II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Hugo de Brito Machado Segundo; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-180-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

A coordenação de Grupos de Trabalho no âmbito do CONPEDI sempre propicia momentos de alegria e aprendizado, permitindo contato com valiosa amostra do que a Pós-Graduação em Direito tem pesquisado, em todo o país, em torno do tema correspondente. Com o GT de PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II não foi diferente, contemplando debates em torno de assuntos atuais, relevantes e de intensa repercussão prática, sem prejuízo de um embasamento teórico e filosófico.

Com este volume, fruto e consequência das pesquisas apresentadas no GT, o público leitor passa a dispor também dessa amostra, agora ampliada, porquanto se acham aqui publicados os próprios trabalhos escritos, completos, objeto das apresentações.

No primeiro deles, O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: UMA BREVE REFLEXÃO NAS ÁREAS CIVIL E PENAL, Victória Santos Marques e Paolo Roberto de Angelis Bianco examinam os problemas inerentes ao processo e seu tempo, avaliando as consequências especialmente de uma demora excessiva e desnecessária à entrega da tutela jurisdicional.

Por um outro enfoque, um pouco mais específico e empírico, a mesma temática é objeto do trabalho seguinte, que problematiza, por igual, os efeitos da pandemia da COVID19 sobre a duração do processo. Trata-se de LIDANDO COM A MOROSIDADE DO SISTEMA JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE ESTATÍSTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, de autoria de Luciane Mara Correa Gomes e Durcelania da Silva Soares.

Saindo um pouco da temática do tempo, da celeridade e da indesejável morosidade, mas ainda tendo a COVID19 como pano de fundo, Francielle Benini Agne Tybysch e Gislaine Ferreira Oliveira escrevem sobre O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO E O PODER JUDICIÁRIO ALÉM DOS NÚMEROS: OS IMPACTOS DA INFLUÊNCIA RACIONALISTA E OS DESAFIOS DA PANDEMIA COVID19.

No trabalho seguinte, intitulado PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA JUSTIÇA, Camila Tavares de Albuquerque, Ana Elizabeth Lapa e Wanderley Cavalcanti cuidam deste importante e atual tema, relacionado à informatização do

Judiciário, em especial do Processo Eletrônico, e de algumas das repercussões daí decorrentes. O processo eletrônico, além de gerar questionamentos ligados à pertinência de institutos construídos por séculos à luz do processo de papel, permite ou facilita a leitura das peças por algoritmos de inteligência artificial, abrindo as portas para o uso dessa tecnologia, a qual inclusive é objeto de exame por outro trabalho deste mesmo volume.

Trazendo à lume as inovações produzidas pela Lei n.º 13.994/2020 sobre a norma geral dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/1995), Francisco de Assis Diego Santos de Souza destaca seu estudo com o foco nos JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO VIRTUAL (LEI N.º 13.994/20) À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO BRASILEIRO, também compatibilizando o tema com a pandemia decorrente do COVID19 e a preocupação com o acesso à justiça.

Fabrício Veiga Costa, Talita Sebastianna Braz Santos e Flávio Marcos Dumont Silva, por sua vez, apontam a ADI como uma ação coletiva lato sensu, em razão de seu objeto, e na perspectiva de fortalecer a constituição de um julgamento democrático do mérito, apresentam seu trabalho sob o título ADIN COMO MODELO DE PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO E A INDISPENSABILIDADE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.

Atento aos interesses da sociedade de massa e da coletivização de conflitos, Vinicius Medina Campos, Luiz Alberto Pereira Ribeiro escrevem o trabalho intitulado O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO, SOB A ÓTICA DO INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO, investigando as repercussões do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), em especial o seu art. 927.

Dentro do contexto do CPC/2015, o trabalho INSTRUMENTOS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA: A NECESSIDADE DE GARANTIA DO CONTRADITÓRIO, de Sofia Perez de Carvalho, Kathia França Silva e Adriano da Silva, traça críticas à atuação jurisdicional que se afasta da compreensão democrática do processo judicial, que implica a adoção do sistema trazido pela Lei 13.105 /2015, em especial ao respeito aos precedentes do mesmo modo em que se possa dar a necessária individualização da lide por meio da distinção criteriosa das semelhanças de fato e de direito.

Tecendo críticas envolvendo o desrespeito ao direito do consumidor e à dignidade da pessoa humana, André Murilo Parente Nogueira e Renata Carrara Bussab apresentam seu trabalho A SÚMULA 385, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DE SEUS PRECEDENTES: BANALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL, com

investigação que compara decisões já realizadas pelo Tribunal e os problemas decorrentes de sua inconsistência e aplicação.

Raquel Lauriano Rodrigues Fink e Luiz Manoel Gomes Junior, por sua vez, trazem seu estudo sob o título ATENUAÇÃO DE PRINCÍPIOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO, considerando a complexidade dos litígios e a necessidade de se apresentarem meios adequados para a tutela jurisdicional, tendo por base o modelo das medidas estruturantes, originárias na experiência da Commow Law americana com o nome de estrutural reform, cujo desenvolvimento teorico teve como precursor o professor da Universidade de Yale, Owen Fiss.

Também seguindo a perspectiva das medidas estruturantes, Leão Pereira Neto demonstra seus estudos sob o título PROCESSO ESTRUTURAL E A QUESTÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO, propondo uma nova leitura em institutos do processo civil para a aplicação do processo estrutural em matéria de direito público brasileiro, analisando a capacidade do ordenamento albergar decisões dessa natureza.

Entrelaçando estudos sobre a prorrogação de competência e a conexão, o trabalho intitulado O INSTITUTO PROCESSUAL DA CONEXÃO E O MAL-ESTAR CRIADO POR DECISÕES CONFLITANTES NO PODER JUDICIÁRIO, de Sofia Perez de Carvalho, Kathia França Silva e Adriano da Silva Ribeiro analisa as vantagens e desvantagens da união dos processos, com comparativos amparados na doutrina e na jurisprudência.

Ao abordar os elementos utilizados na concretizacao da norma decisoria, que poderao servir ao avanco da estruturacao/fundamentacao das decisoes em tutela de evidencia, Cristiny Mroczokoski Rocha, Adriana Fasolo Pilati e Carime Tagliari Estacia trazem à baila o seu trabalho intitulado TUTELAS DA EVIDÊNCIA E A TERIA PÓS-POSITIVISTA DE FRIEDRICH MÜLLER, diante da insegurança jurídica decorrente da utilização do princípio do livre convencimento.

A produção da prova, não como mera formalidade mas como efetivo instrumento para garantir maior segurança jurídica e proteção, além da defesa da boa-fé nas relações processuais, é foco de estudo do texto PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOTADAMENTE QUANTO À PRODUÇÃO DA PROVA, de Kamila Rezende, Heloisa Cristina Luiz Cappellari e Celso Hiroshi Iocohama.

Com o trabalho sob o título SISTEMA RECURSAL E OS LIMITES PARA AS CORREÇÕES DE FALHAS PROCEDIMENTAIS, Bruno Martins Duarte Ortiz e Miriam

Fecchio Chueiri abordam o art. 932, parágrafo único, do CPC/2015 e os limites de sua aplicabilidade, com destaque à visão contemporânea do acesso à justiça com a importância da análise do mérito das pretensões.

Os avanços tecnológicos e as incertezas na implementação das novas tecnologias, devem ser tratados dentro da perspectiva de atenderem à qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Esta proposta norteia o artigo JULGAMENTO VIRTUAL DOS PROCESSOS: NECESSIDADE EMERGENTE E CRÍTICAS DA JURISPRUDÊNCIA, de Larissa Bisetto Breus Felde, Caroline Alessandra Taborda dos Santos Dallegrave e José Edmilson de Souza Lima, que versam sobre os plenários virtuais e julgamentos por meio eletrônico no contexto de sua implementação, qualidade e efetividade.

Finalizando este conjunto de excelentes estudos, Fabrício Veiga Costa, Graciane Rafisa Saliba e Samuel Meireles abordam o tratamento da inadimplência da dívida de pensão alimentícia com o trabalho PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS: POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PRISÃO DOMICILIAR DO DEVEDOR DE ALIMENTOS E O USO DE TORNOZELEIRAS ELETRÔNICAS COM MEDIDA COERCITIVA, por meio do qual analisam a jurisprudência sobre o tema diante do princípio da dignidade da pessoa humana, na execução menos gravosa e dos reflexos da COVID-19.

Os Coordenadores deste Grupo de Trabalho – Jurisdição, Processo e Efetividade da Justiça II, agradecem e parabenizam o CONPEDI e seus participantes enquanto organizadores e expositores/pesquisadores, os quais, na somatória de esforços, contribuíram para que mais este evento se concretizasse, mantendo-se a seriedade e o comprometimento para com a ciência do Direito e pela grande responsabilidade social da área para o desenvolvimento da sociedade.

Dentro desta perspectiva, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 14 de dezembro de 2020.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Hugo de Brito Machado Segundo

Docente titular do PPGD da Universidade Federal do Ceará (UFC)

hugo.segundo@ufc.br

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Docente titular do PPGD da Universidade Paranaense (UNIPAR)

celso@prof.unipar.br

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Docente titular do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

magnofederici@gmail.com

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TUTELAS DA EVIDÊNCIA E A TEORIA PÓS-POSITIVISTA DE FRIEDRICH MÜLLER

EVIDENCE'S INJUNCTION AND THE POST-POSITIVIST THEORY OF FRIEDRICH MÜLLER

Cristiny Mroczkoski Rocha [1]
Adriana Fasolo Pilati
Carime Tagliari Estacia

Resumo

Pretende-se analisar as tutelas de evidência previstas no art. 311 do novo Código de Processo Civil à luz da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller (TED). A eleição dessa teoria pós-positivista se deu principalmente diante da demonstrada falta de contornos técnicos do que se traduz 'evidência do direito' na práxis jurídica, e também por ser essa uma matéria da processualística onde ainda se faz presente o livre convencimento. Sendo assim, a utilização dos elementos de concretização (Konkretisierung) poderiam vir ao auxílio de uma melhor fundamentação das decisões, estruturando os vazios interpretativos e traçando caminho para a 'norma decisória'.

Palavras-chave: Tutelas de evidência, Teoria e metódica estruturante do direito, Livre convencimento, Concretização

Abstract/Resumen/Résumé

It's intended to analyze the evidence's injunction provided by the art. 311 of the new CPC in light of the Friedrich Müller's Theory Structure of Law (TSL). The choice of this post-positivist theory was mainly due to the demonstrated the lack of technical contours of what is translated by 'evidence of law' in legal practice, and also because it is a matter of procedural where there does still exist free convincing.Therefore, the use of the elements of concretization (Konkretisierung) could be aided by a better grounding of decisions, structuring the interpretive voids and tracing the way to the 'normative decision'.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Evidence's injunctions, Theory and methodical structure of law, Free convincing, Concretization

[1] Mestre em Direito Público (UNISINOS/RS). Especialista em Direito do Estado (UFRGS) e em Direito Processual Civil (UNIASSELVI). Professora universitária e em cursos preparatórios. Advogada. E-mail: cristiny.advogada@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

As tutelas de evidência foram inseridas no Código de Processo Civil através do art. 311, vindo ao encontro da necessidade de conferir maior efetividade e celeridade à prestação jurisdicional, para que o processo deixe de ser um fim em si mesmo e cumpra sua missão constitucional, que é a pacificação social.

Independentemente da existência de urgência, a concessão dessa tutela entrega o bem da vida a quem comprovadamente dele faz jus, expurgando recursos e expedientes protelatórios.

Ocorre que, a análise da práxis jurídica do instituto tem demonstrado a falta de clareza e fundamentação das decisões, tanto concessivas como denegatórias, tratando-se de um problema no qual a teoria precisa se debruçar.

Ainda que nessa matéria estejam presentes as presunções judiciais, a contextualização do nexo causal ao dispositivo legal correspondente mostra-se imperiosa para a consolidação da fundamentação, que não pode ser relegada ao "livre convencimento".

Nesse contexto, utilizando-se do método fenomenológico, primeiramente será feita uma abordagem acerca da atual concepção das tutelas de evidência no atual cenário processual.

Para tanto, será trabalhada a questão ligada aos requisitos autorizadores da tutela, abordando-se mais aprofundadamente como se manifesta a análise da *verossimilhança* em cada uma das hipóteses legais previstas no art. 311. Isso possibilitará aduzir que foram adotados "cálculos de *probabilidade* da existência do direito" pelo julgador, surgindo duas cargas de verossimilhança: uma menor e outra maior.

Adiante, haverá a incursão do estudo na Teoria e Metódica Estruturante do Direito de Friedrich Müller. Destaca-se que a pesquisa não pretende esgotar todos os aspectos da obra do autor, mas abordar acerca dos elementos estruturantes utilizados na concretização da norma decisória, que poderão servir ao avanço da estruturação/fundamentação das decisões em tutela de evidência. O modelo de interpretação como concretização, além de fundar-se na inseparabilidade entre Direito e realidade, interpretação e aplicação, teoria e prática, não despreza o elemento da pré-compreensão do julgador, que não é visto como inevitável, mas como condição de possibilidade da interpretação. Portanto, em Müller encontraremos a ideia do texto normativo como ponto de partida e limite extremo da concretização, tentando equacionar o problema das arbitrariedades/voluntarismos, tão presentes em cognição sumária.

Nessa senda, haverá uma incursão empírica, a fim de demonstrar a produção da *norma* concretamente. Destaca-se que não há de se falar na impossibilidade de recondução da facticidade ao texto normativo, motivo pelo qual não há de se falar na existência ou preenchimento de lacunas, mas tão somente em construção de normas ou em sua impossibilidade. Isso se saberá no processo de concretização. Em outras palavras, no lugar da alternativa, subsunção ou criação judicial do Direito, Müller possibilitaria que se falasse em "concretização do Direito".

2. A CONCEPÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E A INSERÇÃO DE UM DUPLO ASPECTO NA VEROSSIMILHANÇA

A verossimilhança das alegações já era requisito indispensável daquele que pleiteava uma tutela antecipatória na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Com previsão no art. 273, estava dentre as demais condições para a concessão, que eram: (i) o requerimento da parte, (ii) a prova inequívoca da verossimilhança, a (iii) reversibilidade do provimento e, alternativamente, (iv.1) risco de dano, ou (iv.2) abuso do direito de defesa, ou (iv.3) manifesto propósito protelatório do réu.

Assim, havendo prova que gerasse o convencimento do julgador, a tutela poderia ser deferida. Contudo, conforme disposição literal do art. 273, a prova deveria ser *inequívoca*, o que conduz a ideia própria de juízos de certeza e não de verossimilhança.

Ocorre que, à época, a crítica já indicava que *a prova da aparência* não poderia de fato ser inequívoca, até mesmo "porque isso implicaria a possibilidade de atingir verdades absolutas no processo, o que nada mais é do que o reflexo do ideal racionalista"[1]. Assim, a verossimilhança mereceria ser traduzida em 'certeza jurídica'[2], o que não significa dizer que o juiz pode penetrar na essência da verdade, pois obviamente não se pretende nessa altura dos estudos ligados à filosofia do direito afirmar algo nesse sentido.

Veja-se lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva[3]:

> em última análise, é chegado o momento de restaurar a dimensão dialógica do debate judiciário, para convencermo-nos, definitivamente, de que o

[1] LUCENA, Clarissa Santos. **Prova inequívoca da verossimilhança e reversibilidade do "provimento" antecipado:** breves considerações sobre a tutela antecipada e a efetividade jurisdicional. *In* Tutelas de urgência e cautelares / Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva / coordenador Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010.p.249.
[2] Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela.** 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.167.
[3] SILVA, Ovídio Araujo Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.195.

> processo civil não promete a descoberta de verdades 'claras e distintas', como supuseram os iluminados juristas e filósofos do racionalismo europeu dos séculos que nos antecederam. O processo oferece versões, não verdades (...).

Desse modo, para a contemplação da verossimilhança na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a certeza jurídica estaria calcada na existência (i)da prova e do (ii) convencimento – relativo ao *juízo de probabilidade,* e não ao sentido da declaração da existência ou inexistência do direito[4].

Quanto à probabilidade do direito em cognição sumária, Luiz Guilherme Marinoni, para quem:

> [...] o que pode ser dito, e com razão, é que o direito material não pode ser qualificado de 'provável' ou de 'improvável', pois ele existe ou não existe. Porém a existência do direito é algo que pertence ao plano do direito material. Quando estamos *no plano do processo* e, em particular, do juízo sumário, está em jogo a *probabilidade da existência* do direito afirmado e, portanto, o 'direito provável', que é uma categoria, assim como a do direito líquido e certo pertencente ao processo.[5]

Assim, a 'prova inequívoca' se converte no reconhecimento da verossimilhança pela *prova evidente*[6] de que o direito se encontra ao lado do demandante da antecipação de tutela. Diante da prova, afirma Ovídio Araújo Baptista que, "se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil"[7]. Contudo, não se pode esquecer que

> "nem sempre a verossimilhança advirá de prova. Na forma do art. 300 do CPC, basta que haja "elementos que evidenciem a probabilidade" do direito. Poderá assentar-se, por exemplo, em fatos incontroversos, notórios ou presumidos (a partir de máximas de experiência, por exemplo), ou decorrentes de uma coisa julgada anterior, que serve com fundamento da pretensão (efeito positivo da coisa julgada)"[8].

---

[4] Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni: "há dificuldade de compreender como uma prova inequívoca pode gerar somente verossimilhança. Essa dificuldade é facilmente explicável, pois decorre de vício que se encontra na base da formação dos doutrinadores e operadores do direito, os quais não distinguem "prova" de "convencimento judicial". (MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela.** 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.167). Ora, como o art. 273 do Código de Processo Civil fala em "prova inequívoca" e "convencimento da verossilhança", qualquer tentativa de explicar a relação entre as duas expressões será inútil se *não se partir da distinção entre prova e convencimento.*

[5] MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela.** 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.196.

[6] Nesse sentido, ver : LUCENA, Clarissa Santos. **Prova inequívoca da verossimilhança e reversibilidade do "provimento" antecipado:** breves considerações sobre a tutela antecipada e a efetividade jurisdicional. *In* Tutelas de urgência e cautelares / Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva / coordenador Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010.p.250.

[7] **Curso de Processo Civil.** v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.144.

[8] NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Tutela Antecipada Sancionatória**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 43,2006.p.21.

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

Segundo sintetiza Alexandre Freitas Câmara[9], a tutela de evidência do Código de 2015 é uma *tutela antecipada não urgente*, ou seja, de uma medida destinada a antecipar o resultado finalístico do processo, satisfazendo o direito do requerente independentemente da demonstração do *periculum in mora.* Não há, assim, composição *ope judicis* dos princípios da segurança e da efetividade, fundamentos da tutela de urgência, pois a antecipação baseia-se em outro direito: o da prestação jurisdicional sem devidas dilações. Sendo assim, estaria presente uma 'carga' maior de probabilidade do direito postulado.

Os pressupostos materiais de concessão dessa tutela, são, por assim dizer, diferenciados. É ônus do autor demonstrar na sua alegação a verossimilhança[10] do direito alegado perante o réu (em maior escala), ou seja, tem a obrigação de demonstrar a evidência do direito.

Exige a lei, *expressi verbis*, essa iniciativa da parte, que além de provar, deverá motivar de forma clara e precisa a natureza e o alcance da medida pleiteada, ficando o juiz adstrito ao teor desse requerimento. Contudo, diga-se de passagem que também faz parte do 'jogo' a livre escolha do demandante em postular liminarmente a tutela de evidência, pois é lícito a ele, avaliando o *convencimento* do juiz em casos similares, realizar um prognóstico

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

[10] Destaca-se que aqui quanto a utilização da expressão "probabilidade" ou "verossimilhança" que adotamos o entendimento de Rogéria Dotti, para quem: "Relevante é a distinção entre a convicção de probabilidade ou verossimilhança, utilizada para o convencimento judicial na tutela sumária, isto é, um "juízo provisório" e a verossimilhança em sentido filosófico, ou seja, a aparência da verdade. Do ponto de vista da filosofia e da teoria do conhecimento, a "verdade" buscada no processo será sempre verossimilhança. Por não se tratarem de conceitos antagônicos, não existe uma contraposição entre verdade e verossimilhança. Como já exposto, do ponto de vista filosófico, a verossimilhança é a verdade que pode ser vista. Mas o que se quer dizer quando se utiliza a expressão convicção de verossimilhança é justamente um juízo provisório, o qual não almeja obter certeza a respeito das alegações das partes. O fumus boni juris se relaciona então a esse juízo provisório, suscetível a alterações após a ampla participação das partes e a obtenção da cognição exauriente. Tanto é assim que uma das definições da tutela antecipada é a de que ela tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de ser lastreada em verossimilhança e, por isto, não ficar acobertada pela coisa julgada material. O que importa, portanto, para o desenvolvimento da ideia central é que a tutela da evidência pode e deve ser concedida mediante um juízo provisório. Ela não precisa, não almeja e nem busca um juízo de certeza ou de veracidade." Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/64809/R%20-%20T%20-%20ROGERIA%20FAGUNDES%20DOTTI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 set. 2020.

acerca da 'perversidade do perigo de dano', e, diante do resultado, requerer a tutela em momento processual posterior.

Depreende-se assim, que a análise da jurisprudência se mostra importantíssima também na tomada de decisões da parte, ditando-lhe o melhor caminho procedimental.

Quanto aos aspectos a serem levados em consideração para pela parte possa compor um 'prognóstico favorável', mostra-se relevante o ensinamento de Araken de Assis:

> [...]o *juízo de verossimilhança* apresenta *dois aspectos* independentes. Primeiro, o juiz avaliará se o autor deduz em juízo direito possível, comportando prognóstico menor (verossimilhança) ou maior (evidência) de êxito na respectiva postulação.[11]

O autor também elucida que, nesse prognóstico, "Realiza o juiz o que se rotulou expressivamente de "cálculo de probabilidade da existência do direito"[12].

Com isso, a partir do Código de Processo Civil de 2015, poderia-se afirmar que a probabilidade do direito passaria a ter duas cargas/dois aspectos: nas tutelas de urgência com um "menor prognóstico" e nas tutela de evidência com um "maior prognóstico".

2.1 Aspectos da verossimilhança no art. 311 do CPC

Conforme elucida Araken de Assis, no caso do inciso I do art. 311, em que há abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório, o juiz baseia-se em juízo de verossimilhança com prognóstico menor[13]. Contudo, quando o autor possuir prova documental das alegações e se os seus fundamentos de direitos se harmonizarem com precedente ou súmula vinculante (art. 311, II), se estará diante do juízo de certeza[14] (prognóstico maior), porque o órgão judiciário encontrar-se-á vinculado a decidir a favor do

[11] ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**, vol.II: Parte Geral: institutos fundamentais: Tomo 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p.413-414.
[12] Ob. Cit., p.414. Importante lembrar que "a palavra provável designa, etimologicamente, aquilo que pode ser provado como verdadeiro" (CALAMANDREI, Piero. **Studi sul processo civile**, volume sesto, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, p. 117).
[13] Fredie Didier indica como exemplo do abuso do direito de defesa que pode autorizar a tutela provisória de evidência (art. 311, I, CPC brasileiro), o abuso na escolha do meio executivo (art. 8º, CPC), ou o abuso do direito de recorrer, que é hipótese expressa de litigância de má-fé (art. 8º, VII, CPC) (Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento /Fredie Didier Jr. -17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p.111)
[14] ARAKEN, ob.cit., p.496.

autor (art. 927, II e III) – isso se não demonstrado o *distinguishing, signaling* ou *overruling,* instrumentos 'importados' da *commum law*[15].

O mesmo prognóstico de aplicação da verossimilhança realizado no inciso II do art. 311 será aplicado tanto ao inciso III (quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa)[16] , quanto ao inciso IV (quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável), pois nessas hipóteses se falará na existência de *prova da evidência*.

Essa prova diverge daquela existente no inciso I do art. 311, pois, em geral, é inequívoca e pré-constituída. Nela, o juízo de probabilidade teria uma preponderância de motivos convergentes à aceitação das proposições do demandante, em detrimento dos motivos divergentes, possibilitando um prognóstico maior. Haveria, assim, um sentido unívoco emitido pela prova.

Em que pese isso, não se pode deixar de considerar que todas as tutelas prolatadas em cognição sumária são prestadas mediante *apuração provisória* do suporte fático do pedido, e, por esse mesmo motivo, podem sofrer reexame, modificação ou revogação, por decisão judicial fundamentada (CPC, art. 298).

Contudo, a tarefa de fundamentar uma decisão em sede de tutela de evidência (espécie), ou mesmo dentro das tutelas provisórias (gênero), não é das mais fáceis, uma vez

---

[15] Acerca dos problemas da aplicação do direito jurisprudencial no Brasil, ver: NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. **Novo CPC:** entre anarquia interpretativa, coerência e interesses. Disponível em: < http://justificando.cartacapital.com.br/2014/08/21/novo-cpc-entre-anarquia-interpretativa-coerencia-eprecedentes/>. Acesso em: 07/02/2017. Ademais, sobre a utilização dos precedentes judiciais pelo CPC/15, ver: STRECK, Lenio. **Precedentes? Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc>. Acesso em: 07/02/2017. Também mostra-se importante salientar de antemão que a TED não defende a fabricação de enunciados: "Entendo um pouco de Müller, posso sustentar que a doutrina Mülleriana não "apoia" a fabricação de enunciados. Mais: as citações tanto de Muller como de J. J. Canotilho, são contrárias às teses defendidas pelos dois articulistas. Mas, nada melhor do que ir à fonte, pois não? Nas palavras do próprio Friedrich Müller, por e-mail, em 13 de outubro de 2015:*Festgelegte, „vorab" fixierte „Aussagen" gibt es in der modernen Methodik nicht mehr. Die Rechtsnorm wird ja in casu durch die methodisch reflektierte und offengelegte Arbeit des Konkretisierens erst erzeugt*. [Fixar de antemão uma interpretação [enunciado] é incompatível com a moderna metodologia. A norma jurídica só será produzida por intermédio do caso e é o produto dessa concretização metodicamente refletida e comunicada]. STRECK, Lenio Luiz. **Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do Direito.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>. Acesso em: 15/11/2016.

[16] Em sentido diverso, Humberto Theodoro Júnior, para quem: "A liminar, deferida nos termos do art. 311, III, não é um julgamento antecipado da lide, mas apenas uma antecipação dos efeitos da future sentença, como, alias, ocorre com todos os provimentos sumários, seja de urgência ou de evidência. (…)se baseia apenas no *fumus boni iuris*, não havendo necessidade de alegação ou comprovação do *periculum in mora"* (**Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol.I. 57 ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.697)

que nessa matéria permaneceu o 'livre convencimento'[17], ou seja, se sofre de "um anti-hermeneutismo, uma vez que dependente – e eis, aqui, de novo, o busílis da questão – em demasia do protagonismo judicial"[18]. Nesse sentir, a teoria pós-positivista de Friedrich Müller poderia trazer grandes reforços instrumentais.

3. TUTELA DE EVIDÊNCIA E A TED: FIM DO "LIVRE CONVENCIMENTO"?

A Teoria e Metódica do Direito foi concebida em terras tupiniquins através do 'Curso de direito constitucional' do professor Paulo Bonavides[19], apesar de erroneamente induzir uma aproximação com o pensamento tópico[20].

Doravante, outros importantes juristas também recepcionaram a Teoria e Metódica Estruturante, como, por exemplo, Gilmar Mendes: "O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto."[21] E ainda, Nelson Nery: "nem se trata de confundir texto e norma, porque, ainda que esta não se confunda com aquele (teor literal), ainda assim deverá, de qualquer modo, ser compatível com o texto da norma."[22]

A metodologia estruturante de Müller vem de encontro a inadequação da representação tradicional da norma jurídica às exigências práticas, fornecendo indicação metodológica à clareza da concretização da norma.

---

[17] Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc. Acesso em: 02/02/2017; STRECK, Lenio Luiz. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas.** O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. p. 49. Diponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf ?sequence=1>. Acesso em: 01/02/2017.

[18] STRECK, Lenio Luiz. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas.** O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. p. 49. Diponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf ?sequence=1>. Acesso em: 01/02/2017.

[19] MÜLLER, Friedrich. **O novo Paradigma do Direito.** Introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 271.

[20] Conforme assevera MÜLLER: "Não estou de acordo com Paulo Bonavides quando ele afirma possuir minha posição uma "inspiração tópica". Evidentemente estou mais próximo da tópica que do positivismo. Porém, apesar disso, não concordo com o pensamento tópico. (…)Nos *elementos de concretização*, que eu elaborei minha *Metódica jurídica*, há uma hierarquia dos argumentos, Segundo sua proximidade aos textos de norma democraticamente criados. A tópica permanece demasiada vaga, demasiada arbitrária. Ela não foi concebida para uma reflexão sistemática e política de um Estado moderno do tipo "Estado de direito" e "democracia". MÜLLER, Friedrich. **O novo Paradigma do Direito.** Introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 272.

[21] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.**Curso de Direito Constitucional.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p.134.

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

> "o método como caminho da concretização do direito, que se empenha pela plausibilidade conduz a uma coerção limitada à *exposição* racional das razões da decisão, com isso possivelmente também a uma maior racionalidade da *aplicação* do direito. Certamente algumas reflexões da práxis recomendam ordenar ao menos a sequencia hierárquica e a ordem de menção dos elementos reais da elaboração da sentença com retoques; mas satisfaz-se o mínimo exigido de honestidade quanto ao método, se os elementos da concretização, que se tornaram realmente eficazes aparecem integralmente e na sua função jurídica concreta na fundamentação.[23]"

Sendo assim, seu ponto de vista metódico pode se revelar importante auxiliar da decisão fundamentada, diretamente vinculada à norma, sem impedir que os princípios no sentido da tópica entre em jogo, tanto na concretização geradora da norma quanto na integração da pré-compreensão[24].

De fato, a pré-compreensão[25] não é rechaçada pelo autor, mas colocada como um fator metodologicamente diferenciador, na medida que a ela passa a pertencer ao enfoque indagativo pelo qual a interpretação é guiada. Contudo, ela não deve ser introduzida de forma racionalizada e controlável no nexo da fundamentação jurídica, pois do contrário poderia-se incorrer em erros sem responsabilização.

Desse modo, Müller tenta alçar na ciência jurídica o máximo de especificidade possível[26], no que concerne a necessidade de o operador utilizar da metódica para esmiuçar as particularidades do caso, pois para ele, consoante já asseverado, a norma só "é" no seu caso.

Para a estruturação da norma jurídica no caso e sua decorrente concretização prática (*processo real* de decisão), se mostra necessário o uso do "programa da norma" (*Normprogramm*) e o "âmbito da norma" (*Normbereich*). É "esse conceito composto que torna o problema do "ser " e "dever ser" operacional e maleável".[27]

O programa da norma pode ser percebido como o caminho a ser percorrido para a solução do caso concreto, que depende da 'filtragem' dos dados reais. Seria o 8º critério da concretização onde o jurista interpreta os textos escolhidos, diante dos fatos selecionados –na

---

[23] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.83.
[24] Idem, p.81.
[25] No primeiro e segundo critério da TED, o autor reconhece que a decisão estará constrangida pelos "dados reais"(*Realdaten)*, ou seja, pelos impedimentos e percepções do ambiente comum. Igualmente encontram-se presentes os "dados linguístico"(*Sprachdaten*), que também fazem parte da pré-compreensão dos participantes. Acerca de todos os critérios, vide: ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica.** Universidade de São Paulo, 2010.
[26] Entendida aqui não de uma maneira ingênua: "Uma ciência jurídica sem valoração e decisão não seria nem prática nem real. A exigência de objetividade não diz respeito à eliminação, mas à revelação de valorações necessárias". MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.91.
[27]MÜLLER, Friedrich.**O novo Paradigma do Direito.** Introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 11.

sua totalidade o processo de concretização dividiria em onze fases o processo decisório da dogmática jurídica[28].

Além do arcabouço fático, também se faria uso de técnicas dogmáticas e abordagens hermenêuticas mais bem sucedidas, elementos que não estão necessariamente na lei e na jurisprudência, mas que contribuiriam para a concretização da norma.

Contudo, ressalta-se que Müller prefere elementos que encontram-se mais perto do texto da norma, por ser este um imperativo do Estado Democrático de Direito (EDD), diminuindo a arbitrariedade (discricionariedade) do julgador[29].Ou seja, na teoria mülleriana se tem o seguinte trajeto: o operador parte de conhecimentos técnicos e 'encaminha' o relato do caso até o âmbito do caso. Todavia, para 'chegar' no âmbito do caso, ele necessita da ajuda dos dados linguísticos para elaborar o programa da norma de determinado caso concreto. Logo, o operador do direito 'escolhe' os textos de normas válidos que, após a devida intepretação, consubstanciarão o programa da norma. Verifica-se que não há uma simples interpretação do texto, mas uma espécie de seleção dos textos normativos relevantes à medida que o julgador analisa o arcabouço fático e os alinha com os dispositivos legais, a fim de constituir o programa normativo e poder passar para à análise do *âmbito da norma*.

Doravante, o âmbito da norma refere-se a dados empíricos, aos elementos do âmbito do caso que foram por sua vez selecionados pelo programa da norma, onde já não podem mais ser desconsiderados nem aleatoriamente escolhidos – isso já teria sido feito no programa da norma (*Normprogramm*). Seria o 9º critério da TED.

Em suma: o âmbito normativo expressará os dados da realidade que figuram como fatores elementares na constituição da norma, mas sem fazer uma aglutinação dos fatos, vez que na fase anterior já se teria realizado uma filtragem.

Em seguida, chega-se ao 10º critério da TED, onde há a construção da "norma jurídica" (*Reichsnorm*) caso concreto, como resultado de uma atividade prática, na qual os elementos linguísticos do Direito, os *textos* de normas, adquirem sentido a partir de sua conjugação com os elementos de fato"[30].

Mas esse não é o estágio final, já que essa norma ainda sofrerá transformação no 11º e último critério, para tornar-se então "norma jurídica decisória" (*Entscheidungsnorm*).

---

[28] Sobre o tema, ver: ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica.** Universidade de São Paulo, 2010.

[29] ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica.** Universidade de São Paulo, 2010.p.219.

[30] STRECK, Lenio Luiz. **Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do Direito.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>. Acesso em: 15/11/2016.

A "normatividade" surge apenas nesses dois últimos critérios.

Há, portanto, a estruturação da teoria de Müller a partir da pergunta pela normatividade e pela estrutura da norma. Para o autor, teoria é práxis, sendo necessária um Metódica com recursos incisivos, no sentido de, mais objetivamente possível, se estabelecer critérios de racionalidade, "um passo-a-passo inequívoco para a construção da norma jurídica, com o intuito que 'na prática' o 'direito' seja correto"[31].

Essa metodologia pode se mostrar de grande valia às decisões que concedem tutelas no direito brasileiro, buscando diminuir os espaços de voluntarismos.

Ainda, não podemos olvidar que ainda que no campo da cognição sumária se busque um melhor 'manejo' do tempo, a duração razoável está de acordo com o respeito aos demais contornos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Ocorre que, no campo das tutelas, também se inserem as *presunções judiciais*, que podem ser traduzidas no raciocínio dedutivo contido no nexo de causalidade feito pelo homem.

Acerca do tema, Darci Guimarães Ribeiro elucida: "o legislador não quis legalmente presumir o fato desconhecido, deixando, em especial, ao juiz fazer o *raciocínio necessário*, a fim de chegar à descoberta do fato desconhecido, utilizando, para tanto, a *experiência comum* ou técnica*,* a fim de obter o *convencimento necessário* vale dizer, o juiz irá se apoiar em uma *regra de experiência*, comum ou técnica, como fato conhecido para descobrir outro fato que lhe é desconhecido"[32]. Para compreender a estreita ligação dessas presunções com a teoria mülleriana, destaca-se que na TED a pré-compreensão geral é "constituída pelos conteúdos, *modos de comportamento*, preconceitos, pelas normas [...]".

Nesse sentir, indiscutivelmente a matéria ligada às tutelas provisórias, na qual se inclui as tutela de evidência, revelam a presença da pré-compreensão na práxis jurídica, conforme se passa a demonstrar na seguinte análise de caso.

3.1 O caso Alessandro

Da análise das doutrinas que fornecem 'modelos' aos juristas de como se deve formular um pedido de tutela na vigência do Código de Processo Civil de 2015, mas também

[31] SILVA, Lanaira da. **A Teoria Estruturante e a Crítica Hermenêutica do Direito:** (des)encontros entre Lenio Streck e Friedrich Müller. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

[32] RIBEIRO, Darci Guimarães. **A sistematização das presunções no novo Código de Processo Civil.** Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Streck [et al.].Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2016.p.36.

da análise dos processos em trâmite nos Tribunais, se denota a corriqueira 'conjugação' de pedidos de Tutela de Urgência e de Tutela de Evidência. A atribuição dessa prática pode ser dada a falta de um 'prognóstico seguro' do julgador acerca dos fatos alegados e da prova, a fim dar a concessão dessa ou daquela medida.

Portanto, na dúvida, tem-se mostrado interessante a confecção de pedidos alternativos, porquanto incumbe a parte requerer a (espécie de) tutela provisória (CPC, art. 299) almejada. A imprecisão nessa matéria já parte disso, pois o requerente busca de todos os modos 'se blindar' do livre convencimento do julgador.

Nesse sentir, adverte Lenio Luiz Streck:

> O livre convencimento é uma marca colocada nos Códigos. Essa marca aponta para o passado. No século XIX e início do século XX isso até se justificava. Em tempos de democracia, não é adequado que se permita o livre convencimento nas decisões. E não adianta dizer que o livre convencimento é motivado. Sem sentido. Se tenho liberdade para escolher, a motivação que vem depois é só para colocar um verniz naquilo que decidi. Muitas vezes o juiz já se encontra enviesado e com uma tendência de confirmar seu pré-julgamento, isto é, o seu "adiantamento de sentido" do caso (*confirmation bias*). Aceitar o livre convencimento é aceitar a tese de que a interpretação é um ato de vontade. E disso sabemos todos as consequências.[33]

Destarte, o livre convencimento enfraquece o processo. Tanto isso é verdade que, a partir da análise de caso concreto, processo nº 70071071872 (TJRS) - doravante denominado de caso "Alessandro" - escolhido como modelo de análise por conter motivação corriqueira para concessão de tutelas nos Tribunais, se perceberá a irrefutável falta de clareza e precisão nas decisões.

No primeiro grau de jurisdição, verificou-se o indeferimento da tutela de *urgência* de natureza *antecipada*, ao fundamento de que "o requerente já se encontra negativado desde o ano de 2014, conforme se observa do documento de fl. 21", portanto não se falaria no preenchimento da 'urgência', tampouco na existência de perigo de dano ou no risco ao resultado útil do processo. Ressalta-se que a distribuição do processo deu-se em 19/08/2016 e que a manifestação do magistrado em 01/09/2016. Disso, tem-se que a (singela) análise do magistrado abarcou somente 'questões de fato' na sua motivação, partindo assim do pressuposto de que o tempo excluiu todos os *pressupostos* autorizadores da medida – ainda que não tenha indicado previsão legal nesse sentido.

A.A.S agravou da decisão, vindo a lograr êxito no Tribunal:

---

[33] STRECK, Lenio; NUNES, Dierle. **Lenio Streck e Dierle Nunes analisam mudanças trazidas pelo novo CPC.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-mar-25/lenio-streck-dierle-nunes-analisam-mudancas-trazidas-cpc>. Acesso em: 01/01/2020.

> "No caso em tela, salvo melhor juízo, *entendo* estar diante de hipótese de *tutela de evidência*.
>
> Conforme documentalmente comprovado, a conta corrente mantida pelo autor junto à instituição financeira ré restou encerrada em outubro de 2009 (fl. 31).Ocorre que os cheques que deram ensejo aos vinte e nove registros existentes em seu nome apontam datas a partir de 2012 e contam com assinaturas díspares se comparadas aos documentos que acompanham a inicial.Assim, os elementos constantes dos autos mostram-se suficientes a evidenciar a existência do direito pleiteado."[34]

Ou seja, em que pese o magistrado de primeiro grau de jurisdição ter analisado questões ligadas à urgência (tutela antecipada), a premissa do Tribunal foi outra, entendeu-se pela presença de evidência do direito – onde haveria um prognóstico maior de verossimilhança, que até então era 'inexistente'.

Destaca-se que, foi oportunizado o contraditório, porém não houve no caso a juntada de contrarrazões pela parte contrária, B.B. Isso se mostra relevante porque, muito embora na tutela de evidência a "*probabilidade* do direito material seja 100%"[35], a

> "(...) evidência não pode ser confundida com certeza acerca da existência do direito, o que legitima a exigência de que, ao menos como regra geral, o contraditório prévio tenha de ser observado. É que o demandado pode apresentar uma série de defesas possíveis – e sérias – capazes de levar à conclusão de que o demandante não tem razão e, portanto, seu pedido de ser julgado improcedente."

Assim, não abandonada a oportunização do contraditório[36] que

> [...]é condição de validade das provas, porque toda e qualquer atividade instrutória há de ser produzida em contraditório. Essa é a razão pela qual o primeiro artigo sobre prova no novo Código de Processo Civil, art. 366, não só reproduz literalmente o atual art. 332 do CPC, mas vai além destacando esta terceira fase do contraditório, ao afirmar que: "*As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda*

[34] TJRS. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70071071872&ano=2016&codigo=2408942>. Acesso em: 10/02/2020.
[35] DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.456.
[36] Sobre o princípio do contraditório no processo civil, consultar: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.30 a 35. Ademais, acerca da temática, BERTOLINO: "*metodo di migliore ricostruzione della verità dei fatti, non come garanzia fine a sé stessa in contrasto con la ricerca della verità, essa ha lo scopo di migliorare la quantità di informazioni, e prove attraverso le quali il giudice deve accertare la verità dei fatti"*. Nota da autora: [melhor método de reconstrução da verdade dos fatos, e não como um fim em si, uma garantia de oposição na busca da verdade, que se destina a melhorar a quantidade de informações e provas, através da qual o juiz deve apurar a verdade dos fatos]. In: BERTOLINO, Giulia. **Giusto processo civile e giusta decisione**. Tese Doutoral. Disponível em:< http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf >. Acessado em: 08.02.2020. p. 105).

> *que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz"*[37].

Nesse sentir, a problemática procedimental não residiu nessa questão, já que atendida a premissa do arts. 369 do CPC, mas se deu no momento da apreciação da prova, isto é, quando o juiz indica na sua decisão as razões da formação de seu convencimento (CPC, art. 371)[38].

No caso Alessandro, sequer se vislumbra a adequação do suporte fático analisado com quaisquer das hipóteses previstas do art. 311 do CPC – muito embora entenda-se que se trataria da hipótese prevista no inciso IV, do art. 311. Apenas se percebe a indicação genérica do texto de lei (*caput*), sem a necessária correlação que levasse a uma fundamentação clara e precisa. Nesse sentido, a teoria de Müller já enunciava:

> *"*O âmbito normativo, como parte do ordenamento parcial, não pode mais ser considerado "objeto" da ideia normativa fundamental; do contrário, a pergunta pelo "direito e realidade", sem o avanço fundamental no sentido do dado material, seria transmudada de um modo meramente verbal "em" norma, seria o programa normativo o comando "renomeado" da concepção mais antiga de norma. [...] A realidade parcial pertencente à norma é tratada como parte da norma."[39]

A realidade, a materialidade em si, tem de ser vista como parte da norma, não podendo, assim, ser utilizada como âmbito único de formação da fundamentação, abreviando-se a especificação da estrutura da normatividade jurídica.

"O "dado real" assim apreendido não se infiltra na normatividade concreta, mas a consolida"[40].

Em que pese o julgador não poder fugir do seu papel de examinar todo contexto material/probatório, também não pode se desviar e olvidar o texto da norma – em termos

---

[37] RIBEIRO, Darci Guimarães. **Questões relevantes da prova no novo Código de Processo Civil.** Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.p.135.

[38] No teor legal desse dispositivo residiriam presunções judiciais: "Enquanto as presunções legais servem para dar segurança a certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial, as presunções feitas pelo homem-juiz cumprem uma função exclusivamente processual, porque estão diretamente ligadas ao princípio da persuasão racional da prova, contido no art. 371 do NCPC". RIBEIRO, Darci Guimarães. **A sistematização das presunções no novo Código de Processo Civil.** Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Streck [et al.].Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2016.p.36.

[39] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.229.

[40] Idem, p.228.

müllerianos – devendo "obediência aos parâmetros de uma interpretação razoável do ordenamento jurídico" [41].

Que tipo de concretização do direito tivemos em um casos como esse? Ou mesmo, qual desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito para elidir livre convencimento? A resposta não parece das das mais animadoras.

De fato, a exigências no trabalho prático com a TED não se mostrariam as menores, mas mais elevadas, vez que o operador jurídico precisaria observar no momento da produção da norma jurídica, através do programa e do âmbito da norma, a sequência hierárquica dos elementos de concretização, concedendo o primado aos argumentos respectivamente mais próximos do texto da norma.

Assim, seria possível a diminuição no automatismo da linha de produção da explicitação conceitual, que transporta o operador jurídico do texto da norma à decisão – inclusive de forma meramente genérica - como no caso analisado.

A norma tem de ser formulada para o caso concreto, a partir de um trabalho sobre os textos, ou seja, sobre os dados linguístico (*Sprachdaten*) e fáticos, os dados reais (*Realdaten*). Logo, não bastaria uma afirmação de que "*salvo melhor juízo*, *entendo* estar diante de hipótese de tutela de evidência" e a mera indicação de documentos juntados. Esse tipo de afirmação, além de demonstrar uma falta de nexo/liame entre o texto de norma e a realidade, incorre na falta de fundamentação, porquanto olvida completamente a hipótese legal a que se 'encaixa' o contexto fático – quando previstas quatro hipóteses autorizadoras da tutela de evidência no art. 311 do CPC, acreditando-se que a hipótese em apreço seria a do inciso IV.

Desse modo, a adoção da TED oportunizaria uma melhor prestação da tutela jurisdicional, já que "é uma concepção que oferece aos desafios da ordem jurídica e constitucional do Brasil uma base teórica e metodologicamente adequada"[42].

Isso se mostraria ainda mais desafiador na matéria relativa as tutelas, onde as presunções judiciais já são reconhecidas, e, ao passo que estão ligadas ao princípio da persuasão racional da prova, a adoção da metódica se mostraria extremamente útil.

> "A TED não se perde nem na Alemanha, nem por seu efeito sobre o Brasil 'fora de lugar'. O lugar ao qual ela pertence é precisamente esta forma de Estado Democrático de Direito fundado nos direitos fundamentais das

[41] RIBEIRO, Darci Guimarães. *In* **A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais.** *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/*orgs. André Copetti [*et al*.].Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.p.61.

[42] MÜLLER, Friedrich. **O novo Paradigma do Direito.** Introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 296.

> pessoas. Para um país como o Brasil, que vem lutando sempre contra alguns demônios do passado e para a realização do Estado Democrático de Direito, uma tal *transferência de teoria* parece, muito judiciosa e útil – sobretudo porque se trata, no caso da TED de uma teoria da práxis que não somente tem as bases na teoria da ação, mas também tem os fundamentos necessários de uma ordem ética."[43]

CONCLUSÃO

Boaventura de Sousa Santos[44] já alertava que "O nosso tempo é um tempo paradoxal. É, por um lado, um tempo de grandes avanços e de transformações dramáticas, dramaticamente designadas por revolução da informação e da comunicação (...)" e, "por outro lado, um tempo de inquietantes regressões, do regresso de males sociais que pareciam superados ou em vias de o ser (...)*"*.

O livre convencimento ainda não é um mal superado pelo Código de Processo Civil de 2015, pelo menos não no que concerne às tutelas de evidência – e também às demais tutelas provisórias.

A práxis jurídica acaba por fazer surgir a necessidade da conjugação de requerimentos de tutelas diferenciadas, em vista da dificuldade de antever como será o 'prognóstico' realizado pelo julgador no caso concreto (maior ou menor verossimilhança). Por isso, a estruturação da norma decisória se revelaria um enorme avanço para o processo e para o procedimento, conduzindo a decisões que possam mostrar uma melhor fundamentação/concretização.

Destarte, o art. 311 do CPC não possui um rol taxativo de hipóteses *fáticas* onde as tutelas de evidência possam ser concedidas, mas tão somente um rol de hipóteses em que a *realidade concreta/prova material*, destoa para caracterizar a *evidência* do direito, revelando um 'modelo dinâmico de concretização da norma pelo julgador' – em termos müllerianos.

Contudo, não é incomum que se verifique o abandono pelo intérprete da construção de hipóteses sobre o texto da norma, de acordo com a pertinência concreta e com a situação jurídica prevista no ordenamento – nesse espaço entraria também as pré-compreensão jurídicas, ou 'presunções judiciais', conforme a doutrina processual vem indicando.

---

[43] MÜLLER, Friedrich. **O novo Paradigma do Direito.** Introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 313.

[44] SANTOS, Boaventura de Souza. ***Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.*** 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.p.29.

Em que pese não se esperar que o legislador consiga esgotar todas as hipóteses de incidência no texto da norma, espera-se que o interprete faça a necessária correlação da realidade com o direito.

Portanto, a utilização da teoria pós-positivista de Müller se mostraria um inegavelmente esforço para se chegar a uma reflexão unificadora, que prende de maneira indissociável a dogmática, a metódica e a teoria da norma jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica.** Universidade de São Paulo, 2010.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**, vol.II: Parte Geral: institutos fundamentais: Tomo 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BERTOLINO, Giulia. **Giusto processo civile e giusta decisione**. Tese Doutoral. Disponível em:< http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto _processo_civile_e_giusta_decisione.pdf>. Acessado em: 08.12.2016.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

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

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento /Fredie Didier Jr. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LUCENA, Clarissa Santos. **Prova inequívoca da verossimilhança e reversibilidade do "provimento" antecipado:** breves considerações sobre a tutela antecipada e a efetividade jurisdicional. *In* Tutelas de urgência e cautelares / Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva / coordenador Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.**Curso de Direito Constitucional.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e Criação Judicial do Direito.** Curitiba: Juruá, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique.** Trad. d'allemand par Olivier Jouanjan. Paris : Presses Universitaires de France, 1996.

_____. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.** 3ª ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O novo paradigma do direito: introdução à Teoria e metódica estruturantes.** Trad. Peter Nauman [*et al.*]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Positivismo.** Revista Opinião Jurídica. Ano VI, n.10, 2008.

_____. **Teoria Estruturante do Direito.** Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Tutela Antecipada Sancionatória**. Revista Dialética de Direito Processual,nº 43, 2006.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. **Novo CPC:** entre anarquia interpretativa, coerência e interesses. Disponível em: < http://justificando.cartacapital.com.br/2014/08/21/novo-cpc-entre-anarquia-interpretativa-coerencia-e-precedentes/>. Acesso em: 07/02/2017.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. ***A Superação do Paradigma Racionalista Como Pressuposto para a Concretização do Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica.*** Revista Direito e Política. Vol. 3, 2008. Disponível em: < http://siaibib01.univali.br/pdf/Darci%20Guimaraes%20Ribeiro%20e%20%20Diego%20Galle.pdf>

RIBEIRO, Darci Guimarães. **A garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º, do art. 273, do CPC.** Disponível em: <http://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/1a034d61d6fd822fd04ac3ebcbd9b5bd.pdf>. Acesso em: 10/12/2016.

_____. **A sistematização das presunções no novo Código de Processo Civil.** Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS*:* mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Streck [*et al*.].Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2016.p.36.

_____. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Questões relevantes da prova no novo Código de Processo Civil.** Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

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

_____. **Curso de Processo Civil.** v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Lanaira da. **A Teoria Estruturante e a Crítica Hermenêutica do Direito:** (des)encontros entre Lenio Streck e Friedrich Müller. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

STRECK, Lenio; NUNES, Dierle. **Lenio Streck e Dierle Nunes analisam mudanças trazidas pelo novo CPC.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-mar-25/lenio-streck-dierle-nunes-analisam-mudancas-trazidas-cpc>. Acesso em: 01/12/2016

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas.** O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. p. 49. Diponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01/02/2017.

_____.**Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do Direito.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>. Acesso em: 15/11/2016.

_____. **Precedentes? Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc>. Acesso em: 07/02/2017

_____. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc. Acesso em: 02/02/2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol.I. 57 ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e constituzione:** problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.