁴ As dimensões formal e substancial do princípio do contraditório são didaticamente expostas por Fredie Didier Jr. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 56-59).

adequada utilização do *distinguishing* como técnica de aplicação de precedentes.

Delineadas as considerações acima, busca-se enfatizar, no presente tópico, a especial relevância da fundamentação das decisões de tutela antecipada.

Em suma, afirma-se que, diante do caráter aberto dos pressupostos da antecipação da tutela, revela-se mais complexo o seu processo de aplicação, culminando em um difícil controle da atuação judicial na concessão de provimentos antecipatórios. Nesse contexto, sobressai a necessidade de uma adequada motivação da decisão, pois somente se devidamente explicitados os fundamentos da decisão é que se poderá realizar um controle da atuação do magistrado, evitando-se assim arbitrariedades e voluntarismos puros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Sob influência do paradigma racionalista, que buscou transformar o Direito em uma ciência exata, o positivismo jurídico clássico despontou como modelo jurídico dominante, em que o Direito seria obra exclusiva do legislador, tal como pretendido na codificação moderna. Esse modelo positivista, porém, mostrou-se superado e, a partir do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, sucederam diversas transformações na teoria jurídica, entre as quais se destacam a supremacia (formal e material) da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, a nova hermenêutica com o resgate da dimensão interpretativa e problemática do Direito, o reconhecimento da força normativa dos princípios (ao lado das regras), os métodos mais abertos de raciocínio jurídico e a reaproximação entre Direito e Moral mediante a consagração de direitos fundamentais.
2. O direito processual foi profundamente influenciado pelas transformações ocorridas na teoria do direito. Passou-se a reconhecer a indissociável relação do processo com a Constituição e, em especial, com os direitos fundamentais; a jurisdição deixou de ser concebida como função meramente aplicadora do direito preexistente, pronto e acabado, reconhecendo-se o seu caráter criativo, concretizador do direito, mediante a reconstrução da norma jurídica que não se confunde com o texto normativo; o precedente judicial passou a ter sua importância reconhecida como fonte do direito, pelo qual se alcança maior objetivação do direito a fim de promover segurança jurídica e isonomia.
3. Texto e norma não se confundem. Texto normativo é o dado preexistente que corresponde ao conjunto de termos contidos na disposição e que constitui objeto de interpretação. Norma jurídica é o resultado da interpretação do texto.
4. Não há perfeita correspondência entre textos normativos e normas jurídicas. É possível haver disposições sem normas, normas sem disposições ou mais de uma norma construída a partir de uma única disposição.
5. Os textos normativos podem ser fechados ou abertos. Textos normativos fechados utilizam-se de termos determinados, esmiuçando ao máximo a hipótese legal, com a explicitação das condições e requisitos para incidência da consequência

jurídica, sendo esta preestabelecida. Textos normativos abertos utilizam-se de linguagem vaga e aberta que apresenta certo grau de indeterminabilidade, propiciadora de uma atividade interpretativa mais intensa na (re)construção da norma jurídica.

6. São espécies de textos normativos abertos os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Os conceitos jurídicos indeterminados têm conteúdo normativo impreciso, decorrente de uma vagueza semântica situada no pressuposto normativo, encontrando-se preestabelecido no texto o respectivo consequente. As cláusulas gerais, por sua vez, apresentam linguagem vaga que conduz à não fixação do consequente normativo, deixando ao aplicador a tarefa de construção da solução jurídica.

7. Por se tratar de técnica legislativa, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais são espécies de texto normativo, que não se confunde com a norma jurídica, cujas espécies são as regras e os princípios. Não há uma correspondência obrigatória entre textos fechados e regras, tampouco entre textos abertos e princípios. Trata-se de diferentes fenômenos. A partir dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais (textos normativos) podem ser extraídos ou construídos princípios e/ou regras (normas jurídicas).

8. Diante dos prejuízos que o decurso do tempo pode causar aos direitos discutidos no processo, constatou-se a necessidade de desenvolvimento de mecanismos aptos a proteger o direito tutelado, de modo a neutralizar os efeitos do tempo e, com isso, garantir a efetividade processual. Entre tais mecanismos, destaca-se a técnica da cognição sumária, menos aprofundada no sentido vertical, com o objetivo de atender direitos que exigem tutelas diferenciadas.

9. A tradicional contraposição entre tutela cautelar e tutela antecipada não merece prevalecer, tendo em vista que, por possuírem naturezas distintas, não devem ser confrontadas. A tutela cautelar é *tutela jurisdicional* definitiva, de cunho assecuratório (não-satisfativo), marcada pela temporariedade, e não pela provisoriedade. Trata-se de uma tutela de segurança, que visa a resguardar a futura satisfatividade do direito material em face de uma situação de perigo. A tutela antecipada, por seu turno, é *técnica processual* que antecipa provisoriamente os efeitos da tutela final, seja

satisfativa ou cautelar. Caracteriza-se por ser provisória e concebida mediante cognição sumária.

10. No percurso histórico-legislativo que vai das cautelares típicas à técnica antecipatória, constata-se uma mudança no plano da técnica legislativa. Passa-se de textos normativos fechados, rígidos e detalhados, de que são exemplos as cautelares típicas, para textos normativos abertos, caracterizados pela vagueza semântica.

11. Os textos normativos concernentes aos pressupostos da tutela antecipada (por exemplo, os arts. 273 e 461, § 3º, do CPC, e o art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009) constituem conceitos jurídicos indeterminados, tendo em vista que a indeterminação semântica reside no antecedente fático, estando predeterminado o consequente normativo.

12. O poder geral de cautela (art. 798, CPC) constitui cláusula geral processual, pois existe a vagueza semântica está presente tanto do antecedente fático como no consequente normativo.

13. A prevalência do tratamento analítico, conceitual e abstrato dos pressupostos da tutela antecipada conduz à compreensão de que a aplicação destes ocorreria mediante subsunção. Porém, tal modelo resultou em um distanciamento da realidade, havendo uma separação entre teoria e prática na concessão de medidas liminares.

14. A partir da constatação de que os pressupostos da tutela antecipada constituem conceitos jurídicos indeterminados, compreende-se que a sua aplicação não se esgota na subsunção, pois não se mostra viável o encaixe conceitual próprio do processo subsuntivo.

15. A aplicação dos pressupostos da tutela antecipada se dá mediante a concreção, que vai além da subsunção e constitui processo de aplicação mais complexo, envolvendo elementos jurídicos e extrajurídicos, com uma mescla de indução e dedução.

16. Aplicando-se por meio da concreção, os pressupostos da tutela antecipada têm conteúdo normativo variável, assumindo diferentes sentidos de acordo com as

circunstâncias concretamente apresentadas.

17. A aplicação dos pressupostos da tutela antecipada promove uma mobilidade interna do sistema jurídico, consistente no reenvio a outras disposições normativas integrantes do sistema. Isso ocorre porque o juízo de verossimilhança abrange também a questão de direito material em discussão.

18. A complexidade na concreção dos pressupostos da tutela antecipada enseja maior subjetivismo em seu processo decisório, o que abre espaço para a chamada jurisprudência lotérica, situação em que, para casos idênticos, são proferidas decisões diferentes. Com isso, torna-se necessário a busca por mecanismos de objetivação do direito, no intuito de se alcançarem maior segurança jurídica e isonomia.

19. Como os pressupostos da tutela antecipada constituem conceitos jurídicos indeterminados, seu conteúdo normativo (impreciso e vago) é preenchido mediante a análise das circunstâncias concretas apresentadas no caso sob julgamento. Por isso, o precedente judicial tem grande relevância para orientar na definição dos pressupostos da tutela antecipada.

20. Enquanto Corte de Precedentes responsável por dar sentido e conferir unidade à legislação infraconstitucional federal, o Superior Tribunal de Justiça deve exercer seu papel na orientação sobre o sentido dos pressupostos da tutela antecipada. Todavia, tal função não vem sendo cumprida no modelo atual, diante do equivocado entendimento de que não seriam cabíveis recursos excepcionais contra acórdãos de tutela antecipada. Isso decorre de uma cultura jurídica que supõe o STJ como corte de controle, o que resulta em uma multiplicação irracional de recursos que impedem aquele tribunal de exercer seu papel na unidade e no desenvolvimento do direito federal.

21. A função do precedente judicial na aplicação da tutela antecipada se dá através da formação de grupos de casos, mediante a comparação do contexto fático-normativo do caso a ser decidido com a *ratio decidendi* do grupo de casos precedentemente julgados.

22. A observância de precedentes não retira a adaptabilidade, plasticidade e mobilidade da tutela antecipada, pois o julgador tem ampla possibilidade de análise

do caso concreto para verificar seu enquadramento à *ratio decidendi* do precedente, mediante realização do *distinguishing*, enquanto técnica de confronto, aplicação e interpretação do precedente

23. A fundamentação das decisões de tutela antecipada tem relevância especial por se tratar de concreção de conceitos jurídicos indeterminados, tendo em vista que, quanto maior a abertura semântica do texto que se concretiza, maior a necessidade de justificação da decisão. Ademais, a motivação das decisões é imprescindível para um adequado sistema de precedentes, porquanto a fundamentação é essencial para a identificação da *ratio decidendi* do precedente e para que haja a atuação das Cortes Supremas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, pp. 20 a 27, abr./jun. 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, José Manuel Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

AROCA, Juan Montero. Del derecho procesal al derecho jurisdiccional. *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº 2, 1984, p. 311-348.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009. Salvador.

_____. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *Faculdade de direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Org. Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15 – jan./mar. 2007, Salvador.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista eletrônica sobre a reforma do estado*, Salvador, número 9, março/abril/maio de 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Lições de direito processual civil*. Vol. III. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2008.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 90, vol. 786, p. 108-128, abr. 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Org. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista*, maio/2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/sentenca-cautelar-cognicao-e-coisa-julgada/>. Acesso em 17 out. 2013.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, São Paulo, 51 (145), jan./mar. 1989.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, ano 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

_____. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional. *Revista de processo*, São Paulo, ano 38, n. 219, p. 307-344, mai. 2013.

_____. *Opinião 4 – Revogação da tutela antecipada concedida contra o poder público: restituição ao status quo ante*, 2013. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-4-revogacao-da-tutela-antecipada-concedida-contra-o-poder-publico-restituicao-ao-status-quo-ante/>. Acesso em: 22 jun. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Meios de enunciação e de controle dos provimentos de urgência. *Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAWSON, John P. The general clauses, viewed by a distance. *Rabels Zeitschrift*, Tübingen, ano 41, 3º caderno, 1977.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Cláusulas gerais processuais. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, p. 69-83, jan. 2010.

_____. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Vol. 2. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2010

_____. *Editorial 107*: Fundamentação das decisões judiciais que interpretem textos normativos abertos e resolvam conflitos normativos (art. 472, parágrafo único, NCPC), 2010. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-107/>. Acesso em: 22 out. 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A moderna ótica do poder geral de cautela do juiz. Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Os direitos fundamentais na jurisdição*

constitucional e as cláusulas gerais processuais. 2006. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, UFPR, Curitiba, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Eficácia imediata das medidas liminares. *Tutelas de urgência e cautelares*. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273 I, do CPC. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Antecipação da tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC. Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 42, jul./set. 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código civil brasileiro, *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. de 1998.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de informação legislativa*, v.28, nº 112, p. 13-32, out./dez. de 1991.

MEDINA, José Miguel Garcia. É um pássaro? Um avião? Não, é o 'superjuiz!' *Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/processo-passaro-aviao-nao-superjuiz>. Acesso em 12 abr. 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: recursos e ações autônomas de impugnação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, n. 50, abr/jun/2004, p. 9-35.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1979.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Volume V. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva. *Revista de direito processual civil – Genesis*, Curitiba, mai/ago 1996, p. 338-346.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 8, n. 28, p. 286-297, abr.-jun. 2003.

_____. Antecipação dos efeitos da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, n. 104.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa. *Revista CEJ*, Brasília, n. 36, p. 30-38, jan./mar. 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SILVA, Beclaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Curso de processo civil*. 6. ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, 21-II, 1998, p. 339-353.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudos em homenagem a Ector Fix-Zamudio em sus cincuenta anos como investigador del derecho*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 24. ed. São Paulo: LEUD Universitária de Direito, 2008.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09 – jan./jun. 2007.

VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. *As cláusulas gerais no sistema processual brasileiro e a efetividade da decisão judicial: uma análise sobre a aplicabilidade do §5º do art. 461 do CPC*. 2012. 153f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, UNICAP, Recife, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 3. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.