

Aspectos críticos da dogmática processual brasileira: do paradigma determinista à complexidade

Ma. Márcia Teixeira Antunes¹

Ma. Mônica Anselmi Duarte da Silva²

RESUMO

A dogmática processual brasileira, historicamente pensada e construída nos pilares da modernidade, que reclamavam a racionalidade e a certeza do conhecimento científico, pretendendo dar conta de todos os dilemas e problemas do homem, espelhando-se no paradigma determinista das ciências, hoje sofre mudanças orientadas pelos ventos da pós-modernidade. A espinha dorsal do processo civil brasileiro, o procedimento ordinário, que trabalhava com a cognição exauriente como sua principal garantia na obtenção de uma decisão definitiva cheia de certeza jurídica quanto à correta aplicação da lei, hoje se vê permeado de novas medidas jurídicas que o socorrem das imprevisibilidades, das constantes mudanças e dubiedades típicas da sociedade humana. Dentre outros juízos e instrumentos judiciais, as tutelas de urgência – cautelar e antecipada –, concedidas a partir de um juízo sumário da verossimilhança, especialmente à disposição de proteger preventivamente o direito, dando real efetividade à Justiça, tem origem na complexidade do novo paradigma científico que leva em conta o novo ainda não previamente pensado e as incertezas dos fatos e do homem.

Palavras-chave: processo civil; paradigma determinista; complexidade; tutelas de urgência.

Critical aspects to Brazilian's procedural dogmatic: from the deterministic paradigm to the complexity

ABSTRACT

The procedural dogmatic in Brazil, historically thought and built on the modernity bases, that claimed rationality and certainty of scientific knowledge, aiming to resolve all of the dilemmas and humanity problems, its equalizing on the science's deterministic paradigm, who today's is changed driven by the post modernity winds. The crux of the Brazilian civil process, the ordinary procedure, which worked with exhaustive cognition as their primary warranty for get a final decision full of legal certainty as to the correct application of the law, today is permeated of new legal means that succor it about the unpredictable, the constant changes and the typical dubieties of human society. Among other judicial acts and judicial instruments, the immediate injunctions - the cautionary and the advance relief - granted from a summary judgment about verisimilitude, especially to protect preemptively the law, giving to the justice real effectiveness, grown on the complexity of new's scientific paradigm that considers the new, who have not been thought, and the uncertainties of facts and men.

Key-words: civil process; deterministic paradigm; complexity; immediate injunctions

¹ Coordenadora e professora de Direito Processual Civil do curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Pelotas.

² Professora de Direito Processual Civil e Filosofia do Direito do curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Pelotas.

INTRODUÇÃO

Avaliando a evolução filosófica e conceitual do Direito, partindo do pensamento moderno à pós-modernidade, se pretende refletir e pontuar algumas críticas da ciência jurídica gerada sob um modelo hermético e fundamentalmente racional, cujos resultados não mais se coadunam com as novas insurgências e inconstâncias do mundo contemporâneo.

O Direito Brasileiro foi construído sob um perfil determinista, racionalista e iluminista típico das ciências modernas, cujo mote era a pretensão de que a racionalidade humana daria conta de construir o conhecimento, dar as explicações e fornecer as soluções para todos os dilemas da humanidade e para os fenômenos da natureza.

Influenciado pela Revolução Francesa e o jusracionalismo, o direito brasileiro valorizou o indivíduo, seu patrimônio e a supremacia da lei, como especiais garantias do cidadão em relação ao Estado.

Desta forma, sistematizado e codificado, em face da influência positivista, o Direito passou a ser sinônimo de lei, ou seja, o legislador ficou encarregado de prever os fatos e estabelecer as normas a eles aplicáveis. Ao juiz, por outro lado, foi dada a tarefa de mero aplicador da norma, racional e abstrata, independentemente do contexto social em que o fato ocorreria.

O processo civil brasileiro, até pouco tempo apartado do direito material, elegeu como principal instrumento e regra geral para a resolução dos conflitos judiciais o procedimento ordinário, dependente de uma investigação e convencimento exauriente por parte do juiz, que, tão-somente, pode decidir definitivamente após a obtenção da certeza a respeito dos fatos e do direito.

A alienação desse procedimento, de caráter determinista, em relação à realidade social, em permanente ebulição e transformação, geradora de fatos muitas vezes imprevisíveis, tornou-o ineficaz e iníquo, pois a morosidade no fornecimento da tutela poderá representar a negação da Justiça e do direito.

Ademais, o paradigma determinista das ciências em geral passou a não dar mais conta da demanda e das expectativas do homem, especialmente em face de algumas descobertas científicas, dentre as quais a teoria da relatividade, a teoria quântica, o princípio da incerteza, a teoria dos sistemas dinâmicos, a topologia e a teoria do caos, que colocaram em cheque a pretensão científica quanto à certeza e à previsibilidade, ilusórias ante a complexidade do Universo.

Animada pela revolução científica e dos questionamentos da pós-modernidade relativos à segurança e à racionalidade, a Constituição Federal de 1988 alterou, sobremaneira, o paradigma do direito privado, porquanto privilegiou valores não materiais, como a dignidade da pessoa humana, em detrimento do patrimônio, já no seu primeiro artigo, quando arrola os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A partir daí a ciência jurídica desprende-se de um paradigma arcaico e simplificador, sofrendo importantes efeitos de repersonalização e constitucionalização pelos diversos textos legais e conceitos doutrinários.

Na dogmática processual brasileira resultaram mudanças significativas no que diz respeito à prestação da tutela jurisdicional, traduzidas em alguns dispositivos constitucionais relativos à garantia de acesso ao Judiciário para tutela do direito, inclusive preventivamente (art. 5º, XXXV), a garantia da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).

Significativas alterações, fundamentais ao atendimento de uma Justiça efetiva e adequada aos direitos, merecem reflexão em torno do novo paradigma pós-moderno, responsável pela revisão do papel do Direito, do juiz e do processo civil.

Este artigo trata da trajetória evolutiva do processo civil dos tempos da modernidade até a pós-modernidade, tendo como foco especial as tutelas de urgência – cautelar e antecipada -, que traduzem, sem sombra de dúvidas, o reflexo do paradigma da complexidade sobre a ciência jurídica brasileira, dividindo-se em duas partes: a primeira para tratar da relação do direito e do processo com a certeza e o determinismo e a segunda para falar da evolução do processo civil no sentido de perseguir os instrumentos adequados aos efeitos da complexidade do Universo.

1 A MODERNIDADE, A CERTEZA, O DIREITO E O PROCESSO

A ciência, ao final do pensamento medieval, caminha na libertação das amarras das verdades pressupostas, metafísicas e indiscutíveis, frente à “descoberta” de que o homem pensa, logo existe, forte em Descartes (2008, p. 14), a verdade se constrói a partir da razão humana, tornando o conhecimento e a ciência autônomos em relação ao divino e pré-estabelecido:

Com efeito a razão não nos dita em absoluto, que o que assim vemos ou imaginamos seja verdadeiro, mas, ao contrário, que todas as nossas idéias e noções devem ter um fundamento de verdade, pois de outra forma não seria possível que

Deus, sendo absolutamente perfeito e verdadeiro, as tivesse posto em nós. (DESCARTES, 2008, p. 46).

Nasce com a filosofia cartesiana o apoio do pensamento moderno, retirando de pauta todo o fundamento que não se originasse na racionalidade, que passa a determinar as ações humanas e suas motivações.

O paradigma³ determinista, comprometido com a ordem e a busca do indubitável, ainda que discretamente, começou a romper as fronteiras do conhecimento científico contaminando as ciências sociais, que passaram a buscar, com maior intensidade, a mesma certeza, segurança e previsibilidade das ciências naturais, fruto do pensamento iluminista que elevou a razão humana ao fator de explicação e compreensão de todos os fenômenos naturais, sociais, religiosos, econômicos, dentre outros.

Luiz Fernando Barzotto (1999, p. 137) considera a busca pela segurança e certeza uma das características da modernidade:

Um dos traços característicos do fenômeno conhecido como 'modernidade' é a crise de fundamentos. São postos em questão os fundamentos da política, da crença religiosa, do conhecimento, da moral e do direito. A angústia provocada no homem moderno por essa situação leva-o a uma busca desesperada por segurança e certeza.

O conhecimento científico assumiu a missão de revelar a simplicidade oculta atrás da aparente desordem dos fenômenos. O determinismo é um paradigma simplificador “que põe ordem no universo, expulsa dele a desordem. A ordem se reduz a uma lei, a um princípio” (MORIN, 2006a, p. 59). O método cartesiano de compreender o mundo, decodificando-o, se expande pelas ciências e o homem passa a buscar entender o Universo desvendando-o por partes, descobrindo quais as leis da natureza que comandam essa “máquina”:

Esta idéia de mundo-máquina é de tal modo poderosa que se vai transformar na grande hipótese universal da época moderna, o mecanicismo. Pode parecer surpreendente e até paradoxal que uma forma de conhecimento, assente numa tal visão do mundo, tenha vindo a constituir um dos pilares da idéia de progresso que ganha corpo no pensamento europeu a partir do século XVIII e que é o grande sinal intelectual da ascensão da burguesia. Mas a verdade é que a ordem e a estabilidade do mundo são a pré-condição da transformação tecnológica do real. (SANTOS, 2006, p. 31).

³ O conceito de paradigma, segundo Thomas Kuhn, é definido sob dois aspectos. O primeiro deles é que paradigma representa o conjunto dos princípios, metodologias, conceitos básicos e teorias de uma comunidade científica. Esta desenvolverá seus estudos à luz de um paradigma. Paradigma também é definido como o conjunto de soluções para os problemas apresentados por uma comunidade científica. São os instrumentos utilizados para resolver os quebra-cabeças da comunidade. Para Thomas Kuhn há uma revolução científica quando ocorre mudança de paradigma. (KUHN, 2006, p. 29-125).

Assim como a matemática, a física, a astronomia e as demais ciências que caminharam em busca da exatidão e da verdade racional, o Direito sofreu uma grande transformação nos séculos XVII e XVIII com o surgimento da Escola do Direito Natural, que, influenciada pelas ideias do Iluminismo, difundiu na Europa uma nova mentalidade baseada na razão, bem como no individualismo e na autonomia, contra a autoridade e a tradição, que dominavam o Direito até então. O jusracionalismo surgiu, na Modernidade, com a pretensão de renovar a sociedade e o Direito com base na razão humana, ideia abrigada pela Revolução Francesa: “um direito muito individualista: o indivíduo goza do máximo de liberdade, tanto no domínio do direito privado como no domínio do direito público” (GILISSEN, 2003, p. 413).

Assim, o jusracionalismo foi o precursor do positivismo jurídico, forte em Kelsen, do século XX, corrente que admitia uma única fonte para o Direito: a lei. O Positivismo, reflexo do paradigma determinista do conhecimento científico, definiu o Direito como um sistema fechado, ordenado de forma racional por um conjunto de normas jurídicas que preveem os problemas decorrentes da vida social e regulam as respectivas soluções:

Kelsen, na tentativa de fazer do Direito uma ciência, nos leva a ‘abrir’ outras discussões sobre um sistema normativo com base em uma lógica jurídica formal. Se essa norma é formal, podemos dizer que é direito posto (feito pelo homem para o homem). Kelsen tem o desejo de elaborar uma teoria pura para uma base científica jurídica, e é por esse motivo que o Direito de Kelsen deixa de ser uma ciência humana para ser uma ciência quase exata (Direito Positivo). E a ciência do Direito se transforma em puro normativismo, fundamentada em uma extrema lógica formal jurídica. (ROCHA, 2007, p. 115).

O direito positivo, por ser pautado pela razão, seria universal, imutável, dotado de certeza, completo e livre de qualquer interpretação, uma vez que a aplicação da lei resumia-se a subsunção da norma ao caso concreto (BARZOTTO, 1999, p. 138). Se o legislador atribuiu um único sentido à norma jurídica, qualquer atividade de interpretação torna-se desnecessária. A atividade do juiz resume-se a descobrir a verdade da norma, a vontade da lei, que, em última análise, é o resultado correto (SILVA, 2006, p. 17). Para atingir tal escopo, os juristas tiveram que apartar a lei do contexto social e de qualquer interpretação, evitando, de forma idêntica, que a aplicação da lei sofresse qualquer influência externa, evitando a equidade em prol da segurança (BOBBIO, 1997, p. 119).

Do iluminismo resultou a convicção de que o governo poderia criar uma sociedade melhor, mais livre e igualitária. E o direito seria o instrumento adequado à

realização dessa idéia, com a sistematização da matéria jurídica em um corpo já unitário e homogêneo, chamado código. Disso são exemplos os Códigos jusnaturalistas supramencionados, sendo a codificação portanto a expressão do racionalismo do direito e o sistema o seu paradigma. O importante era elaborar conceitos e preceitos racionais, não contraditórios, manifestação de uma unidade de poder e de razão, vindo ao encontro dos anseios ou necessidades de uma burguesia que lutava pelos valores da liberdade e da igualdade, conquistados na Revolução de 1789 e consagrados no Código Civil Francês. (AMARAL, 1994, p. 71).

. Em decorrência da redução do moderno conceito de ciência, que atribui cientificidade somente aos ramos do conhecimento humano destinados a medir, pesar e contar, o Direito transformou-se “em um conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade”, desvinculando-se da História (SILVA, 2006, p. 01). Este conceitualismo transformou o Direito em uma ciência formal e abstrata, portanto, distante da realidade social. Esta mudança mostrou-se necessária, uma vez que o mundo dos fatos é contingente, dotado de incertezas, característica contraposta à idealizada certeza jurídica que a ciência do Direito almejava conquistar.

A ruptura do Direito e da realidade social provocou a criação de dois universos distintos e dissociados: o mundo dos fatos e o do direito, acarretando, dentre outras consequências, o abismo entre a teoria e a prática jurídica, culminando na criação de dois direitos, o dos sábios, ensinado nas universidades e o dos práticos forenses. Segundo Clarice Söhnngen (2006, p. 171): “a ciência moderna adotou o modelo do sujeito epistêmico e rejeitou o sujeito empírico. Isso resultou na separação entre o sujeito e o objeto de conhecimento”.

O comprometimento da ciência jurídica, especificamente do direito processual civil, com a segurança e a certeza, peculiares ao paradigma determinista, é tão intenso que para conquistá-las idealizou-se um mundo fictício, que não é o real, mas, para o Direito é o mundo que se mostrava relevante. E, se não faz parte do mundo jurídico, não interessa ao Direito Moderno. O processo civil brasileiro coroou esse perfil determinista com o procedimento comum ordinário (art. 272 e seguintes do CPC).

Esse procedimento reclama a aplicação da técnica da cognição judicial exauriente, em que o juiz, para decidir, necessita do juízo de certeza definitivo, adquirido com a plena produção de provas (MARINONI, 2008, p. 150), contrariamente à cognição sumária, alicerçada em um juízo de probabilidade (MARINONI, 1999, p. 27). Assim, o procedimento ordinário, padrão e regra geral no processo civil pátrio, se compatibilizou com o paradigma determinista, uma vez que ambos ambicionam a certeza.

Correlato à essa cognição exauriente é o princípio do contraditório (art. 5º, inciso LV), constitucionalmente garantido a partir de 1988 ao processo civil. Em nome desse

princípio, é necessário que o juiz, previamente, oportunize, igualmente, às partes, a possibilidade de deduzir em juízo as suas alegações, bem como de rebater os argumentos e a prova apresentada pela parte adversa (NERY, 1995, p. 125), para depois encaminhar-se à decisão definitiva. Exigência, esta, harmonizável com o paradigma determinista (SILVA, 2006, p. 143).

Contudo, o procedimento ordinário, ao mesmo tempo em que almeja a segurança e a certeza jurídica, por outro lado, utiliza um mundo imaginário, aquele que está nos autos do processo, o que se constitui numa contradição. É cabível questionar-se, então, se é possível alcançar a verdade de um mundo falso? A falsidade possui verdade? A “certeza pressupõe uma verdade absoluta, que pode ser sempre relativa. Portanto é custoso aceitar a ideia de embasar a segurança jurídica na certeza das decisões” (MACIEL, 2004, p. 65).

Ademais, o requisito da cognição exauriente e segura, adotado como procedimento processual padrão, já não atende ao mandamento constitucional da duração razoável do processo, perdendo as decisões o caráter de efetividade e adequação à necessidade real do mundo dos fatos, dinâmico e imprevisível. É cabível afirmar, então, que o procedimento ordinário, na contramão da pós-modernidade - que, em razão da complexidade, está tentando conviver com as incertezas - ainda pretende alcançar uma ilusória verdade, ignorando que o Direito é um sistema complexo não-linear.

2 A PÓS MODERNIDADE, A COMPLEXIDADE, O DIREITO E O PROCESSO

A revolução científica do século XX substituiu o paradigma determinista e a sua busca pela segurança e certeza por um novo paradigma: o da complexidade.

A incerteza que invadiu as ciências também atingiu o Direito, que deixou de almejar a certeza a fim de garantir a segurança e passou a aceitar a probabilidade. A segurança, que até então se acreditava decorrer da certeza, cedeu espaço à probabilidade, que, por sua vez, não é incompatível com a segurança.

Aceitar que as decisões judiciais sejam baseadas em probabilidades não significa abandonar a segurança jurídica. Consequência disso foi a inclusão da tutela de urgência no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que ela não tenha nascido no código processual civil vigente, já que existia anteriormente, foi a partir de 1973 que se verificou o crescimento da tutela de urgência no Direito Brasileiro.

Todavia essas medidas de socorro mais efetivo ao direito lesado ou ameaçado tomaram uma nova roupagem a partir na inclusão na Constituição Federal de 1988 das

garantias de acesso à justiça (correspondente ao processo efetivo, adequado e justo) e à duração razoável do processo, esta já “prevista na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4.11.50 (art. 6º, § 1º) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22.11.69 (art. 8º, § 1º)” (BEDAQUE, 2009, p. 21).

A percepção de que o antigo modelo e o processo cognitivo ordinário já não amparavam a entrega justa da tutela jurisdicional e deixava de fora as situações inesperadas e não contidas no conceito de certeza jurídica, instigou os juristas do processo a buscar novos instrumentos que permitissem ao Direito a abertura e a permeabilidade necessárias:

[...] Tentar eliminar o dano emergente da demora normal do processo é grande desafio lançado ao processualista. A ele cabe formular mecanismos destinados a possibilitar que o processo alcance seus escopos institucionais e não se transforme em fonte de insatisfações.

A duração do processo cognitivo ou executivo, muitas vezes exagerada e inexplicável, representa obstáculo sério à plena satisfação do direito. (BEDAQUE, 2009, p. 21).

O desenvolvimento das tutelas de urgência no Direito pátrio se deve, especialmente, à opção ideológica do processualista e legislador, que, em razão da revolução científica, abandonou o paradigma determinista, e à constitucionalização do processo civil (BUENO, 2008, p. 72):

O princípio constitucional contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal fornece condições seguras para a construção de um novo paradigma de tutela jurisdicional, em busca de uma maior ‘efetividade jurisdicional’. Um paradigma que contrapõe a ‘tutela jurisdicional *repressiva*’ à ‘tutela jurisdicional *preventiva*’. ‘Tutela *repressiva*’ no sentido tradicional de criar condições para que a lesão a direito seja devidamente *reparada*, repondo as coisas no estado anterior na medida das possibilidades concretas (ou, ao menos, criando condições para tanto) e ‘tutela *preventiva*’ no sentido de evitar a lesão; de ser imunizada a ameaça, evitando que ela, ameaça, transforme-se em lesão. (BUENO, ob. cit, p. 277).

O paradigma da tutela repressiva, até então único (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 22), passa a ser acompanhado da tutela preventiva (BUENO 2008, p. 278.), com status de direito fundamental, cabendo ao legislador “instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva” e ao juiz “interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção” (MARINONI, 2004, p. 194). Sendo esta adequada para evitar que a lesão do direito ocorra, constitui-se em tutela de urgência, ou sob o manto da medida cautelar, ou sob a figura da tutela antecipada.

O que [...], justifica a menção às chamadas tutela *cautelar* e tutela *antecipada* é que, em ambas, o elemento *constante*, que legitima a pronta e imediata, até mesmo, enérgica atuação do Estado-juiz, é a ‘*urgência*’, isto é, a *necessidade* de atuação jurisdicional *antes* da consumação do dano. A tutela jurisdicional em casos como estes justifica-se para evitar que o *tempo* necessário para concretização dos princípios constitucionais [...] seja, ele próprio, fator de prejuízo, quiçá de total inutilidade, da própria atividade a ser desenvolvida jurisdicionalmente. [...]. (BUENO, 2008, p. 183).

Diante da urgência de albergar uma situação não prevista no ordenamento jurídico o Estado tem duas possibilidades: a) ignorar a imediatidade da tutela e observar o procedimento previsto em lei; b) priorizar a proteção do direito ameaçado. Optando pela primeira alternativa, “a proteção que o Estado vier a conceder, [...], será tardia e muitas vezes inútil, pois o direito, então exposto à situação de dano iminente, ao tempo da resposta jurisdicional já não mais poderá realizar-se” (SILVA, 1998, p. 17-18) em razão da perda do seu objeto.

Se, [...], o ordenamento jurídico fizer a opção pela segunda alternativa, preferindo oferecer proteção imediata que seja capaz de preservar a incolumidade do direito ameaçado de dano iminente, cuja existência, porém, não fora ainda constatada pelo juiz, terá de oferecer proteção, contentando-se com a simples probabilidade de existência do direito protegido, dado que essa tutela, em virtude da *urgência circunstancial*, impedirá que o magistrado forme seu convencimento com base numa investigação probatória exauriente. (SILVA, 1998, p.18).

As tutelas de urgência, por observarem a cognição sumária (MARINONI, 2008, p. 201-202), representam o rompimento com o paradigma determinista, que impôs a cognição exauriente do procedimento ordinário como regra para a prestação jurisdicional (SILVA, 1998, p. 21-22).

O processo de conhecimento deveria averiguar a existência do direito afirmado pelo autor – ou descobrir a verdade – para que então o juiz pudesse proferir a sentença, declarando – ou não – a existência do direito. A execução somente poderia ter início depois de declarado o direito ao autor. (MARINONI, 2008, p. 208).

O procedimento ordinário culmina em uma sentença declaratória *lato sensu*, seja ela constitutiva ou condenatória, que segue o paradigma determinista, pois se limita à declaração do texto da lei, preservando as decisões judiciais do arbítrio do juiz (MARINONI, 2004, p. 30-32).

Frise-se que a preocupação com o arbítrio do juiz não fez surgir apenas a idéia de que a sentença deveria se limitar a declarar a lei, mas também retirou do juiz o poder de exercer o *imperium*, ou de dar força executiva às suas decisões. Aliás, diante da desconfiança do direito liberal em relação ao juiz posterior à Revolução Francesa, era natural a preocupação com a execução das decisões, pois esta poderia gerar maiores riscos do que a sentença ‘declaratória *lato sensu*. (MARINONI, 2004, p. 31).

A incompatibilidade da tutela de urgência, que tece homenagem à verossimilhança, com o paradigma determinista, que aplaude a segurança e a certeza, ainda é ressaltada pelo autor:

Se a sentença do juiz deveria conter as palavras da lei, e a decisão tomada com base em parcela das provas (verossimilhança) pode, por lógica, ser afirmada em contrário quando todas as provas tiverem sido produzidas, a contradição entre a admissão da tutela antecipatória e a idéia de que o juiz deve pronunciar as letras da lei é evidente. Isso pela razão de que, se a lei é uma só, não poderiam existir dois juízos em relação a ela. [...] Na verdade, proibiram-se os juízos de verossimilhança para controlar o Judiciário e garantir a liberdade dos cidadãos. Importa deixar claro, assim, que o procedimento ordinário clássico (destituído de tutela antecipatória) tem íntima relação com a segurança jurídica, ainda que esse procedimento tenha sempre se baseado na pseudo-suposição de que o juiz encontraria a verdade ao final do processo ou, pior, que jamais seriam necessários dois juízos a respeito da tutela pretendida pelo autor, ainda que o primeiro – derivado de uma situação de urgência – fosse fundado em parcela das provas e o segundo na sua integralidade. (MARINONI, 2004, p. 34).

A inclusão das tutelas de urgência no ordenamento jurídico brasileiro rompeu com o determinismo, com a cognição exauriente, permitindo ao julgador que decida sumariamente com base na verossimilhança, além de conceder-lhe o poder de execução, de *imperium*, provocando efetivas alterações no mundo dos fatos, e não, somente, no mundo fictício do Direito. É o abandono da certeza em busca da probabilidade decorrente da verossimilhança:

[...] É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas à ‘ordem jurídica justa’. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço da sua técnica. (DINAMARCO, 1994, p. 297).

Ricardo Aronne, ressalta a crise do determinismo moderno e anuncia o novo paradigma da pós-modernidade, que, segundo o autor, ainda precisa ser compreendido.

Vivemos o paradoxal momento de travessia de um paradigma, cujo apogeu construiu a modernidade, e o declínio rasgou as portas do milênio que abre. A antesala do paradoxo, já revelava a crise do paradigma determinista, cujo ceticismo extremado é mais confirmação do que contestação. Hoje emerge, entre o abissal

determinismo e a nebulosa estocástica, um novo paradigma cuja inteireza dos contornos ainda está por ser revelada. (ARONNE, 2006, p. 89).

As tutelas de urgência fazem com que a efetividade do Direito deixe de ser uma ilusão e passe a ser realidade. A revolução científica substituiu o paradigma determinista e a sua busca pela segurança e certeza por um novo paradigma: o da complexidade.

A complexidade considera que o pensamento, o conhecimento e a ciência nada têm de simples, de fechados, de lógicos, de formais e racionais, mas que na verdade são cheios de incertezas, de dubiedades, de contradições, de diversidades e de exatos, ao contrário do que propunha o racionalismo de Descartes:

Ao mesmo tempo, o retalhamento das disciplinas torna impossível apreender ‘o que é tecido junto’, isso é, o complexo, segundo o sentido original do termo. Portanto, o desafio da globalidade é também um desafio de complexidade. Existe complexidade, de fato, quando os componentes que constituem um todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico o afetivo, o mitológico) são inseparáveis e existe um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre as partes e o todo, o todo e as partes, Ora, os desenvolvimentos próprios de nosso século e de nossa era planetária nos confrontam, inevitavelmente e com mais e mais freqüência, com os desafios da complexidade. (MORIN, 2006b, p. 14).

O homem está aprendendo a conviver com a incerteza, que nunca deixará de existir, posto que inerente à realidade:

A maior contribuição de conhecimento do século XX foi o conhecimento dos limites do conhecimento. A maior certeza que nos foi dada é a da indestrutibilidade das incertezas, não somente na ação, mas também no conhecimento. ‘Um único ponto quase certo no naufrágio (das antigas certezas absolutas): o ponto de interrogação’, diz o poeta Salah Stétié. Uma das maiores conseqüências desses dois aparentes defeitos de fato, verdadeiras conquistas do espírito humano – é a de nos pôr em condição de enfrentar as incertezas e, mas globalmente, o destino incerto de cada indivíduo e de toda a humanidade. (MORIN, 2006b, p. 55-56).

Morin sustenta, ainda, que homem convive com duas incertezas: a incerteza do conhecimento e a incerteza histórica. Com relação à incerteza cognitiva, salienta que há três princípios: cerebral, físico e epistemológico. Segundo o princípio cerebral “o conhecimento nunca é um reflexo do real, mas sempre tradução e construção, isto é, comporta risco de erro”. À luz do princípio físico “o conhecimento dos fatos é sempre tributário da interpretação”. O princípio epistemológico “decorre da crise dos fundamentos da certeza [...]”. Quanto à incerteza histórica sustenta que ela está atrelada ao “caráter intrinsecamente caótico da história humana” (MORIN, 2006b, p. 59).

O autor define a complexidade, em um primeiro momento, como “um fenômeno quantitativo, a extrema quantidade de interações e de interferências entre um número muito grande de unidades” (MORIN, 2006a, p. 35). Mas, posteriormente, esclarece que a complexidade vai além de quantidades e interferências.

[...] ela compreende também incertezas, indeterminações, fenômenos aleatórios. A complexidade num certo sentido *sempre tem relação com o acaso*. Assim, a complexidade coincide com uma parte de incerteza, seja proveniente dos limites de nosso entendimento, seja inscrita nos fenômenos. Mas a complexidade não se reduz à incerteza, *é a incerteza no seio de sistemas ricamente organizados*. Ela diz respeito a sistemas semi-aleatórios cuja ordem é inseparável dos acasos que os concernem. A complexidade está, pois, ligada a certa mistura de ordem e de desordem, mistura íntima, ao contrário da ordem/desordem estatística, onde a ordem (pobre e estática) reina no nível das grandes populações e a desordem (pobre, porque pura indeterminação) reina no nível das unidades elementares. (MORIN, 2006a, p. 35)

Em razão da complexidade, as ciências deixaram de ser estudadas de forma isolada para serem compreendidas atreladas. A complexidade exige do matemático conhecimento em área distinta. Assim como impõe ao sociólogo a necessidade de estudar ciências exatas.

O Direito como ciência e sistema deve ser aberto a permitir a relação e absorção do seu entorno, fazer parte do entorno e alimentar-se desse entorno, de modo a poder corresponder às novas dificuldades e situações inéditas e impensadas próprias da vida humana. Os contrários e os opostos, ao invés de ameaçar o Direito, vão alimentá-lo e construí-lo permanentemente de modo a municiá-lo com instrumentos que possibilitem a real e imediata tutela jurídica:

Complexidade que faz com que os operadores tenham de conhecer minúcias de áreas inesperadas do conhecimento, em função do conteúdo dos processos, não obstante e até mesmo em razão do comparecimento de peritos e assistentes técnicos especializados, em apoio aos mesmos. A palavra final, sobre a sanidade ou paternidade de alguém, pode não vir de um médico nem de um geneticista. Pode vir de um juiz. Pode contrariar integralmente a conclusão de um laudo. Seu preço? Um bom fundamento. Razão. Racionalidade. Seu meio? Sistema e discurso. Remédios? Recursos. Trajetória? Caótica. Medo? Indeterminação. Instabilidade. Alguém gostaria que fosse diferente? A História responde. [...] Diversas pontes passam a se estabelecer dentro das Ciências. Diversas possibilidades de investigação se abrem em novos horizontes, não raro paradoxais, como a vida. Como o homem e as relações que trava consigo e com o meio. Novas possibilidades de racionalidade inauguram, construindo as matrizes de uma Ciência redutiva e humanizada. Talvez um novo Humanismo. Certamente uma nova página na história do Existencialismo. Obviamente um novo paradigma em curso. (ARONNE, 2006, p. 24).

As instabilidades, que invadiram as ciências, também atingiram o Direito, que deixou de almejar a certeza a fim de garantir a segurança e passou a aceitar a probabilidade, a

verossimilhança, o convencimento sumário para dar vez às tutelas de urgência, que modificaram a noção do tempo processual, e cuja razão de ser é possibilitar ao cidadão a proteção do direito de forma real e efetiva, de modo a alterar, com eficiência a realidade. O juiz não mais se reduz ao mundo da lei para decidir, não mais se limita aos conceitos jurídicos para se convencer, se desprende das amarras da rígida formalidade processual determinista para pensar interdisciplinar e multidimensionalmente.

CONCLUSÃO

O paradigma determinista e sua busca pela segurança e certeza jurídica, que ao longo da história estruturou o procedimento ordinário, está, timidamente, sendo “expurgado” do Direito.

O procedimento ordinário, previsto como regra geral, em razão da cognição exauriente, possui uma tramitação excessivamente lenta e não raro sem sentido. O tempo de duração do processo pode representar um ônus para o cidadão que busca a tutela jurisdicional, posto que para conseguir o bem da vida pretendido, precisa aguardar a sentença; considerando que a cognição há que ser exauriente. Esta decorre da necessidade do provimento judicial ser alicerçado na certeza, pois, somente assim, a almejada segurança jurídica é conquistada. Tal postura é reflexo do moderno paradigma determinista.

A sociedade reivindica uma tutela jurisdicional efetiva, que, no menor tempo possível, possa satisfazer, da forma mais ampla possível, a pretensão do jurisdicionado. Celeridade na impossibilidade de certeza!

O legislador constitucional, atendendo à reivindicação social, incluiu entre os direitos e garantias fundamentais, o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) e a proteção à ameaça de direito (art. 5º, XXXV). O legislador infraconstitucional, por sua vez, introduziu no ordenamento jurídico as tutelas de urgência.

A inclusão dos direitos fundamentais anteriormente mencionados e das tutelas de urgência representa a ruptura da ciência jurídica com o paradigma determinista, posto que reclamam cognição sumária, que é incompatível com o paradigma determinista, pois a prestação jurisdicional é concedida com base em um juízo de verossimilhança, de probabilidade. A certeza e a segurança exigíveis pelo paradigma determinista inexistem na cognição sumária.

As ciências, de forma geral, reconheceram que almejar a certeza é pretender atingir o impossível. A certeza é uma ilusão do qual o processo não pode ser um simulacro. Daí a importância da ruptura de paradigmas.

A incerteza, na racionalidade contemporânea, claramente intersubjetiva, não conduz necessariamente à aleatoriedade, pois a segurança do ordenamento jurídico não decorre da certeza, e sim, da não-surpresa.

A aplicação do Direito exige interpretação. Portanto, critérios. A interpretação é norteada por atratores, que são as normas, os princípios, e, sobretudo, a Constituição Federal. Não há surpresas com a eliminação do determinismo.

O Direito existe em função da sociedade, cujas relações, na pós-modernidade, são dinâmicas, interdisciplinares e complexas. O homem é um ser complexo. O Direito é vida!

A vida não pode ser engessada em um ordenamento jurídico fechado e com pretensão de completude. Ela é muito mais que um emaranhado de normas, ela é dinâmica e complexa.

Diante desta complexidade é impossível que o legislador consiga regulamentar todas as situações que podem ocorrer na vida social. A vida é dinâmica e complexa e, conseqüentemente, imprevisível.

O Direito, como precisa evoluir *pari e passu* com a sociedade, tem que ser compreendido como um sistema aberto, dinâmico, complexo e em constante evolução. É um sistema complexo aplicado em uma sociedade complexa!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro**. Separata de: O Direito, ano 126, v. I e II, 1994.

ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: Estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil – Processo Cautelar (tutela de urgência)**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 1998.

_____. **Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. Temas de direito processual. Segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: UnB, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2008.

DESCARTES, René. **Discurso do Método. Regras para a direção do Espírito**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9º ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Teoria Geral do Direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil - Processo de Conhecimento**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, 2008.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Trad. Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006a.

_____. **A Cabeça Bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Trad. Eloá Jacobina. 12ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006b.

NERY Júnior, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2ª ed. rev. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21.

ROCHA, José Manoel de Sacadura. **Fundamentos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SÖNHGEN, Clarice. Epistemologia e Metodologia Científica: uma perspectiva pluralista. *In*: ARONNE, Ricardo (org). **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: Estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.