



**O ENUNCIADO N.º 163 DO FONAJE A PARTIR DA ESTRUTURA
ESCALONADA DA ORDEM JURÍDICA KELSENIANA: É POSSÍVEL UTILIZAR
A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO PROCEDIMENTO ESPECIAL
DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS?**

THE STATEMENT N.º 163 OF FONAJE FROM THE KELSEN'S STABLE
STRUCTURE OF THE LEGAL ORDER: IT IS POSSIBLE TO USE THE
ANTECEDENT IMMEDIATE INTERIM IN THE SPECIAL PROCEDURE OF THE
SMALL CLAIMS COURT?

Guilherme Christen Möller¹

RESUMO: Tem-se como problema para esta pesquisa a ausência de normatividade do Enunciado n.º 163 do FONAJE a partir da estrutura escalonada da ordem jurídica kelseniana e a consequente possibilidade de utilizar a tutela antecipada antecedente nos Juizados Especiais. Para tanto, a partir do método dedutivo, divide-se este artigo em três capítulos. No primeiro capítulo será apresentada a proposta da estrutura escalonada da ordem jurídica de Hans Kelsen. No segundo capítulo será feita uma abordagem geral sobre o instituto da tutela provisória, em especial de sua subespécie tutela provisória de urgência antecipada antecedente. Por fim, será confrontada a proposta do Enunciado n.º 163 do FONAJE para com a proposta de Kelsen. Conclui-se que, na perspectiva hierárquica das

¹ Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: guilhermecmoller@gmail.com.

normas de Kelsen, o Enunciado n.º 163 do FONAJE é nulo, portanto, sendo possível a utilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente na Lei dos Juizados Especiais.

Palavras-chave: Código de Processo Civil; Lei dos Juizados Especiais; Tutela antecipada antecedente; FONAJE; Enunciado.

ABSTRACT: It is the problem for this research to the absence of normativity of the Statement n.º 163 of FONAJE from the Kelsen's stable structure of the legal order and the consequent possibility of using the antecedent immediate interim protection in the Small Claims Court. Therefore, from the deductive method, this article is divided into three chapters. In the first chapter will be presented the proposal of the Kelsen's stable structure of the legal order. In the second chapter will be a general approach of the interim protection institute. Lastly, will be confronted the Statement n.º 163 of FONAJE to the Kelsen's proposal. It is concluded that, from the Kelsen's hierarchical perspective of the norms, the Statement n.º 163 of FONAJE is null, therefore, being possible to use the antecedent immediate interim protection in the Small Claims Court.

Keywords: Code of Civil Procedure; Small Claims Court; Antecedent immediate interim protection; FONAJE; Statement.

INTRODUÇÃO

Mesmo em pleno ano de 2019, em que há um avanço considerável nas produções científicas relacionadas à ciência jurídica, é impossível desassociar o nome de Hans Kelsen como um dos principais juristas da história da ciência jurídica. Ao lado de (algumas) pessoas que não estão necessariamente enquadrados como “juristas”, porém, contribuíram positivamente para com a ciência jurídica, como Herbert Hart, Michel Foucault, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Niklas Luhmann (dentre tantos outros que aqui poderiam

serem citados), a importância de Hans Kelsen para a ciência jurídica é imensurável. Nesse sentido, parafraseando-se a relevância que Lenio Luiz Streck (2017, p. 120-121) dá aos estudos desenvolvidos por Kelsen, o professor gaúcho destaca que “até hoje, pela falta dos influxos do neopositivismo, nenhum autor positivista conseguiu construir um nível descritivo de forma tão sofisticada como Kelsen”, ou seja, “ainda é preciso estudar Kelsen pelo fato de que até hoje nenhum positivista conseguiu construir algo mais consistente que ele e: sempre é preciso estar atento ao normativismo kelseniano, pelo fato de que é ele que permeia a dogmática jurídica, quase que de forma homogênea”.

Dada a ainda relevância de Hans Kelsen para o Direito, trabalharemos com a sua Teoria Pura do Direito na perspectiva de uma situação proveniente do XXXVIII Encontro Nacional do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) ocorrido na cidade de Belo Horizonte (MG), o Enunciado n.º 163 do FONAJE. Mais precisamente, o que se quer observar é se a proposta do referido Enunciado, ou seja, da impossibilidade de utilizar-se da tutela provisória de urgência antecipada antecedente do Código de Processo Civil de 2015 no procedimento especial dos Juizados Especiais (Cíveis) está de acordo com a Teoria do Direito. Nesse sentido, a indagação parte da colisão do Código de Processo Civil de 2015 para com a Lei n.º 9.099/95 e o Enunciado n.º 163 do FONAJE na proposta do capítulo quinto da Teoria Pura do Direito, a estrutura escalonada da ordem jurídica: poderia um Enunciado embargar a aplicação de uma lei geral na omissão da lei especial?

Assim, este estudo dedutivo será desenvolvido em três momentos. No primeiro momento, o primeiro objetivo específico, correspondendo ao primeiro capítulo, será feita uma abordagem acerca de Hans Kelsen e o capítulo quinto (estrutura escalonada da ordem jurídica) da Teoria Pura do Direito. Avançando-se, no segundo capítulo, o segundo objetivo específico, objetiva-se fazer uma breve construção acerca da estrutura do instituto da tutela provisória na perspectiva do Código de Processo Civil de 2015 e, ao fim deste segundo momento, trabalhar com a proposta da tutela provisória de urgência antecipada antecedente. Por fim, o último momento, o terceiro capítulo corresponde ao objetivo geral deste trabalho, notadamente observar, a partir de toda a construção que anteriormente será feita, a existência de legitimidade legislativa desses Fóruns Jurídicos do Brasil, a partir da proposta de Hans Kelsen, para a criação de normas jurídicas (normas da camada

legislativa), ou seja, quer-se observar se esses diversos Enunciados que surgem em cada reunião realizada por esses Fóruns conta com a mínima característica normativa. Ademais, a reflexão do último momento contará com a exploração da teoria kelseniana para com o caso do Enunciado n.º 163 do FONAJE, ou seja, para que se possa observar se a posição do FONAJE estava minimamente correta. Tem-se como hipótese que, a partir da construção feita na teoria de Hans Kelsen, na perspectiva do sistema normativo do Brasil, um Enunciado e nada são a mesma coisa. Não há o que se falar em existência de características normativas (novamente, para o caso do Brasil), posto que esses Fóruns Jurídicos não possuem qualquer legitimidade legislativa. No caso do Enunciado n.º 163 do FONAJE, seguindo-se a ideia da estrutura escalonada da ordem jurídica de Hans Kelsen, este estaria em nenhuma das camadas, afinal, os Magistrados integrantes da Diretoria e Comissões do Fórum Nacional de Juizados Especiais não possuem qualquer legitimidade legislativa. Ou seja, o Enunciado n.º 163 do FONAJE não pode ser utilizado como fundamento para impossibilitar a utilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente.

1. HANS KELSEN E A ESTRUTURA ESCALONADA DA ORDEM JURÍDICA (CAPÍTULO QUINTO DA TEORIA PURA DO DIREITO)

Em sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen aborda diversos temas, como a relação entre Direito e moral (capítulo segundo), a questão estática jurídica (capítulo quarto), a relação entre Direito e Estado (capítulo sexto), o Estado e o Direito Internacional (capítulo sétimo), a questão da interpretação (capítulo oitavo), e, dentre outros temas, a dinâmica jurídica (capítulo quinto). O capítulo quinto, em verdade, é uma construção embasada a partir das observações de Hans Kelsen no primeiro capítulo da Teoria Pura do Direito. Isso, pois, no primeiro capítulo da Teoria Pura do Direito, Kelsen enfrenta a temática sobre a natureza do Direito e lá, logo nas páginas iniciais, observa que o Direito seria uma ordem normativa da conduta humana, outrossim, uma sistematização normativa do comportamento humano. Aqui entra a proposta do capítulo quinto da Teoria Pura do Direito, notadamente estruturar esse sistema normativo que é o Direito. “Uma ‘ordem’ é

um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade”. Com a sua estrutura escalonada da ordem jurídica, Kelsen observa que o fundamento de validade da ordem normativa seria a norma fundamental, “da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. (KELSEN, 2015, p. 5/33).

Tem-se, desse modo, que a proposta da estrutura escalonada da ordem jurídica de Kelsen é, senão, “hierarquizar” – afinal, como Kelsen destaca neste ponto da Teoria Pura do Direito: “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” – esse sistema normativo que é o Direito, o que se faz a partir do pilar representado pelo pressuposto lógico-transcendental de validade de todo esse sistema, no caso, a norma fundamental proposta por Kelsen. Essa hierarquia do sistema normativo de Kelsen é composta por algumas “camadas normativas”, as quais, vale frisar, sempre terão a sua fundamentação numa “camada normativa” superiora. (KELSEN, 2015, p. 247).

A questão proposta por Kelsen é que o Direito conta com a particularidade de regular a sua própria criação, o que pode ocorrer de modo que uma norma vá tão somente finalizar o processo pelo qual outra norma é produzida, todavia, há, ainda, a possibilidade de que seja determinado o conteúdo dessa norma a ser produzida. Partindo-se da ideia do caráter dinâmico do Direito explicado por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, “uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela”. Outrossim, é a norma superior que irá regular a produção de determinada norma, por isso, a norma produzida nessa perspectiva será inferior em relação àquela. Aqui está a primeira camada normativa da estrutura proposta do Kelsen, a Constituição. Levando-se em conta a ordem jurídica do Estado, é a Constituição a representação mais elevada do escalão do Direito positivo. “A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significase a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”. Partindo-se do sentido material da Constituição, a produção das

normas jurídicas gerais dentro dessa ordem jurídica estadual contam com o caráter de legislação, de modo que “a sua regulamentação pela Constituição compreende a determinação do órgão ou dos órgãos que são dotados de competência para a produção de normas jurídicas gerais – leis e decretos”. (KELSEN, 2015, p. 246-248).

Há de se destacar que uma característica das Constituições dos Estados modernos é de estabelecer órgãos legislativos especiais, cuja competência seria a produção das normas gerais (abaixo da Constituição) a serem aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas, “por forma tal que, ao escalão da produção constitucional, se segue o escalão legislativo e, a este, o escalão do processo judicial e administrativo” (sendo essa, portanto, a síntese dos escalões de produção das normas da ordem jurídica estadual). Ocorre, no entanto, parafraseando-se a advertência dada por Kelsen, que há a possibilidade de que não haja esses três escalões acima destacados, afinal, haveria a possibilidade de que a Constituição não instituísse “qualquer órgão legiferante especial, por forma a que os tribunais e autoridades administrativas sejam considerados pela Constituição imediatamente competentes para criarem eles próprios as normas que considerem adequadas ou justas para aplicar nos casos concretos”. Ocorre, todavia, que pode uma questão metodológica deste trabalho (até porque em nada agregaria ao objetivo geral), deixar-se-á a questão dos “costumes” à limiar, de modo que se partirá a análise seguinte com base na Constituição do Brasil, ou seja, em que há uma clara delimitação de legitimidade legislativa para a elaboração das leis infraconstitucionais – como será visto no último capítulo deste estudo. Quer-se, desse modo, destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 estabelece de forma clara a competência legislativa ao seu Poder Legislativo (com um processo legislativo bem definido, *vide* art. 59 da Constituição Federal), não se caindo, portanto, nessa hipótese que Hans Kelsen destaca. (KELSEN, 2015, p. 250).

Abaixo da Constituição, tem-se a camada normativa das legislações infraconstitucionais. Como esclarece Kelsen, há uma divisão no escalão da produção de normas gerais que são reguladas pela Constituição, isso, claro, na proposta positiva das ordens jurídicas estaduais (o que se dá em dois ou mais escalões). O enfoque dado na Teoria Pura do Direito refere-se tão somente à distinção acerca da lei e do decreto. “Aqui

poremos em destaque apenas a distinção entre lei e decreto, que é de particular importância onde a Constituição atribua fundamental a produção das normas jurídicas gerais a um parlamento eleito pelo povo, permitindo, porém, a elaboração mais pormenorizada das leis por meio de normas gerais que são editadas” por órgãos da administração. Abaixo da camada acima referida encontram-se as normais individuais, ou seja, aquelas que são provenientes das decisões judiciais e dos negócios jurídicos, como exemplo desse último, os contratos (todavia, como bem esclarece Kelsen, há situações em que podem contar com um caráter de generalidade), bem como, há as normas da administração estadual, as quais regulam as atividades dos agentes público, “impondo-lhes específicos deveres funcionais e conferindo-lhes específicos poderes funcionais”, formando “dentro da ordem jurídica total que regula a conduta de todos os indivíduos que vivem dentro do seu domínio territorial de validade, uma ordem jurídica parcial, a qual constitui uma comunidade parcial que apenas abrange os indivíduos qualificados como funcionários estaduais”. (KELSEN, 2015, p. 255/294).

2. O INSTITUTO DA TUTELA PROVISÓRIA NA PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A PROPOSTA DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Humberto Theodoro Júnior sustenta que a tutela provisória se trata de uma técnica de sumarização viabilizando a melhor distribuição do custo de duração do processo, de modo que não continue a recair sobre a parte que, naquele momento, aparente ser o merecedor da tutela. Outrossim, seguindo-se na proposta do professor mineiro, a essência da tutela provisória mora justamente no quesito tempo de tramitação do processo judicial, ou seja, funciona como uma “arma” destinada a combater eventual ônus que esse quesito possa ocasionar à uma parte. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Assim, o quesito *tempus* influi diretamente para a grande diferença entre uma tutela jurisdicional provisória e uma tutela jurisdicional definitiva, afinal, enquanto a primeira será pautada em cognição sumária, admitindo-se sua modificação, ou até mesmo extinção, a qualquer tempo – contanto que anteriormente à tutela definitiva –, a segunda,

ora tutela definitiva, não poderá ser modificada, *prima facie*, pois fará coisa julgada material. (CUNHA; ZAINAGHI, 2015).

Além disso, mostra-se elementar destacar que o instituto da tutela provisória encontra uma divisão entre tutela provisória de urgência e tutela da evidência, de modo que enquanto na primeira busca-se inibir qualquer dano que a demora na prestação da tutela jurisdicional possa ocasionar, seja por via assecuratória (tutela cautelar) ou via antecipatória (tutela antecipada/tutela satisfativa), ou seja, encontra respaldo numa situação de urgência de um dos jurisdicionados, a segunda busca conceder um direito evidente da parte, ou seja, parte-se da ideia de que há bases seguras para o seu acolhimento. (CUNHA; SCHIO, 2017).

Essa distinção mostra-se ainda mais clara quando da leitura do art. 300 e art. 311, ambos do CPC, os dispositivos que correspondem, respectivamente, à tutela de urgência e à tutela da evidência. Outrossim, enquanto na tutela de urgência, há a necessidade de demonstração de (A) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*) e, concomitante, (B) probabilidade do direito alegado pela parte que a requer (*fumus boni iuris*), na tutela da evidência, é dispensada a demonstração o item (A), ou seja, a tutela da evidência será concedida quando houverem de forma concomitante o item (B) probabilidade do direito alegado pela parte que a requer e requisitos específicos para cada modalidade de evidência que possa a vir ocorrer (cada inciso do artigo 311 do CPC corresponde a um respectivo requisito) – destaca-se que para os fins metodológicos que se espera deste artigo, deixar-se-á a tutela provisória fundada na evidência à limiar e focar-se-á tão somente na subdivisão da tutela provisória fundada na urgência, especialmente na tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.

A tutela provisória fundada no caráter “urgência” conta com mais uma subdivisão, vez que resta dividida noutras duas subespécies, qual seja a tutela antecipada – ou tutela satisfativa – e tutela cautelar, cada qual com objetivos específicos e atuando em campos distintos, afinal, enquanto a tutela de urgência “antecipada” consiste justamente naquilo que se está pleiteando para fins de tutela fim, por sua vez, a tutela de urgência “cautelar” está associada como uma forma de preservar outro direito, *in casus*, o

direito acautelado, o qual é o objeto da tutela satisfativa. Outrossim, por mais que haja uma atuação de cada qual em campos distintos, estão intrinsecamente ligadas. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Além dessa divisão da tutela de urgência em antecipada e cautelar, existe uma outra divisão dentro dessas subespécies que se refere ao momento do requerimento (artigo 300, § 2º, do CPC), de modo que a mesma poderá ser concedida tanto incidentalmente, ou seja, com/após a dedução da ação, quanto antecedentemente, ou seja extemporânea a dedução da própria ação. É justamente essa segunda possibilidade a grande novidade desta espécie (tutela provisória de urgência antecipada).

Nessa perspectiva, e, numa análise concomitante com a disposição do art. 303 do Código de Processo Civil, a carta mestra de diferenciação da tutela antecipada antecedente em relação à tutela antecipada incidental seria o elemento urgência contemporânea à ação judicial, afinal, mesmo demonstrado o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e elementos de evidência da probabilidade do direito, não havendo a demonstração dessa “urgência urgentíssima”, como prefere Theodoro Júnior (2016), a consequência lógica que se tira não seria outra senão do indeferimento da tutela antecipada antecedente. A exemplo dessa subespécie, o professor baiano Fredie Didier Júnior trabalha com um caso hipotético em que um aluno do último ano do ensino médio tenha sido aprovado no vestibular prestado para o curso, *v.g.*, de Direito, porém, a sua formatura do ensino médio ocorrerá apenas após o prazo para inscrição no curso. Nessa perspectiva, caso nenhuma atitude venha a ser tomada, a probabilidade do não ingresso no curso almejado pelo formando é alta. Veja-se, então, que neste exemplo há o preenchimento simultâneo dos três requisitos dispostos no artigo 303 do CPC, em especial da urgência contemporânea à propositura da ação. É a isso que se refere a tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente. (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Mesmo que não sejam raros os casos como esse acima relatados, na perspectiva de um viés prático desse caso, cumprida a decisão concedida em sede de tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, não haveria mais qualquer interesse de ambos os envolvidos naquela relação processual no prosseguimento desse processo, com a conseqüente apresentação dos pedidos e aditamento da peça, de modo

que se cria um mecanismo denominado de *estabilização*. Não há coisa julgada material ou formal, há, porém, a estabilização dos efeitos que emanaram da decisão judicial que concedeu a tutela perseguida, isso com o objetivo de conceder uma “segurança jurídica” ao favorecido pela tutela sumária. (THEODORO JÚNIOR. 2016).

Num outro viés, e se a situação for inversa? Ou seja, há o manifesto interesse em impugnar a decisão que concedeu a tutela sumária dessa subespécie. Nessa linha, qual seria o mecanismo processual pertinente ao caso? Nessa perspectiva, cria-se um dilema doutrinário sobre qual seria o mecanismo processual cabível para impugnar a decisão, se recurso de Agravo de Instrumento, se qualquer manifestação de discordância em relação à decisão, *v.g.*, até mesmo, nessa segunda linha, uma petição intermediária.

Mesmo que uma das características basilares do Código de Processo Civil de 2015 é “simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como por exemplo, o recursal” no objetivo de reduzir a quantidade de recursos nos Tribunais Superiores, e, por conseqüente, aliviar o árduo trânsito nessas instâncias, entende-se que o mecanismo processual a impedir essa estabilização, na proposta do Código de Processo Civil de 2015, seria o recurso de Agravo de Instrumento (art. 304, *c/c* art. 1.015, *inc. I*, do CPC), mesmo que essa posição venha a contrariar a premissa processual da nova codificação aqui destacada. (KOZIKOSKI, 2016; BEDUSCHI; HENCKEMAIER, 2016; AUGUSTO DE ASSIS, 2016).

3. O ENUNCIADO N.º 163 DO FONAJE A PARTIR DA ESTRUTURA ESCALONADA DA ORDEM JURÍDICA KELSENIANA: É POSSÍVEL UTILIZAR A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS (CÍVEIS)?

Caminhando-se para o final deste estudo, o primeiro ponto que se deve partir é que tanto a Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95), quanto o Código de Processo Civil de 2015 (Lei n.º 13.105/2015) se tratam de leis ordinárias. A distinção entre ambas mora no fato do quesito especialidade da primeira em relação ao Código de Processo Civil. De fato, em havendo uma colisão normativa entre uma norma da Lei dos Juizados

Especiais para com uma outra norma do Código de Processo Civil de 2015, deve-se aplicar àquela da Lei n.º 9.099/95, afinal, *lex specialis derogat lex generalis*. *A contrario sensu*, caso fosse a lei especial omissa, adota-se a proposta normativa da lei geral para servir de norte numa determinada situação. Entretanto, aos olhos da situação proposta para este estudo, a questão vai além. Sabe-se que a Lei dos Juizados Especiais nada regula acerca da utilização da tutela provisória antecipada antecedente nesse procedimento especial, aliás, a menos que houvesse uma reforma legislativa após 2015 na referida lei a fim de aditá-la, não poderia, afinal, tal proposta, como destacou-se anteriormente, surge com o próprio Código de Processo Civil de 2015. A questão é que se está utilizando de um Enunciado como critério para impossibilitar a abrangência da lei geral na omissão da lei especial. Nesse sentido, quando o Enunciado n.º 163 do FONAJE dispõe que “os procedimentos de tutela de urgência requeridos em caráter antecedente, na forma prevista nos arts. 303 a 310 do CPC/2015, são incompatíveis com o Sistema dos Juizados Especiais”, a pergunta remanescente é: numa perspectiva hierárquica da estrutura escalonada da ordem jurídica de Hans Kelsen, a ideia contida no referido enunciado está de acordo com a Teoria do Direito? Poderia um Enunciado invalidar a aplicação de uma Lei Ordinária? Mais ainda, os Enunciados do FONAJE contam com algum grau de normatividade para que possam, assim, colidir com o Código de Processo Civil? Eis o problema.

Como destacou-se na parte final do primeiro capítulo deste estudo, a questão proposta por Kelsen é que o Direito conta com a particularidade de regular a sua própria criação, o que pode ocorrer de modo que uma norma vá tão somente finalizar o processo pelo qual outra norma é produzida, todavia, há, ainda, a possibilidade de que seja determinado o conteúdo dessa norma a ser produzida, ou seja, “uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela”. Portanto, é a norma superior que irá regular a produção de determinada norma, por isso, a norma produzida nessa perspectiva será inferior em relação àquela. (KELSEN, 2015, p. 246-247).

Nesse sentido, trabalhando-se com a proposta acima para o caso da ordem jurídica brasileira, considerando-se a proposta estabelecida por Hans Kelsen em sua estrutura

escalonada da ordem jurídica, a primeira camada normativa corresponde, inevitavelmente, à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual, partindo-se da ideia de Kelsen (2015, p. 246-247) sobre o sentido material da Constituição, é “a norma positiva [...] através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”. Ademais, denota-se que a Constituição Federal de 1988 acompanha essa característica apontada por Hans Kelsen acerca das Constituições dos Estados modernos, ou seja, ela estabelece órgãos legislativos, cuja competência seria a produção das normas gerais (ou seja, da legislação infraconstitucional) a serem aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas. Aqui está o ponto que permitirá a análise da situação dos Enunciados. Para o caso do Brasil, com exceção da parcela doutrinária que defende a ideia do sistema de precedentes trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, não há o que se falar em uma lei proveniente de “costumes” (como é o caso da *common law*), afinal, no Brasil há uma clara delimitação de legitimidade legislativa para a elaboração das leis infraconstitucionais.

No Brasil há a adoção da tripartição de Poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), de modo que cada um dos três Poderes da República tem a sua determinada tarefa. Como esclarecem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 788-789), ao Poder Legislativo, cabe legislar e fiscalizar. Assim, vê-se que no Brasil a legitimidade legislativa para a criação de novas normas infraconstitucionais estaduais é, senão, uma incumbência do próprio Poder Legislativo (a tarefa não pertence ao FONAJE, ou ao FONAJEF ou à Jornada de Processo Civil, dentre outros Fóruns Jurídicos). Fazendo-se uma síntese sobre o Poder Legislativo brasileiro, este opera pelo Congresso Nacional, em que há a composição de duas Casas Legislativas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Há a possibilidade de que o Poder Legislativo esteja presente em outros entes da Federação, como é o caso, dos Deputados Estaduais, por meio das Assembleias Legislativas de cada um dos Estados da Federação, bem como, da Câmara de Vereadores de cada Município.

Por questões metodológicas deste estudo, deixa-se de enfatizar as competências comuns dos entes, bem como das concorrentes, de modo a destacar-se unicamente que a Constituição da República Federativa do Brasil delimita em seu art. 22 as matérias que são de competência legislativa privativa do Legislativo da União (Congresso Nacional),

como, por exemplo “I- direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; II - desapropriação; III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”, dentre tantos outros assuntos. Com isso, busca-se evidenciar justamente o apontamento dado por Hans Kelsen: sob a ótica da ordem jurídica brasileira, a Constituição da República Federativa do Brasil delimita não só os legitimados legislativos, bem como as temáticas que cada qual poderá legislar.

Voltando-se para a temática dos Enunciados dos Fóruns Jurídicos do Brasil. Denota-se, a partir da construção feita acima, que, na perspectiva do sistema normativo do Brasil, um Enunciado e nada são a mesma coisa. Não há o que se falar em existência de características normativas (novamente, para o caso do Brasil), posto que esses Fóruns Jurídicos não possuem qualquer legitimidade legislativa. Neste ponto entra uma coluna do Consultor Jurídico do ano de 2017 escrita por Lenio Luiz Streck e Alexandre Morais da Rosa: “Se há três Poderes na República [...], por qual razão um deles, o Judiciário, auxiliado por competentes e ilustres advogados e professores, pensa que pode fazer mais ou melhor do que o legislador? Essa é a resposta que deve ser dada. Simples assim”. A chave de tudo está no fato de que “não se trata nem de órgão jurisdicional, mas sim de reunião eventual de magistrados, sem efeito vinculante, que sequer produzem a fundamentação das pomposas teses despejadas”. (STRECK; ROSA, 2017).

Nessa perspectiva, retornando-se ao caso do exemplo utilizado neste estudo, notadamente o Enunciado n.º 163 do FONAJE, ele estaria em qual das camadas normativas da estrutura escalonada da ordem jurídica? Nenhuma! Obtêm-se tal resposta pelo fato de considerar, a partir da proposta de Hans Kelsen, que os Magistrados integrantes da Diretoria e Comissões do Fórum Nacional de Juizados Especiais, ou seja, o grupo que discordou da aplicação da tutela provisória de urgência antecipada antecedente no procedimento especial da Lei dos Juizados Especiais e aprovou o Enunciado n.º 163 do FONAJE não possuem qualquer legitimidade legislativa. Como viu-se acima, a legitimidade legislativa sobre o tema “processo” (a matéria do Enunciado n.º 163 do FONAJE), é de competência exclusiva da União (art. 22, inc. I, da Constituição Federal de 1988). A disposição da Constituição Federal é clara nesse sentido, não dispondo que, como

querem os Magistrados integrantes da Diretoria e Comissões do Fórum Nacional de Juizados Especiais, “compete privativamente à União [e ao FONAJE] legislar sobre: I – direito [...] processual [...]”.

Tem-se com o Enunciado n.º 163 do FONAJE uma situação *sine qua non*, ou seja, o referido Enunciado não é norma, posto que ao FONAJE não é atribuído qualquer legitimidade legislativa sobre a matéria processual (ou qualquer matéria legislativa). Nesse sentido, portanto, em momento algum o Enunciado n.º 163 do FONAJE desafiou o Código de Processo Civil para que se tivesse um conflito entre normas. O Fórum Nacional de Juizados Especiais poderia ter feito incontáveis Enunciados sobre a temática, no entanto, pelas razões que se invocou neste estudo, em hipótese alguma por esse motivo poderia ter sido deixada a disposição do Código de Processo Civil de 2015 à limiar. O ponto que se deve clarear é que não há a impossibilidade de utilizar a tutela provisória de urgência antecipada antecedente na Lei dos Juizados Especiais!

CONCLUSÃO

Ao fim deste estudo, conclui-se que o Enunciado n.º 163 do FONAJE estaria em nenhuma das camadas normativas da estrutura escalonada da ordem jurídica. Tal observação é obtida pelo fato de considerar, a partir da proposta de Hans Kelsen, que os Magistrados integrantes da Diretoria e Comissões do Fórum Nacional de Juizados Especiais, ou seja, o grupo que discordou da aplicação da tutela provisória de urgência antecipada antecedente no procedimento especial da Lei dos Juizados Especiais e aprovou o Enunciado n.º 163 do FONAJE não possuem qualquer legitimidade legislativa. Como viu-se acima, a legitimidade legislativa sobre o tema “processo” (a matéria do Enunciado n.º 163 do FONAJE), é de competência exclusiva da União (art. 22, inc. I, da Constituição Federal de 1988). A disposição da Constituição Federal é clara nesse sentido, não dispondo que, como querem os Magistrados integrantes da Diretoria e Comissões do Fórum Nacional de Juizados Especiais, “compete privativamente à União [e ao FONAJE] legislar sobre: I – direito [...] processual [...]”.

Tem-se com o Enunciado n.º 163 do FONAJE uma situação *sine qua non*, ou seja, o referido Enunciado não é norma, posto que ao FONAJE não é atribuído qualquer legitimidade legislativa sobre a matéria processual (ou qualquer matéria legislativa). Nesse sentido, portanto, em momento algum o Enunciado n.º 163 do FONAJE desafiou o Código de Processo Civil para que se tivesse um conflito entre normas. O Fórum Nacional de Juizados Especiais poderia ter feito incontáveis Enunciados sobre a temática, no entanto, pelas razões que se invocou neste estudo, em hipótese alguma por esse motivo poderia ter sido deixada a disposição do Código de Processo Civil de 2015 à limiar. O ponto que se deve clarear é que não há a impossibilidade de utilizar a tutela provisória de urgência antecipada antecedente na Lei dos Juizados Especiais!

REFERÊNCIAS

AUGUSTO DE ASSIS, Carlos. A antecipação de tutela e sua estabilização: Novas perspectivas. In: BUENO, Cassio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord.). **Tutela Provisória no Novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BEDUSCHI, Leonardo; HENCKEMAIER, Heidy Santos. Dois temas controvertidos sobre a estabilização da tutela antecipada antecedente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). **Panorama atual do Novo CPC**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CUNHA, Alexandre Luna da; ZAINAGHI, Maria Cristina. Tutela provisória no Novo CPC e antecipação de tutela em ação de despejo. In: **Revista de Processo**. Vol. 248/2015. p. 139-157. Out/2015.

CUNHA, Guilherme Antunes da; SCHIO, Sheila Melina Galski. A estabilização da tutela de urgência no Novo CPC: Aspectos procedimentais e análise crítica. **Revista de Processo**. Vol. 263/2017. p. 259-286. Jan/2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Tutela Provisória**, Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 25 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Y-BSatKLres>>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. II: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal CPC 2015**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Ainda e sempre a discussão acerca do positivismo kelseniano. In: _____. ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado**. n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 109 – 121.

_____; ROSA, Alexandre Moraes da. **Mesmo que a lei seja clara, sempre cabe...um enunciado: bingo!** São Paulo: ConJur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-09/diario-classe-mesmo-lei-seja-clara-sempre-cabeum-enunciado-bingo>>. Acesso em: 1 fev. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum.