

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA

MATHEUS MARQUES BALAN

**A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES COMO BASE PARA A CONCESSÃO DA
TUTELA DA EVIDÊNCIA**

CURITIBA

2021

MATHEUS MARQUES BALAN

**A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES COMO BASE PARA A CONCESSÃO DA
TUTELA DA EVIDÊNCIA**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito, do Centro Universitário
Curitiba.**

Orientador: Ruy Alves Henriques Filho

CURITIBA

2021

MATHEUS MARQUES BALAN

**A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES COMO BASE PARA A CONCESSÃO DA
TUTELA DA EVIDÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Ruy Alves Henriques Filho: _____

Prof. Membro da Banca

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de _____ de 2021.

À Eduardo e Jussara, por tudo – e mais um pouco.

AGRADECIMENTOS

Ter a oportunidade de estudar no Centro Universitário Curitiba e concluir a graduação em Direito é a realização de um sonho. Nesta intensa, mas gratificante jornada, tive ao meu lado diversas pessoas que de uma forma ou de outra me auxiliaram e forneceram o apoio que eu tanto necessitava. Aproveito este momento para agradecê-las.

Agradeço aos meus pais, Eduardo Marcelino Balan e Jussara Cristina Marques Balan, e meus avós, Nemuel Marques e Marionete Moreira Marques, por me tornarem quem eu sou hoje e por me darem tudo que é mais belo e importante nesta vida – amor, carinho, atenção e suporte.

Ao meu irmão, Vinicius Marques Balan, por ser a pessoa mais incrível que este mundo já viu. Com seu carinho e amor, tive forças para seguir adiante e enfrentar os desafios do dia-a-dia. Por você eu faço tudo. Sem você eu nada seria.

À minha namorada, Maithê Mion de Mattos, por ser luz na minha vida. Ao meu lado em toda a trajetória acadêmica, em nenhum momento deixou de me apoiar. Não existem palavras suficientes para agradecer a ti, por isso lhe dedico todo o meu amor, sempre.

A todos os professores que um dia me ensinaram. Toda a educação que tive proporcionou a oportunidade de estar onde estou hoje. O apoio e o incentivo foram fundamentais para que eu acreditasse no meu potencial. Em especial, agradeço aos professores de direito do Centro Universitário Curitiba, ao professor Ruy Alves Henriques Filho pela orientação neste trabalho, à professora Stela Marlene Schwerz pela coorientação e ao professor Eduardo Seino Wiviurka por ser meu mentor e amigo, a quem tenho extrema admiração.

Aos advogados do Lara & Advogados Associados, escritório no qual estagiei desde agosto de 2019 e que me proporcionou um conhecimento prático inigualável. Sou extremamente grato por conviver com profissionais ímpares e que auxiliaram no meu desenvolvimento pessoal e ocupacional, em especial à Dra. Priscila Melo Chagas

Turkot e à Dra. Mariana Hruschka Zeni, por fornecerem uma orientação diferenciada e pelas quais tenho grande respeito e admiração.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a todos os meus amigos, de dentro e fora da faculdade, pelo convívio diário e por serem também responsáveis por esta conquista, pois me ajudaram quando careci de ajuda, fizeram-me rir quando precisei e me deram forças para que continuasse firme. Agradeço especialmente à Ana Karoline de França, Eduardo de Oliveira, Jeriel Vieira Junior, Luana Faria de Queiroz, Luiz Henrique Casagrande, Luke Henrique Mewes, Matheus Carvalho dos Santos, Paolo Fedrigo Rodrigues, Simone Margareth de Carvalho e Willian Negretti Souto – em ordem alfabética, pois são todos igualmente especiais – por serem muito mais que apenas colegas de classe.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a possibilidade de se utilizar outras espécies de precedentes como base para a concessão da tutela provisória da evidência, prevista no artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, que não apenas as hipóteses de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Para tanto, deve-se, primeiramente, analisar a tutela provisória como um todo para, então, aprofundar-se na tutela da evidência, verificando seus pontos mais relevantes e, acima de tudo, a hipótese específica do art. 311, II, CPC. Feito isto, faz-se necessário abordar o tema dos precedentes, a fim de entender as características essenciais que os constituem, bem como a sua valorização na vigência do novo CPC, principalmente no tocante ao diálogo atual entre as tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*, sem se esquecer de relacionar os precedentes com os princípios da segurança jurídica e do livre convencimento motivado do juiz, no intuito de criar uma base suficientemente solidificada para conseguir sustentar posicionamentos dentro do tema proposto. Por fim, levando em consideração todo o arcabouço teórico desenvolvido, como também as possíveis razões que orientaram o legislador a limitar as hipóteses de precedentes no art. 311, II, CPC, e o pensamento de respeitados autores que trabalharam com esta ideia, resta investigar a efetiva utilização dos precedentes judiciais como base para a concessão da tutela da evidência pautada no art. 311, II, CPC, de forma a analisar concretamente a possibilidade de se fundamentar a tutela da evidência em outros precedentes que não aqueles previstos no referido dispositivo legal.

Palavras-chave: Tutela da evidência. Precedentes. Rol exemplificativo do art. 311, II, CPC. Princípio da segurança jurídica. Aproximação entre as tradições jurídicas.

ABSTRACT

The present work aims to verify the possibility of using other kinds of precedents as a basis for granting provisional guardianship of evidence, provided in Article 311, II, of the Brazilian Civil Procedure Code, other than just the hypotheses of a thesis signed in judgment of repetitive cases or in a binding summary. Therefore, it is necessary, first, to analyze the provisional tutelage as a whole, then, to deepen the tutelage of the evidence, verifying its most relevant points, and, above all, the specific hypothesis of art. 311, II, BCPC. Furthermore, it is necessary to address the theme of the precedents, in order to understand the essential characteristics that constitute them, as well as their valorization under the new BCPC, especially with regard to the current dialogue between the civil law traditions and the common law, without forgetting to relate the precedents with the principles of legal certainty and the motivated free conviction of the judge, in order to create a sufficiently solid base to make it able to sustain positions within the proposed theme. Finally, taking into account the entire theoretical framework developed, as well as the possible reasons that guided the legislator to limit the hypotheses of precedents in art. 311, II, BCPC, and the thought of respected authors who worked with this idea, it remains yet to investigate the effective use of judicial precedents as a basis for granting the protection of evidence based on art. 311, II, BCPC, in order to concretely analyze the possibility of basing the protection of evidence on precedents other than those provided in the aforementioned legal provision.

Keywords: Guardianship of Evidence. Precedents. Exemplary list of art. 311, II, BCPC. Principle of Legal Certainty. Approximation between Legal Traditions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 TUTELA DA EVIDÊNCIA	14
2.1 A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	14
2.1.1 Noções gerais	14
2.1.2 Divisão e pressupostos da tutela provisória	17
2.2 A TUTELA DA EVIDÊNCIA	19
2.2.1 Noções iniciais	20
2.2.2 As hipóteses do art. 311 do Código de Processo Civil.....	25
2.2.3 A hipótese específica do artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil.....	32
3 OS PROCEDENTES E A SUA VALORIZAÇÃO COM A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	38
3.1 CONCEITO DE PRECEDENTES.....	38
3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	41
3.2.1 <i>Ratio decidendi</i>	42
3.2.2 <i>Obiter dictum</i>	48
3.3 HISTÓRICO DOS PRECEDENTES.....	50
3.4 O DIÁLOGO ATUAL ENTRE A <i>CIVIL LAW</i> E A <i>COMMON LAW</i>	55
4 PRINCÍPIOS RELEVANTES NA ANÁLISE DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS	59
4.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	59
4.2 O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ.....	66
5 A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO BASE PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA	70
5.1 ANÁLISE GERAL DO ART. 311, II, CPC	70
5.2. AS RAZÕES DO LEGISLADOR PARA LIMITAR AS ESPÉCIES DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ART. 311, II, CPC	72

5.3 A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE O USO DE OUTROS PRECEDENTES COM AS TRADIÇÕES DO DIREITO E OS PRINCÍPIOS ABORDADOS	77
5.4 A EFETIVA UTILIZAÇÃO DE OUTROS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	79
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	88
REFERÊNCIAS.....	92

1 INTRODUÇÃO

Com a chegada do Código de Processo Civil de 2015, ocorreu uma nova conceituação dos institutos ligados à tutela provisória, sendo que uma das mais importantes foi a releitura da “tutela da evidência”, prevista hoje no art. 311, do CPC, a qual, no Código de Processo Civil de 1973, ainda que de forma menos robusta e detalhada, já encontrava previsão nesta linha em seu art. 273, inciso II.

A tutela da evidência, conforme o art. 311, será concedida em quatro hipóteses e, ainda que nenhuma delas, segundo previsão expressa do CPC, necessite da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, a probabilidade do direito deve ser muito alta.

A hipótese prevista no inciso II do referido dispositivo legal informa que a tutela será concedida quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

A primeira parte deste inciso está relacionada com uma questão de fato, na qual deve haver uma comprovação de forma exclusivamente documental sobre as alegações de fato trazidas pela parte reclamante. Esta parte, embora suscite alguns questionamentos e tenha a sua devida relevância, não é a que cativa maior interesse quanto ao presente trabalho.

Por outro lado, a segunda parte do inciso II do art. 311, CPC, afirma que deve haver uma tese que seja firmada, ou em julgamento de casos repetitivos, ou em súmula vinculante. Esta sim desperta grande interesse para os fins propostos neste trabalho.

Em relação a esta segunda parte, ainda que o legislador tenha limitado as hipóteses para a concessão da tutela da evidência tomando como base o caso específico do inciso II do mesmo texto legal, seguindo uma tendência moderna de pensamento da doutrina e do próprio judiciário, inclusive com julgados neste sentido, abre-se uma questão relevante, qual seja, se um precedente, diverso do previsto no inciso supracitado, pode ser utilizado como base para a concessão da tutela da evidência.

Os precedentes estão elencados no atual Código de Processo Civil no artigo 927, sendo que estes devem ser observados pelos juízes e tribunais. O dispositivo legal mencionado é apresentado da seguinte forma:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Este tema e este questionamento se mostram extremamente relevantes, tendo em vista que as hipóteses que o Código de Processo Civil traz não mencionam a utilização de outros precedentes como base suficiente para assegurar a concessão da tutela de evidência, mas que, ainda assim, serviram para que alguns tribunais decidissem desta forma.

Isto demonstra uma mudança de pensamento e de posicionamento muito súbita, principalmente porque em menos de cinco anos de vigência do novo CPC, já há um movimento no sentido de aumentar as possibilidades previstas em seu artigo 311.

A razão para tanto se dá pela tendência de aproximação, cada vez maior, das tradições da *Common Law* para o Brasil, bem como de uma supervalorização de determinados princípios, à exemplo da segurança jurídica, assuntos que serão estudados e desenvolvidos neste trabalho.

Dessa forma, ao pesquisar acerca da possível nova base para concessão da tutela de evidência, pretende-se apresentar ao mundo jurídico um tema de grande relevância e que é extremamente novo e atual, com um estudo aprofundado acerca das razões que levaram a este entendimento doutrinário e jurisprudencial, bem como se ele seria benéfico ou não para o ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, o trabalho se propõe, em um primeiro momento, a analisar a tutela provisória de forma geral – artigos 294 a 311, CPC –, trazendo algumas noções iniciais a seu respeito, como as suas definições, características e outras informações relevantes que possuam uma pertinência para o tema do presente estudo. Após, deve-se fazer uma divisão da tutela provisória, nos termos do Código de Processo

Civil, a fim de identificar pressupostos da tutela de urgência que irão influenciar na tutela da evidência.

Feito isto, passa-se a trabalhar especificamente com a tutela da evidência. Antes, devem ser tecidos alguns comentários gerais sobre este tipo de tutela para, posteriormente, apresentar as quatro hipóteses que fundamentam a sua concessão, dando, com toda razão, um enfoque maior para a hipótese específica do inciso II do art. 311, CPC, a qual é a base para este trabalho.

Tendo concluída esta primeira parte atinente a tutela da evidência, é possível estudar os precedentes judiciais e a sua valorização com o Código de Processo Civil de 2015. Neste capítulo, primeiramente serão apresentados o conceito de precedentes e os seus elementos, a saber, a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. A fim de observar a razão pela qual os precedentes obtiveram uma grande valorização com o Código de Processo Civil de 2015, é preciso também verificar o seu histórico e a relação atual entre a *civil law* e a *common law*.

Seguindo o fluxo de raciocínio, após desenvolvidos os dois grandes institutos deste trabalho – a tutela da evidência e os precedentes judiciais –, é necessário abordar dois dos princípios mais relevantes na análise do sistema dos precedentes judiciais, a fim de criar uma base suficientemente solidificada para conseguir sustentar posições dentro do tema proposto. Para tanto, serão vistos o princípio da segurança jurídica e, após, o princípio do livre convencimento motivado do juiz.

Ao final, levando todo o exposto em consideração, chega-se à análise específica da utilização dos precedentes judiciais como base para a concessão da tutela da evidência, de forma a concatenar todas as ideias apresentadas em um capítulo de reflexão crítica e análise concreta da possibilidade ou não de se fundamentar a tutela da evidência em outros precedentes que não aqueles previstos e elencados no inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil.

Neste último capítulo, portanto, antes de mais nada deve ser revisitado o artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, de forma breve, a fim de apontar os aspectos mais relevantes que serão trabalhados neste capítulo. Depois, deve-se tentar entender e observar quais foram as razões do legislador para limitar as formas de precedentes judiciais no referido dispositivo legal.

Por fim, passa-se a tratar da relação existente entre o uso de outros precedentes com as tradições do direito e os princípios abordados, a fim de, abordadas e desenvolvidas todas estas questões, questionar a efetiva utilização de

outros precedentes judiciais como fundamento apto a embasar a concessão da tutela da evidência. Lembrando-se sempre que a intenção nunca será a de esgotar a discussão sobre o tema, mas de apenas discutir e realizar uma reflexão acerca dele, a fim de trazer novos argumentos e ideias que possam contribuir e agregar ao mundo jurídico e acadêmico.

2 TUTELA DA EVIDÊNCIA

2.1 A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 decidiu adotar o termo “tutela provisória” para tratar do instituto que será visto neste capítulo do trabalho, ao denominar o Livro V, que aborda esta matéria, desta forma. A tutela provisória está prevista entre os artigos 294 e 311 do CPC.

Em um primeiro momento, mostra-se necessário realizar uma abordagem geral sobre a tutela provisória, de forma resumida, para tratar tão somente dos pontos mais relevantes, com suas definições, características e outras informações, que tenham pertinência direta ou indireta com o tema do presente trabalho, para, posteriormente, fazer uma divisão da tutela provisória, a fim de identificar as suas espécies, conforme dispõe o CPC.

Com isso, poderão ser identificados e debatidos os pressupostos de uma dessas espécies, qual seja, a tutela de urgência, uma vez que terão importância significativa para a análise da tutela da evidência, tema de maior relevância para o presente trabalho.

2.1.1 Noções gerais

Antes de mais nada, fundamental informar que tutela pode ser entendida como a proteção fornecida pelo Estado a todos os direitos previstos dentro de um ordenamento jurídico. Sobre a conceituação de tutela, Luiz Guilherme Marinoni¹ fornece considerável contribuição, ao dizer que tutela “é a proteção que o Estado deve dar aos direitos, seja mediante normas (tutela normativa), atividades fático-administrativas (tutela administrativa) ou mediante decisões judiciais (tutela jurisdicional)”.

A tutela que mais nos interessa ao presente estudo é a denominada tutela jurisdicional. Acerca desta tutela, é de grande valia o ensinamento de Rogéria

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 41.

Fagundes Dotti², ao dizer que “tutela jurisdicional consiste em uma das formas de tutela dos direitos, mais especificamente na resposta do Estado, após a provocação do suposto titular de algum direito material”.

A tutela dos direitos, por sua vez, entendida aqui de uma forma ampla, difere-se da técnica processual utilizada para viabilizá-la. Como explica Dotti³, a tutela dos direitos

consiste na ajuda ou amparo que, por obra dos juízes, ministra-se a quem tem razão em um processo. Daí porque, nessa mesma visão, só é merecedor da tutela aquele litigante cuja pretensão esteja assegurada pelo direito material. Verdadeiramente, tutela significa o *resultado jurídico-substancial do processo*, isto é, a repercussão que a prestação jurisdicional causa no plano material dos direitos.

Por outro lado, a técnica processual é um meio para a obtenção da tutela, isto é, ela fornece as condições para que a tutela dos direitos se concretize. Embora distintas, tutela dos direitos e a técnica processual aplicada possuem íntima relação, uma vez que a “efetividade da primeira depende da existência e adequação da segunda”⁴.

Feitas essas primeiras definições, é importante destacar que a Constituição Federal, ao elencar como garantia fundamental a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF⁵), e como direito fundamental a proteção jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF⁶), está propondo garantir a todos uma tutela adequada, efetiva e tempestiva⁷.

Para que a tutela seja prestada desta forma, tem de se levar em consideração que nem sempre o resultado prático pretendido poderá ser obtido ao final do processo.

² DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da Evidência**: Probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 164.

³ *Ibid.*, p. 165.

⁴ *Ibid.*, p. 166.

⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” *in* BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

⁶ “[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” *in* BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 2, p. 860.

Dessa forma, é necessário que o ordenamento jurídico preveja mecanismos que sejam aptos a conservar condições para que este resultado possa futuramente ocorrer ou para adiantar tal resultado⁸.

Este mecanismo, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, aparece na figura do instituto da tutela provisória, que, nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier⁹, serve para

(a) debelar situações de perigo na demora; ou (b) redistribuir o ônus do tempo da tramitação processual, quando há grande evidência da razão do demandante, embora o juiz ainda não tenha reunidos elementos suficientes para o julgamento definitivo de procedência.

Em outras palavras, conforme explica Fredie Didier Jr.¹⁰, ao tentar minimizar os efeitos negativos que o tempo pode influir no processo, “o legislador instituiu uma importante técnica processual: a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida (seja satisfativa, seja cautelar)”.

Porém, antes de adentrar às características da tutela provisória, até mesmo para uma melhor compreensão, faz-se necessário informar que a tutela jurisdicional ofertada pelo Estado pode ser definitiva ou provisória. A segunda, como já visto, “é a tutela que se pretende definitiva concedida após cognição sumária”¹¹.

A tutela definitiva, que pode ser satisfativa ou cautelar, conforme explica Didier Jr.¹²

é aquela obtida com base em *cognição exauriente*, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica.

Enquanto a tutela definitiva satisfativa possui como objetivo a certificação ou a efetivação do direito material, com a entrega do bem da vida almejado, a tutela

⁸ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 860-861.

⁹ *Ibid.*, p. 861.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, v. 2, p. 653-654.

¹¹ *Ibid.*, p. 647.

¹² *Id.*

definitiva cautelar não visa satisfazer um direito de forma imediata, mas sim assegurar a sua futura satisfação. Marinoni¹³, na mesma toada, entende que para

que seja possível a realização da tutela satisfativa do direito, pode ser necessário alçar-se mão da *tutela cautelar* – que visa a *assegurar* que a tutela satisfativa possa *futura e eventualmente ocorrer*. Existe direito à satisfação dos direitos e existe direito à sua asseguaração – que é um *direito referível* àquele. Isso quer dizer que a técnica processual tanto pode levar à prestação da tutela satisfativa como à prestação da tutela cautelar. *É nesse sentido que o legislador refere que a tutela provisória de urgência pode ser satisfativa (antecipada) ou cautelar* (art. 294, parágrafo único).

Ultrapassada esta questão e tendo como base o exposto acima é possível resumir as características essenciais da tutela provisória em três, quais sejam, a sua cognição ser sumária, a precariedade e a inaptidão de se tornar indiscutível pela coisa julgada, as quais são expostas e trabalhadas por Didier Jr.¹⁴.

Com isso, parte-se para a análise da divisão da tutela provisória, conforme procedimento e regras indicados pelo Código de Processo Civil, entre os seus artigos 294 e 311.

2.1.2 Divisão e pressupostos da tutela provisória

Em relação ao fundamento da tutela provisória, ela pode ser dividida em urgência ou evidência, como dispõe o *caput* do art. 294, CPC, *in verbis*: “Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”. A tutela de urgência, espécie de tutela provisória, pode se subdividir, ainda, em cautelar ou antecipada.

A tutela de urgência, para ser concedida, necessita da presença de dois pressupostos cumulativos, quais sejam, a probabilidade do direito – o *fumus boni iuris*

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 2, p. 209.

¹⁴ “A tutela provisória é marcada por três características essenciais: a) sumariedade da cognição, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade; b) a precariedade. A princípio, a tutela provisória conservará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário (art. 296, parágrafo único, CPC). Mas ela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 296, caput, CPC). A revogação ou modificação de uma tutela provisória só pode dar-se, porém, em razão de uma alteração do estado de fato ou de direito ou do estado de prova – quando, por exemplo, na fase de instrução, restarem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizaram a concessão da tutela. C) e, por ser assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória é inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada”, DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 654-655.

– e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional – o *periculum in mora* –, seja pelo perigo de dano ou pelo risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300, CPC: “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Sendo assim, a tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipada, obrigatoriamente terá que demonstrar a existência destes dois pressupostos no caso concreto para poder ser deferida. Este é o entendimento natural da leitura do Código, bem como de alguns dos maiores doutrinadores brasileiros, à exemplo de Marinoni¹⁵, Didier Jr.¹⁶ e Wambier¹⁷.

Ainda, conforme já explanado, a tutela de urgência pode ser antecipada (satisfativa) ou cautelar. A primeira vai antecipar provisoriamente a satisfação do direito afirmado, isto é, de acordo com Didier Jr.¹⁸, ela “antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado” e, assim, adianta-se “a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida”.

A tutela de urgência cautelar, por sua vez, vai antecipar apenas a cautela do direito afirmado, ou seja, adianta-se a cautela a determinado direito, a fim de garantir a sua futura e eventual satisfação¹⁹.

Analisada, ainda que de forma extremamente sucinta, a tutela provisória de urgência, passar-se-ia ao estudo da tutela provisória da evidência. Todavia, como esta é o objeto principal do presente trabalho, será vista em separado no próximo tópico, a fim de trazer maiores e mais relevantes observações a seu respeito.

Já em relação à forma de requerimento, a tutela provisória de urgência, tanto antecipada quanto cautelar, pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental – conforme a inteligência do parágrafo único do art. 294, CPC, que diz: “Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental” –, enquanto que a tutela da evidência só pode ser requerida em caráter incidental.

O requerimento terá caráter antecedente quando a parte autora de um processo, na petição inicial, formula simplesmente um pedido referente à tutela de

¹⁵ MARINONI, 2017, p. 127-131. Ainda, MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 212.

¹⁶ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 658.

¹⁷ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 861.

¹⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 655.

¹⁹ *Id.*

urgência. Neste caso, o pedido principal, isto é, o pedido da tutela jurisdicional definitiva, fica para um momento posterior, sendo assim, é um requerimento anterior à formulação do pedido de tutela definitiva. Conforme explica Didier Jr.²⁰, a

situação de urgência, já existente no momento da propositura da ação, justifica que o autor, na petição inicial, limite-se a requerer a tutela provisória de urgência. No mais, incumbe-lhe simplesmente:

- i) se a tutela requerida for provisória satisfativa (“antecipada”), indicar o pedido de tutela definitiva (“final”), com a exposição sumária da causa de pedir, do direito que se busca *realizar* e do perigo da demora;
- ii) ou, se a tutela requerida for provisória cautelar, expor sumariamente a causa de pedir, o direito que será objeto do pedido de tutela definitiva (direito acautelado) e satisfativa (“pedido principal”) e o perigo da demora (art. 305, CPC).

Por sua vez, o requerimento da tutela de urgência poderá ter caráter incidental, quando for feito dentro de um processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva. Em outras palavras, quando o processo relativo ao pleito de tutela principal já está em curso, o requerimento terá caráter incidental. Isto significa dizer que é um requerimento contemporâneo ou posterior à formulação do pedido de tutela definitiva, pois o interessado pode ingressar com um processo pleiteando tutelas provisórias e definitiva desde o início, ou então pode ingressar com um processo em que se pleiteia apenas a tutela definitiva e, posteriormente – no curso do processo –, requerer a tutela provisória²¹.

Sendo assim, em relação à divisão quanto à forma de requerimento, tem-se que esta classificação de ser requerida em caráter antecedente ou incidental está levando em conta uma comparação do momento de formulação do pedido de tutela provisória com o momento em que o pedido de tutela definitiva é feito.

Com isso, restam demonstradas, ainda que concisamente, as principais características, definições, divisões e outras informações relevantes a respeito da tutela provisória de uma forma geral, pelo que se parte à análise em específico da tutela da evidência.

2.2 A TUTELA DA EVIDÊNCIA

Analisar-se-á, nesta parte, a tutela da evidência em particular. Primeiramente, insta tecer alguns comentários gerais e iniciais sobre este tipo de tutela, a fim de criar

²⁰ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 660.

²¹ *Id.*

uma base suficiente para, na sequência, conseguir trabalhar com as quatro hipóteses previstas no art. 311 do Código de Processo Civil, examinando-as uma a uma, mas dando um enfoque privilegiado à hipótese do inciso II do supracitado dispositivo legal, uma vez que é sobre ele que recai maior significância para os fins propostos no presente trabalho.

2.2.1 Noções iniciais

A tutela da evidência, para os fins deste trabalho, está prevista neste Código de Processo Civil de 2015 em um único artigo, o 311, e não é uma novidade no mundo jurídico, nem mesmo no ordenamento jurídico brasileiro. O Código de Processo Civil de 1973, ainda que de forma menos robusta e detalhada, já previa algo nesta linha em seu art. 273, inciso II.

Quando se fala em tutela da evidência, é fundamental que se perceba que é no sentido de técnica processual, uma vez que a evidência é um fato jurídico processual e não um tipo de tutela jurisdicional e, por ser assim, pode ser tutelada em juízo ou, em outras palavras, é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela²².

Nesta toada, é possível afirmar que “qualquer espécie de tutela jurisdicional, encarada como resultado prático da decisão, pode, em tese, ser beneficiada por essa técnica. Assim, a evidência pode servir às tutelas definitivas ou ‘provisórias’”²³. Isto é, a tutela da evidência, enquanto técnica processual, pode ser aplicada em conjunto com outra espécie de tutela provisória. Nesta situação, a tutela da evidência poderá ter natureza assecuratória ou satisfativa, a depender da outra tutela que foi requerida conjuntamente.

Posto isto, desde logo é fundamental saber o que é evidência, ou melhor, o que são direitos evidentes. Podem ser considerados como direitos evidentes, ou seja, aptos para embasar a concessão da tutela da evidência requerida, aqueles direitos em que não há a necessidade de uma instrução processual para se perceber que o direito pleiteado existe, ou tem fortes indícios neste sentido. Mas, para isso, não basta apenas a probabilidade da sua existência; é necessário que haja uma fragilidade na defesa do réu.

²² DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 710-711.

²³ *Ibid.*, p. 711.

É exatamente por este caminho que Dotti²⁴ trilha o seu raciocínio, quando expõe que os “direitos evidentes são aqueles que podem ser percebidos, independentemente da necessária continuidade da instrução processual, diante da probabilidade de sua existência aliada à fragilidade, presente ou pressuposta, da defesa do réu”.

Em uma conceituação mais aprofundada do que seriam estes direitos evidentes, apresentada também por Dotti²⁵, tomando como base o pensamento de Marinoni, ela traz outros elementos importantes que auxiliam na construção do que seria a própria tutela da evidência, ao dizer que

um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo. Isso significa que o que caracteriza os direitos evidentes é justamente a percepção de sua existência. Tal percepção decorre de dois fatores conjugados: a probabilidade de um lado e a fragilidade da defesa de outro. Portanto, para a aplicação da tutela da evidência, é necessário o elemento da defesa frágil, inconsistente. Observe-se que essa fragilidade pode já estar demonstrada nos autos (por uma contestação inconsistente, por exemplo) ou ser pressuposta pelo legislador, diante das peculiaridades da relação de direito material. [...]

A evidência se refere à probabilidade da alegação feita em juízo, aliada à fragilidade da defesa. *Evidente significa claro, patente, óbvio.* Os direitos evidentes são aqueles que carreguem em si a alta probabilidade de reconhecimento judicial futuro, independentemente de sua natureza ou da relação jurídica de direito material em que estejam inseridos. Nesse passo, a tutela da evidência consiste na técnica especial (mais célere, antecipada em relação à final) que se aplica àquelas situações em que a probabilidade de a parte requerente estar com a razão se alia à defesa inconsistente apresentada pelo réu.

Nesta passagem, verifica-se que Dotti segue a mesma linha utilizada por Didier Jr., como já comentado, de que a tutela da evidência é uma técnica processual. Este, inclusive, também é o pensamento de Marinoni²⁶, como possível de perceber quando ele comenta sobre o objetivo desta tutela, ao dizer que o Código de Processo Civil de 2015 “instituiu uma técnica processual destinada a viabilizar a tutela do direito do autor quando os fatos constitutivos do direito são incontroversos ou evidentes e a defesa é infundada, e, portanto, quando o exercício da defesa pode ser visto como um abuso”.

Pois bem, quanto ao objetivo da tutela da evidência em específico, Marinoni²⁷ ainda diz que “tal técnica de tutela jurisdicional destina-se a viabilizar a distribuição do ônus do tempo do processo”. Isto significa dizer que a tutela da evidência pode ser

²⁴ DOTTI, 2020, p. 89.

²⁵ *Ibid.*, p. 89, 91-92.

²⁶ MARINONI, 2017, p. 276.

²⁷ *Id.*

entendida como uma forma de equilibrar melhor, baseado num ideal de isonomia, o ônus que o tempo do processo causa às partes, retirando do requerente o peso do tempo do processo que recaía exclusivamente sobre ele.

Esta é a ideia de entender o tempo do processo como um ônus, que deve, necessariamente, ser distribuído entre as partes. Este entendimento é trazido também por Bruno da Rós Bodart²⁸, quando, ao expor sobre o conceito de tutela da evidência, diz que ela é “a técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo”. Por ser assim, esta técnica seria “consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo”.

Marinoni²⁹ explica de forma ampla e completa exatamente como funciona a lógica por trás da distribuição do ônus do tempo do processo entre as partes, senão veja-se,

no processo de conhecimento clássico – destituído de tutela antecipatória –, o tempo do processo é suportado unicamente pelo autor, independentemente das particularidades da situação de direito material e do caso litigioso. Isso certamente não é justo nem está de acordo com a necessidade de se prestar tutela jurisdicional adequada às pessoas. O tempo do processo não pode prejudicar o autor e beneficiar o réu, já que o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de, além de tutelar de forma pronta e efetiva os direitos, tratar os litigantes de forma isonômica.

É possível distribuir o tempo do processo através dos procedimentos especiais, elaborados a partir das técnicas da cognição. [...]

Porém, tratando-se do procedimento comum, não há outra alternativa a não ser inserir no seu interior uma técnica capaz de permitir a distribuição do tempo do processo, como se fez pela primeira vez no direito brasileiro mediante o art. 273 do CPC/73. A distribuição do ônus do tempo no procedimento comum é imprescindível para a democratização do processo civil, pois evita que o tempo seja tratado de forma diferenciada apenas diante dos procedimentos especiais, que, como o próprio nome indica, preocupam-se apenas com situações especiais, esquecendo que a questão da distribuição do tempo é vital diante *de toda e qualquer situação litigiosa concreta*. [...]

Para que impere a igualdade no processo é preciso que o tempo seja isonomicamente distribuído entre os litigantes. O tempo deve ser repartido no procedimento de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado. Esta probabilidade está associada à evidência do direito do autor e à fragilidade da defesa do réu. Quando o direito do autor é evidente e a defesa do réu carece de seriedade, surge a tutela da evidência como técnica de distribuição do ônus do tempo do processo, pois de outra forma uma *defesa abusiva* estará protelando a tutela jurisdicional do direito.

²⁸ BODART, Bruno da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2015, p. 111 *apud* DOTTI, 2020, p. 92.

²⁹ MARINONI, 2017, p. 277-279.

Sendo assim, a tutela da evidência está efetivamente destinada à uma redistribuição do ônus do tempo do processo entre as partes de forma mais justa e isonômica. Segue este mesmo entendimento quanto ao objetivo da tutela da evidência Didier Jr.³⁰, ao expor que seu

objetivo é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão de tutela definitiva. Isso é feito mediante a concessão de uma tutela imediata e provisória para a parte que revela o elevado grau de probabilidade de suas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência – mesmo após uma instrução processual.

Ainda, Wambier³¹ também entende desta forma, perceptível quando ele expõe que as

hipóteses de tutela antecipada previstas no art. 311, não se destinam a debelar propriamente perigo de dano. Prestam-se, em vez disso, a permitir a eventual redistribuição do ônus da demora do processo. Em outros termos, aplicam-se a casos em que a probabilidade de que o autor tenha razão no que pede é tão mais alta – ou seja, há a seu favor uma verossimilhança tão mais intensa –, que se constata ser um gravame desproporcional ao autor ter de arcar com peso da demora do processo.

Dito isto, percebe-se que a tutela da evidência, portanto, é orientada e busca fundamento, antes de mais nada, em princípios constitucionais e infraconstitucionais. Tem-se, aqui, a aplicação de uma vasta gama de princípios, como o da isonomia (art. 5º, *caput*, CF³²), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF³³ e também art. 4º, CPC³⁴), da efetividade (art. 6º, CPC³⁵), da eficiência (art. 37, CF³⁶), do

³⁰ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 711.

³¹ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 898.

³² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” in BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

³³ “[...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” in BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

³⁴ “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” in BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

³⁵ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” in BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

³⁶ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,

contraditório (art. 5º, LV, CF³⁷), do devido processo legal (art. 5º LIV, CF³⁸) e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF³⁹), como precisamente Dotti⁴⁰ nos informa.

Por fim, não há como se confundir a tutela da evidência com a tutela de urgência, visto que, para a sua concessão é exigida, além da fragilidade, presente ou pressuposta, da defesa do réu, apenas a probabilidade de existência do direito – *fumus boni iuris* – que, nesse caso, deve se mostrar de forma extremamente provável, isto é, o *quantum* de prova cabível neste recipiente é consideravelmente maior do que nos demais tipos de tutelas provisórias, por se ter aqui uma necessidade da probabilidade do direito do requerente ser vasta.

Assim, por ser exigido apenas o *fumus boni iuris*, a tutela da evidência se distancia da tutela de urgência, uma vez que não há a necessidade da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo – *periculum in mora* –, como exige a tutela cautelar e antecipada, nos termos do *caput* do art. 311, CPC, *in verbis*, “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...]”, ainda que com ressalvas, como adiante se fará.

Finda a apresentação dos pontos introdutórios mais relevantes para um entendimento suficientemente completo da tutela da evidência para os fins propostos por este trabalho, passa-se então à exposição das hipóteses de concessão desta tutela com base no art. 311, CPC.

moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” *in* BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

³⁷ “[...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” *in* BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

³⁸ “[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” *in* BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

³⁹ “[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” *in* BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

⁴⁰ DOTTI, 2020, p. 90.

2.2.2 As hipóteses do art. 311 do Código de Processo Civil

A tutela da evidência é prevista, principalmente, no art. 311, CPC. É dito desta forma porque o Código de Processo Civil prevê outras hipóteses de tutela da evidência em procedimentos especiais, como é o caso da tutela provisória satisfativa da ação possessória (art. 562, CPC⁴¹), da antecipação de uso e fruição de bem na partilha (art. 647, parágrafo único, CPC⁴²), dos embargos de terceiro (art. 678, CPC⁴³) e da ação monitória (art. 700, CPC⁴⁴), além de que existem previsões em leis extravagantes, como no caso da ação de despejo (art. 59, §1º, Lei nº 8.245/1991⁴⁵) e das ações revisionais de aluguel (art. 58, II, Lei nº 8.245/1991⁴⁶).

⁴¹ “Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada” *in* BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

⁴² “Art. 647. Cumprido o disposto no art. 642, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, formulem o pedido de quinhão e, em seguida, proferirá a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário. Parágrafo único. O juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos” *in* BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

⁴³ “Art. 678. A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido” *in* BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

⁴⁴ “Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz: I - o pagamento de quantia em dinheiro; II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel; III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer” *in* BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

⁴⁵ Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário. § 1º Conceder - se - á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: [...]” *in* BRASIL. **Lei de Locações**. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 01 de setembro 2020.

⁴⁶ “Art. 58. Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar - se - á o seguinte: [...] II - é competente para conhecer e julgar tais ações o foro do lugar da situação do imóvel, salvo se outro houver sido eleito no contrato” *in* BRASIL. **Lei de Locações**. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 01 de setembro 2020.

Todavia, para os fins deste trabalho, serão consideradas aqui apenas as hipóteses previstas no art. 311, CPC. Observe o que dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Desta forma, o art. 311, CPC, apresenta quatro hipóteses que possuem o condão de embasar a concessão da tutela da evidência. Porém, antes de destrinchá-las, faz-se necessário informar que o rol elencado pelo legislador não pode ser visto como taxativo, mas meramente exemplificativo. Esta é a posição majoritária da doutrina brasileira.

Dotti⁴⁷, ao dispor sobre o assunto, à título de exemplo, afirma que “se tem questionado a respeito da natureza do rol do artigo 311 do Código de Processo Civil brasileiro, que disciplina a tutela da evidência. Não se pode, contudo, admitir a taxatividade para essa técnica de antecipação de direitos”.

A justificativa para esta afirmação se encontra, principalmente, na premissa de que todos os direitos considerados evidentes merecem um tratamento diferenciado, pela própria razão que fundamenta a criação desta técnica processual. A ideia por detrás disso é que todo direito cuja existência se mostra altamente provável merece ser satisfeito desde logo. Consequência lógica, se isto for verdade, como aparentemente o é, não é possível considerar que o legislador simplesmente escolheu, de forma aleatória, algumas situações específicas. Ora, como dito logo acima, inclusive existem hipóteses previstas fora do rol do art. 311, CPC, tanto no próprio Código de Processo Civil quanto em legislações extravagantes⁴⁸.

⁴⁷ DOTTI, 2020, p. 306.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 309.

Posto isto, a primeira hipótese prevista no art. 311, inciso I, CPC, diz respeito à situação em que “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”. Isto é, a tutela da evidência deve ser concedida sempre que a defesa do réu seja frágil diante de robustos argumentos e provas trazidos pelo autor em sua petição inicial. Em outros termos, é a ideia do réu ter apresentado uma defesa inconsistente.

O primeiro ponto a ser levantado é que os termos utilizados pelo legislador são conceitos indeterminados, logo, o seu preenchimento deve ser feito pelo juiz de forma casuística. Como expõe Marinoni⁴⁹, por se tratar de conceito jurídico indeterminado, “cabe tutela da evidência quando, em qualquer coisa, o juiz puder declarar, diante da evidência do direito e da inconsistência da defesa, que o seu exercício, ao exigir instrução dilatária, constitui um abuso”.

Ainda que se trate de conceitos indeterminados, Dotti⁵⁰ apresenta algumas considerações extremamente relevantes e necessárias de serem trazidas à baila sobre o tema. Segundo a autora, o

abuso manifesta-se no âmbito do processo mediante atos por aquele que tem uma faculdade para agir, porém, dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou desviar a correta apreciação judicial, causando embaraço ao resultado justo da prestação jurisdicional. Em outras palavras, a defesa é abusiva quando deixa de manter uma relação instrumental apropriada entre o ato processual e os fins ou efeitos dele extraídos.

Considera-se também abusiva aquela defesa não séria. [...]

A ideia de fragilidade das alegações constitui uma forma de definição da defesa abusiva, mas não é por si só suficiente. O abuso se caracteriza não apenas pela resposta frágil do réu, que deduz argumentos inaplicáveis ao caso concreto, mas pela clara tentativa de se valer do processo para protelar a solução final.

Importante lembrar que o ato abusivo se reveste de uma aparência de legalidade, mas implica um uso anormal ou incorreto das situações subjetivas (faculdades, poderes, deveres e ônus) conferidos ao sujeito processual. O desvio de finalidade, portanto, constitui o cerne da noção de abuso processual.

Dito isso, Didier Jr.⁵¹ elenca alguns fatores que devem estar presentes para que a tutela da evidência seja concedida. Para ele, de um lado, “é necessário que haja verossimilhança das alegações e probabilidade de acolhimento da pretensão”. De outro, “observa-se uma fragilidade da manifestação da outra parte – que emprega argumentos e meios processuais abusivos, apresenta defesa despida de seriedade –

⁴⁹ MARINONI, 2017, p. 333.

⁵⁰ DOTTI, 2020, p. 238-240.

⁵¹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 717.

, o que conduz, não raro, ao indeferimento das provas por ele requeridas”, seja por serem inúteis ou meramente protelatórias.

Sobre a sua concessão, Wambier⁵² dispõe que, nas situações em que a defesa do réu “não é ‘séria’ – para usar expressão adotada em leis estrangeiras –, se não é consistente, isso vem a reforçar o juízo de verossimilhança – autorizando a tutela antecipada”.

À título de conclusão desta primeira hipótese, relevante o apontamento feito por Marinoni⁵³, de que “o inciso I do art. 311 deve ser visto como uma regra geral de democratização do processo – que viabiliza técnica processual idônea a toda e qualquer situação de direito substancial”.

Por sua vez, a hipótese prevista no inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil é a que diz ser concedida a tutela da evidência quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Esta é a hipótese principal do presente trabalho, razão pela qual ela será analisada e discutida em tópico específico (2.2.3), não sendo necessário fazer comentários por hora.

Sendo assim, passa-se à terceira hipótese prevista no art. 311, CPC, referente ao inciso III deste dispositivo legal, a qual afirma que a tutela da evidência será concedida 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”.

Esta hipótese veio como uma forma de compensação pela extinção da ação de depósito, que era prevista mediante um procedimento especial no Código de Processo Civil de 1973, pois não sendo mais possível a imposição da pena de prisão civil ao depositário infiel, por conta da Súmula 25 do Supremo Tribunal Federal, a ação de depósito se tornou inútil.

O objetivo desta previsão é “assegurar uma resposta jurisdicional célere àquele que pretende a restituição de coisa depositada em poder de outrem”⁵⁴, sendo que, conforme explica Dotti⁵⁵, a base para sua concessão

reside nas peculiaridades da relação de direito material. Não se trata de uma questão de distribuição do ônus do tempo em virtude da disparidade de situações probatórias das partes, mas sim de uma aceleração do

⁵² WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 898.

⁵³ MARINONI, 2017, p. 334.

⁵⁴ DOTTI, 2020, p. 267.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 268.

procedimento para aquele que é detentor de um direito especialmente previsto na legislação. Com efeito, por força da lei civil, o vínculo contratual é rompido no momento em que é feito o pedido de restituição. Logo, o depositário tem o dever de entrega do bem, sob pena de caracterização de esbulho. Nesse caso, a especificidade da relação jurídica de direito material autorizou o legislador a prever uma tutela diferenciada.

Aquele que detém prova escrita do contrato de depósito tem a possibilidade, inclusive, de obter a concessão liminar da tutela da evidência. Verifica-se nessa situação uma evidência *a priori*, fixada pelo próprio legislador em virtude da natureza da relação de direito material.

Tal liminar está autorizada justamente em virtude da peculiaridade do direito material, a qual leva a uma antevisão da evidência pelo legislador. Basta aqui a prova escrita do depósito e da não restituição do bem, ou seja, da mora.

Quanto ao pressuposto necessário para a concessão desta medida, Didier Jr.⁵⁶ arrola “a demonstração das alegações de fato, que se deve aperfeiçoar, precisamente, por ‘prova documental adequada do contrato de depósito’”. Porém, somente isso não é suficiente, pois a fim de que seja concluído pela “probabilidade de acolhimento da pretensão processual é necessário que se configure a mora *ex re*, com advento do termo certo, ou a ocorrência de mora *ex persona*, mediante prova documental da interpelação respectiva, se o réu ainda não foi citado”⁵⁷.

Ainda, importante informar que, neste caso, “só é cabível a tutela provisória quando houver necessidade de continuidade da instrução. Caso o réu não requeira nenhuma outra prova, o caso será de julgamento antecipado e não de tutela da evidência”⁵⁸.

Inclusive, este é o entendimento de Marinoni⁵⁹, que comenta até de maneira mais crítica quanto a esta hipótese prevista no inciso III do art. 311, CPC. Para ele, também se faz necessária a instrução dilatória. Isso é extraído quando ele enuncia que

o inciso III não faz qualquer indicação a prosseguimento do processo e a defesa de mérito infundada. Ora, a demora do processo e a resistência destituída de seriedade são imprescindíveis para pensar em tutela da evidência. Portanto, há que se interpretar o inciso III do seguinte modo: além da prova documental do contrato de depósito e da incontrovérsia sobre a mora, há de se ter defesa de mérito indireta infundada que requeira instrução dilatória. Se esta instrução não é necessária, o caso é de julgamento antecipado do mérito. Ora, se os fatos constitutivos estão evidenciados e não há alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos que exijam tempo do processo, a solução obviamente está no julgamento antecipado, não havendo qualquer motivo para cogitar de tutela da evidência.

⁵⁶ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 722.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ DOTTI, 2020, p. 269.

⁵⁹ MARINONI, 2017, p. 336-337.

Por fim, o art. 311, CPC, traz ainda a hipótese do inciso IV, na qual a tutela da evidência deverá ser concedida 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”.

Antes, importante lembrar que em todas as hipóteses do supracitado artigo é necessária uma grande probabilidade do direito do autor, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, aliada à hipótese específica de cada inciso.

A situação prevista nesta hipótese é aquela em que o autor já apresentou provas suficientes de que possui o direito que alega ter, enquanto que o réu oferece uma defesa considerada frágil.

Ressalta-se, em toda hipótese que a tutela da evidência parece ser cabível, deve-se sempre observar, além da prova, a fragilidade da defesa do réu. Nesse sentido, Wambier⁶⁰ expõe que

o juízo de probabilidade necessário à concessão da medida não é dado simplesmente pela prova documental produzida, mas sim pelo contraste entre essa prova e a atuação instrutória do adversário. Assim, elementos probatórios que, por si sós, talvez não fossem suficientes para a formação de um juízo de verossimilhança, adquirem maior idoneidade, no contexto processual, diante do silêncio ou inconsistência da reação do adversário.

Aqui, na mesma linha da hipótese anterior, prevista no inciso III, é exigido que o réu insista na produção de provas, pois, caso contrário, não haveria o que se falar em tutela da evidência, uma vez que, nesse caso, seria cabível o julgamento antecipado do mérito.

Marinoni⁶¹ trabalha a hipótese do inciso IV desta forma, ao expor que “a defesa indireta, não obstante infundada, tem que exigir instrução dilatatória, uma vez que de outra forma o caso será de julgamento antecipado do mérito”. Falando isso de outra forma, ele diz que “quando há prova dos fatos constitutivos e o réu apresenta defesa indireta – ‘incapaz de gerar dúvida razoável’ – que requer produção de prova, cabe tutela da evidência”.

É exatamente assim que Dotti⁶² também forma o seu raciocínio, pois, para ela, “o legislador procurou assegurar uma alternativa de resposta jurisdicional célere

⁶⁰ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 899.

⁶¹ MARINONI, 2017, p. 338.

⁶² DOTTI, 2020, p. 270.

àquelas situações em que o autor já se desincumbiu de seu ônus probatório, mas o réu ainda insiste na produção de provas”.

Por fim, interessante trazer o pensamento de Didier Jr. que, ao tratar sobre os pressupostos para a concessão desta hipótese de tutela da evidência, também faz alusão à conduta do réu e a possibilidade de julgamento antecipado do mérito, mas em termos distintos, alegando a necessidade de que a contraprova do réu seja documental.

Dessa forma, segundo Didier Jr.⁶³, devem ser preenchidos três pressupostos para aplicação da hipótese em tela, quais sejam, o

primeiro deles é que a evidência seja demonstrada pelo autor e não seja abalada pelo réu mediante *prova exclusivamente documental*. Deve tratar-se de causa cuja prova seja basicamente documental. Uma interpretação extensiva permite que se considere aí abrangida a prova documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente), bem como a evidência de fatos que independem de prova ou mais provas (como o notório, o incontroverso e o confessado).

O *segundo* é que o autor traga *prova documental (ou documentada) suficiente dos fatos constitutivos* do seu direito, que, por isso, já é evidente.

E o *terceiro* é *ausência de contraprova documental suficiente* do réu, que seja apta a gerar ‘dúvida razoável’ em torno: a) do *fato* constitutivo do direito do autor; ou b) do próprio *direito* do autor – quando adequadamente demonstrado fato que o extinga, impeça ou modifique.

Insista-se: a contraprova do réu, cuja ausência se pressupõe para a concessão de tutela de evidência, é a documental. Isso porque se o réu não dispuser de nenhum outro meio de prova suficiente, além da documental, então já será caso de julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de produção de outras provas (art. 355, I, CPC⁶⁴).

Existe ainda uma discussão doutrinária do verdadeiro alcance da expressão “prova documental” que consiga autorizar essa forma de antecipação. Todavia, este é um tema que foge dos fins propostos por este trabalho, pelo que não será abordado neste momento.

Sendo assim, isto é o que se tinha a aludir no tocante às três hipóteses de concessão da tutela da evidência que não estão relacionadas diretamente com o tema deste trabalho. Com isso, passa-se, então, à análise específica da hipótese do art. 311, II, CPC.

⁶³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 723.

⁶⁴ “Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas [...]” in BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

2.2.3 A hipótese específica do artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil

A hipótese prevista no inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil enuncia que a tutela da evidência, ainda que não haja, no caso concreto, a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo – o *periculum in mora* –, será concedida quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Pela leitura do dispositivo, pode-se perceber que o legislador exigiu dois requisitos específicos para a concessão da tutela da evidência nesta hipótese. O primeiro se refere às alegações de fato do autor, que devem ser passíveis de comprovação por meio unicamente documental. O segundo, por sua vez, exige que haja uma tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Antes de ingressar na análise destes requisitos, importante fazer o seguinte raciocínio, já utilizado quando das hipóteses dos incisos III e IV, qual seja, o dispositivo legal exige que as alegações de fato do autor estejam provadas exclusivamente de forma documental, não havendo a necessidade de qualquer outra prova senão essa.

Por outro lado, não se pode aplicar esta lógica para o réu, pois caso assim o fizesse, não seria hipótese de concessão da tutela da evidência, mas sim caso de julgamento antecipado do mérito. *Ipsa facto*, exige-se, para que seja concedida tutela da evidência e não seja caso de julgamento antecipado do mérito, que as alegações de fato do réu, quando privadas de seriedade – consistência –, demandem instrução dilatória. É exatamente neste mesmo sentido o posicionamento de Marinoni⁶⁵, ao afirmar que seria

possível raciocinar mediante o argumento de que as alegações de fato *do autor* devem estar provadas documentalmente, sem depender de qualquer outra prova. Porém, ao não existir qualquer outra alegação de fato passível de demonstração – *nem do réu* –, entendimento de Corte Suprema serviria apenas para mais uma vez viabilizar o *julgamento antecipado do mérito*. Isso significa que a norma *só tem algum valor* se interpretada no sentido de que as alegações do autor, evidenciadas por documento, têm fundamento jurídico amparado em entendimento de Corte Suprema, mas alegações de fato do réu, a despeito de destituídas de seriedade, exigem instrução dilatória.

É dito que as alegações de fato do réu necessitam levarem consigo o peso de serem destituídas de seriedade, ou consistência, porque somente nesta situação que

⁶⁵ MARINONI, 2017, p. 335.

o juízo irá perceber a fragilidade da defesa e a conseqüente probabilidade de não acolhimento das alegações do réu ao final. Logo, neste caso, não haveria outra medida cabível senão a concessão da tutela da evidência, desde que isto esteja somado aos requisitos exigidos pelo legislador – tanto da prova dos fatos constitutivos do autor quanto do entendimento de Corte Suprema.

Marinoni⁶⁶ trata isso de forma completa, quando diz que “a única razão para o processo prosseguir está na necessidade de instrução dilatória, derivada das alegações de fato cujo ônus da prova é do réu”. Conseqüentemente, “se tais alegações não são dotadas de seriedade suficiente para fazer crer que podem ser ao final acolhidas, a tutela indispensável à distribuição do ônus do tempo do processo (tutela da evidência) deve ser concedida”.

No mesmo sentido é o entendimento de Dotti⁶⁷, pois, para ela,

diante de uma certa indefinição do direito e tendo havido a fixação de teses jurídicas pelos tribunais superiores, estas podem constituir um elemento a mais para a aplicação da tutela da evidência. Ou seja, uma vez comprovados os fatos alegados pelo autor, havendo necessidade de continuidade da instrução em virtude de requerimento do réu e estando claro também o entendimento judicial a respeito da lei, a tutela deverá ser antecipada.

Dizer isso e entender dessa forma significa, sem haver outro jeito, ir de encontro com o disposto no parágrafo único do art. 311, CPC, o qual diz que nas “hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”. Ora, se é argumentado que a tutela da evidência só pode ser concedida, nas situações destes incisos, quando o réu requeira instrução dilatória, significa dizer que a tutela da evidência só pode ser concedida quando haja antes uma manifestação do réu e, por conseqüência, não poderia ser decidida liminarmente.

Como visto, é pressuposto para a concessão da tutela da evidência a existência de uma grande probabilidade do direito – o *fumus boni iuris* deve ser robusto – aliada a uma fragilidade da defesa. Isto é, não haveria possibilidade de uma concessão liminar da tutela da evidência, pois antes o réu deve apresentar manifestação para preencher o pressuposto básico desta técnica processual. É por isso que se alega que, aparentemente, o legislador agiu equivocadamente neste ponto – e talvez não seja o único momento em que agiu assim.

⁶⁶ MARINONI, 2017, p. 335.

⁶⁷ DOTTI, 2020, p. 258.

É exatamente assim que pensa Marinoni⁶⁸, ao dizer que os incisos II e III do art. 311, CPC, “dizem respeito a situações em que o réu apresenta defesa de mérito indireta infundada que requer instrução dilatória. De modo que é absolutamente impossível aferir os pressupostos para a tutela da evidência liminarmente”. De forma crítica, mas completamente acertada, o autor argumenta sobre este parágrafo único dizendo que a⁶⁹

lógica equivocada do legislador parte do pressuposto de que, como a sentença pode ser proferida logo após a ouvida do réu, antes da citação deve caber liminar quando ‘as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante’ (inciso II, art. 311, CPC) e quando ‘houver prova documental adequada do contrato de depósito’ (inciso III, art. 311, CPC). Como é óbvio, isto só teria algum sentido se a tutela nada tivesse a ver com evidência do direito e com fragilidade da defesa. Ora, estes pressupostos devem ser aferidos depois da apresentação da defesa para que o autor não seja prejudicado pela demora do processo. Não é por outro motivo que a tutela da evidência é provisória, ou melhor, concedida mediante decisão fundada em cognição sumária e sujeita a confirmação pela sentença. Lembre-se, aliás, que a cognição sumária diz respeito em regra à defesa indireta; os fatos constitutivos devem ser incontroversos ou estar provados mediante documento, o que significa que em relação aos fatos constitutivos deve haver cognição exauriente. Sucede que a cognição exauriente, ou melhor, a aferição da incontrovérsia – não contestação e incompatibilidade entre a negação do fato constitutivo e a defesa indireta – e da qualidade do documento – não alegação de falsidade – dependem da devida oportunidade à manifestação do demandado, especialmente da análise da defesa. Isso demonstra que liminar antes da ouvida do réu *jamais pode ser tutela da evidência, embora possa ser concedida quando o tempo para a ouvida do demandado puder causar dano.* [...]

Ao exigir direito evidente e, assim, não poder dispensar a análise da defesa, tutela da evidência antes da ouvida do réu não é apenas uma contradição em termos; é igualmente uma tutela que viola o contraditório e o direito da defesa. Não há como admitir que um fato constitutivo está provado mediante documento antes da ouvida do demandado.

Com razão, pensar em tutela da evidência sem que haja antes uma manifestação do réu é violar os próprios princípios fundamentais que primeiramente a embasa. Por isso, deve-se entender, ainda que de forma contrária ao parágrafo único do art. 311, CPC, que a tutela da evidência sempre exigirá a presença dos seus requisitos e, entre eles, encontra-se a defesa frágil e, nestes casos em específico, o requerimento pelo réu de uma instrução dilatória, sendo que ambas pressupõem a ouvida do réu.

Superada esta questão, é pertinente retornar aos pressupostos para concessão da tutela da evidência nesta hipótese específica. Como já informado, são dois, sendo

⁶⁸ MARINONI, 2017, p. 338.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 339-340.

um de fato e outro de direito, conforme a leitura do inciso II do art. 311, CPC, respectivamente. O primeiro diz respeito à existência de prova das alegações de fato da parte autora, enquanto que o segundo se refere à necessidade de haver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante que sirva de fundamento para o pedido, ou ao menos é isso que o dispositivo legal expressamente nos diz.

Para Didier Jr.⁷⁰, efetivamente são esses os dois pressupostos, mas ele adiciona informações relevantes ao tratar sobre o tema. Segundo o autor, nesta hipótese do art. 311, II, CPC, trata-se

de tutela provisória de evidência admitida mediante o preenchimento de dois pressupostos (um de fato e outro de direito, respectivamente):

a) o primeiro deles é a existência de *prova das alegações de fato* da parte requerente, que, neste caso, deve ser: i) necessariamente *documental*, ou documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente); e ii) recair sobre fatos que justificam o nascimento do direito afirmado, isto é, fato *constitutivo* do direito. Esse pressuposto é desnecessário quando o fato gerador do direito não depender de prova (ou outras provas), como fato notório, o fato confessado, o fato incontroverso, o fato presumido.

b) o segundo é a *probabilidade de acolhimento da pretensão processual*, que se configura exatamente em razão do fundamento normativo da demanda consistir em *tese jurídica já firmada em precedente obrigatório*, mais especificamente em enunciado de súmula vinculante (art. 927, II, CPC) ou em julgamento de demandas ou recursos repetitivos (art. 927, III, CPC), que vinculam o julgador e devem ser por ele observados, inclusive liminarmente (art. 311, parágrafo único).

Como anteriormente dito, não cabe aqui realizar a análise de mérito quanto ao primeiro dos pressupostos, para verificar se realmente é caso de aceitar prova documentada ou não, entre outras situações particulares que, embora possuam sua relevância, não remetem ao tema central do trabalho, pelo que o debate acerca destes pontos fica para uma outra eventual oportunidade.

Por sua vez, é cabível e pertinente analisar à fundo o segundo pressuposto. Num primeiro momento, parece equivocada a alegação de Didier Jr. atinente à necessidade do julgador analisar essas questões de forma liminar, por razão do que já foi discutido acima, isto é, há a obrigação da parte requerida poder se manifestar, pelo que a concessão liminar da tutela da evidência pelo julgador se mostra um desacerto legislativo. Posto isso, correta a posição do doutrinador quanto ao restante de sua fala, principalmente em relação à afirmação de que este segundo pressuposto diz respeito à tese jurídica já firmada em precedente obrigatório.

⁷⁰ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 718-719

Referente ao segundo pressuposto desta hipótese específica para concessão da tutela da evidência, muito importante e extremamente relevante o posicionamento e a fundamentação trazida por Dotti⁷¹, pois observa de forma precisa este pressuposto e a sua razão de ser, senão veja-se:

a existência de *tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante*⁷² significa que não existe mais controvérsia judicial a respeito da interpretação legal. Ou seja, a tutela antecipada se justifica nesse caso não apenas porque as provas já são suficientes, mas, igualmente, porque a interpretação a respeito da lei é clara, não está mais sob o risco de decisões controvertidas.

O que se verifica, então, no art. 311, II, do Código de Processo Civil de 2015 é um elemento a mais para favorecer a aplicação da tutela da evidência: a inexistência de controvérsia a respeito da interpretação da lei. Isso não significa que uma lei que admita variadas interpretações (como, aliás, ocorre com praticamente todos os dispositivos legais) não possa servir de substrato legal para a tutela da evidência. Como muito bem reconhece parte da doutrina francesa, o juiz da tutela provisória está tão vinculado à aplicação da lei como qualquer outro juiz. Significa, isso sim, que não havendo controvérsia sobre a aplicação de determinada regra legal, há um motivo a mais para a antecipação da satisfação dos direitos já comprovados documentalmente. Afinal, quando é possível perceber qual será a decisão final, em virtude da existência de precedentes sobre o tema, tal orientação deverá servir como baliza para as condutas futuras. Da mesma maneira, esse conhecimento prévio a respeito da interpretação da lei constitui um elemento complementar para autorizar a tutela da evidência.

Em outras palavras, o inciso II do art. 311 traduz a possibilidade da antecipação da tutela quando existir um certo consenso a respeito da interpretação da lei. Mas, a regra geral, no sentido de que a tutela da evidência favorece aquele que já se desincumbiu de seu ônus probatório, aplica-se aqui de igual forma.

Conforme precisamente afirma a autora, esta hipótese do art. 311, II, CPC, traz os dois pressupostos de forma aliada, isto é, uma exigência de fato e outra de direito. Apenas a existência de decisões vinculantes aptas a embasar o pedido não significa que elas, por si só, autorizem a antecipação. Isto seria incongruente até mesmo com base na ideia de que a probabilidade do direito deve incidir obrigatoriamente sobre a alegação dos fatos e não sobre o direito⁷³. Dessa forma, esta hipótese específica se justifica na medida em que conjuga os dois pressupostos, um atinente aos fatos e outro em relação ao direito. O primeiro fundamenta a probabilidade do direito e o segundo se apresenta como um elemento a mais para embasar a concessão da tutela.

Relativo ao segundo pressuposto, o legislador o limita apenas aos casos em que o fundamento normativo da demanda é embasado em enunciado de súmula

⁷¹ DOTTI, 2020, p. 263-264.

⁷² Este é o segundo pressuposto para a concessão da tutela da evidência baseada na hipótese específica do art. 311, II, CPC.

⁷³ DOTTI, *op. cit.*, p. 263.

vinculante ou em julgamento de casos repetitivos. Aqui se encontra o ponto nevrálgico do trabalho, consistente na resolução do problema que surge com esta limitação legislativa, qual seja, a tutela da evidência só pode ser concedida, na hipótese do inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil, quando, além das alegações de fato do autor puderem ser comprovadas apenas documentalmente, ela esteja fundamentada somente nas situações de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante? Ou será que é possível estender estas hipóteses? Em outras palavras, o rol elencado pelo legislador no inciso II do art. 311, CPC, no que toca estritamente aos precedentes, é taxativo ou meramente exemplificativo?

Para resolver este problema, faz-se necessário entender melhor o que seriam os precedentes judiciais, quais os seus elementos constitutivos, observar a razão pela qual eles obtiveram uma grande valorização com o Código de Processo Civil de 2015 e, para tanto, verificar o seu histórico e a relação atual entre o *civil law* e o *common law*. Com isso, teremos, ao mínimo, uma base para fundamentar e argumentar qualquer posicionamento quanto ao tema.

3 OS PROCEDENTES E A SUA VALORIZAÇÃO COM A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

3.1 CONCEITO DE PRECEDENTES

Os precedentes são decisões judiciais utilizadas como subsídio para processos posteriores análogos, isto é, a partir da análise de um caso concreto, tem-se uma decisão judicial, na qual a questão jurídica abordada nesta decisão pode servir como base, ou parâmetro, para uma posterior apreciação em casos semelhantes.

Diversos doutrinadores contribuem com definições próprias do que entendem por precedentes, mas nenhuma delas foge deste conceito apresentado, que serve como uma síntese. Para Fredie Didier Jr.⁷⁴, “*em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos*”. Luiz Guilherme Marinoni⁷⁵, por sua vez, entende que o:

significado de precedente não é atingido apenas mediante a sua diferenciação dos conceitos de decisão, súmula etc., mas também a partir da consideração dos seus conteúdos e, especialmente, da porção que, em seu interior, identifica o que a Corte realmente pensa acerca de dada questão jurídica.

O que Marinoni diz nesta definição é que, por mais que diversos autores busquem conceituar precedente utilizando a diferenciação deste para com a súmula, jurisprudência etc., é imperioso que se faça também uma análise de seus conteúdos.

Em uma diferença ontológica entre os referidos termos, tem-se que, embora todos provenham da produção dos tribunais colegiados e, portanto, tenham esta mesma matriz, acabam sendo relativamente distintos⁷⁶.

A súmula é um enunciado que representa a jurisprudência de um determinado tribunal, ou melhor, ela é a redução de um entendimento pacificado de um tribunal sobre certo tema em uma “regra jurídica”. Para José Rogério Cruz e Tucci⁷⁷, a

⁷⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 513.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

⁷⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. **Conjur**, jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

⁷⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. **Conjur**, jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

“aplicação da súmula não se funda sobre a analogia dos fatos, mas sobre a subsunção do caso sucessivo a uma regra geral. [...] Não deriva da decisão de um caso concreto, mas de um enunciado interpretativo, formulado em termos gerais e abstratos”.

A jurisprudência, por sua vez, é um conjunto de decisões acerca de uma matéria idêntica e que vão sempre na mesma direção, ou seja, é o resultado de diversas decisões judiciais em um único sentido. Tucci⁷⁸ ensina que a jurisprudência

geralmente indica uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica. Esse modo de lidar com a jurisprudência, cujo conhecimento é, via de regra, fornecido pela consulta rápida nos sítios eletrônicos dos próprios tribunais revela, em algumas hipóteses, a tendência do posicionamento pretoriano sobre a interpretação de determinado texto legal.

Por fim, nesta diferenciação de jurisprudência, súmula e precedente, tem-se que o último, e tema deste trabalho, sempre corresponderá a um pronunciamento judicial referente a um caso concreto. O precedente é regra para determinado caso concreto e, depois disso, pode vir a se tornar ou não uma regra para diversos outros casos similares.

Todavia, embora os precedentes sejam sempre decisões judiciais, são decisões *sui generis*, no sentido que irão inaugurar ou aprimorar uma tese jurídica sobre um certo assunto. Tal tese deve, necessariamente, enfrentar todas as questões jurídicas postas no caso concreto.

Tucci⁷⁹ ainda explica que “o precedente produz uma regra universal, que pode ser aplicada como critério de decisão num caso sucessivo em função da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso”.

Importante salientar a distinção que Ruy Alves Henriques Filho⁸⁰ faz dos precedentes judiciais com as regras de experiência, os costumes e a coisa julgada, qual seja, de que os

precedentes não se confundem com as regras de experiência, pois estas nascem permeadas por carga de subjetivismo de quem as experimentou. De outro lado, o precedente é aplicado independentemente de agradar ou não ao julgador que o utiliza. Difere do exemplo à medida que este se trata de

⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. **Conjur**, jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

⁷⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. **Conjur**, jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

⁸⁰ FILHO, Ruy Alves Henriques. **Diálogo de tradições e a formação dos precedentes judiciais qualificados na Civil Law**. 2018. Tese (Doutorado em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Políticas). UNIVERSIDADE DE LISBOA, Lisboa, 2018, p. 376-377.

faculdade, enquanto o precedente cuida-se de ato vinculado. É certo também que não se confunde precedente e costume, embora ambos estejam umbilicalmente ligados, podendo modificar-se entre si, mas demandando o precedente de declaração judicial enquanto o costume existe, independente desta interpelação. Difere da coisa julgada, na medida em que esta fixa o entendimento acerca de determinada demanda, enquanto o precedente estabelece o entendimento acerca da interpretação dada a determinada celeuma jurídica. [...]

Na medida em que objetiva a segurança jurídica, diferencia-se da coisa julgada, pois esta garante a imutabilidade da decisão já externada em determinado processo, enquanto o precedente objetiva a imutabilidade de determinada linha de decisões em referência a um certo entendimento. Significa que, para determinado contexto, o entendimento adotado pelo Judiciário será sempre um e só um, como para uma solução matemática que não se sujeita às variáveis subjetivistas. Enquanto a coisa julgada relaciona-se à certeza de alguém que já teve seu litígio resolvido, o precedente relaciona-se à previsibilidade de certeza acerca de um entendimento de alguém que pretende ver seu litígio em resolução pelo Judiciário.

Feitas todas essas considerações, chega-se à conclusão lógica de que, ainda que o precedente seja sempre uma decisão judicial, nem toda decisão judicial é um precedente. Aliás, é necessário que, para que a decisão seja considerada como um precedente e, assim, possa se firmar como um paradigma, ela seja dotada de algumas características, quais sejam, o conteúdo jurídico, a relevância e a antecedência⁸¹.

Nesta toada, Filho⁸² expõe que os

precedentes devem versar necessariamente sobre questão de direito, visto que a decisão sobre questão de fato não tem o condão de vincular, em respeito ao princípio da individualidade. Daí que o precedente é analisado sob a ótica da evocação jurídica de casos semelhantes, que podem ou não tanger relações fáticas idênticas, sempre respeitando a medida da peculiaridade dos fatos.

Quanto à característica da relevância, para Lara dos Santos Chaves⁸³, “somente as decisões de cunho relevante, que possam projetar efeitos para o futuro, transcender além dos limites do caso concreto, servindo de guia para os casos que estão por vir, se tornam precedentes na qualidade de paradigma”.

Por fim, Chaves conclui que, no “tocante ao aspecto da antecedência, denota-se que o precedente corresponde a uma decisão que antecederá as demais, e

⁸¹ MARIOZI, Bruno Mathias. **Precedente judicial**: perspectivas teóricas e atuais. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito). UFPR, Curitiba, 2010, p. 17.

⁸² FILHO, 2018, p. 377.

⁸³ CHAVES, Lara dos Santos. Precedentes Judiciais no novo código de processo civil. **Âmbito Jurídico**, jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-no-novo-codigo-de-processo-civil-2/>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

enfrenta tema não abarcado na jurisprudência”⁸⁴. É neste sentido que Filho⁸⁵ diz: “De acordo com Goodhart, precedente é uma circunstância ou caso anterior, o qual pode ser tomado como um exemplo ou regra para casos subsequentes”.

Para finalizar esta primeira parte, mostra-se relevante apenas destacar que “o ato de decidir não é o que forma o precedente, mas o caminho que se levou para chegar à convicção da decisão. Em outras palavras, o importante do precedente é a fundamentação da tese jurídica”⁸⁶.

Sendo assim, conceituado o instituto do precedente, passemos então, primeiramente, à análise dos seus elementos constitutivos, a saber, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, para que seja possível dar início ao exame do seu histórico, até chegar ao diálogo atual que existe entre as tradições da *civil law* e da *common law* no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Os precedentes judiciais são constituídos por dois elementos essenciais, sem os quais não seria possível constatar a presença de um precedente. São eles: a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. Embora entendido desta forma pela grande maioria da doutrina, Rodrigo Fragoas da Silva⁸⁷ alerta para um posicionamento diverso, adotado por certos doutrinadores que integram a tradição da *common law*, observe,

é importante notar que a diferenciação entre *ratio decidendi* e o *obiter dictum* foi e ainda é objeto de amplo debate na doutrina do Common Law, abarcando opiniões extremas que sugerem tanto sua vital importância quanto sua inutilidade, essa fundamentada na impossibilidade de identificá-los com precisão.

Todavia, embora exista esta discussão a respeito da importância dos elementos constitutivos do precedente na doutrina do *common law*, o ordenamento jurídico brasileiro e a doutrina pátria recepcionam a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*

⁸⁴ CHAVES, Iara dos Santos. Precedentes Judiciais no novo código de processo civil. **Âmbito Jurídico**, jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-no-novo-codigo-de-processo-civil-2/>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

⁸⁵ FILHO, 2018, p. 378.

⁸⁶ WANDERLEY, Natália Conrado. **A valorização dos precedentes judiciais com a vigência do novo Código de Processo Civil**. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito). CCJ/UFPE, Recife, 2017, p. 9.

⁸⁷ SILVA, Rodrigo Fragoas da. **Os precedentes no novo Código de Processo Civil**: as técnicas de distinção e superação de precedentes. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). UNIRIO, Rio de Janeiro, 2017, p. 12.

como elementos que compõem os precedentes, razão pela qual eles serão analisados nos próximos tópicos.

3.2.1 *Ratio decidendi*

A *ratio decidendi* (a “razão de decidir” ou “motivos determinantes” no Brasil), ou *holding*, terminologia utilizada no direito norte americano, de um precedente pode ser entendida como todos aqueles argumentos jurídicos, isto é, de direito, presentes em um determinado caso concreto, que são reputados como relevantes e que irão orientar a formação da convicção do juiz da causa. Corresponde ao entendimento jurídico oriundo do precedente que tem o condão de vincular a decisão de casos posteriores análogos.

Didier Jr.⁸⁸ entende, de uma forma geral, que a “*ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”.

Em poucas palavras, mas certo, Filho⁸⁹ explica que a *ratio decidendi* “é a essência do precedente, é o que garante a segurança jurídica da decisão”. Efetivamente, a razão de decidir é esta essência, esse espírito de um precedente, o núcleo central da questão jurídica abordada na decisão judicial. Teresa Arruda Alvim⁹⁰ também segue por este caminho, ao dizer que a “*ratio decidendi* pode ser considerada o núcleo do precedente”.

Neste sentido, Chaves⁹¹ informa que a “*ratio decidendi* remete a motivação da decisão, ao fundamento do juiz, ao argumento por ele utilizado que será determinante para ao caso concreto e que poderá servir de paradigma para futuras decisões”.

⁸⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 514.

⁸⁹ FILHO, 2018, p. 411.

⁹⁰ ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, nº 172, ano 34, jun. 2009, p. 121, *apud* CHAVES, Lara dos Santos. Precedentes Judiciais no novo código de processo civil. **Âmbito Jurídico**, jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-no-novo-codigo-de-processo-civil-2/>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

⁹¹ CHAVES, Lara dos Santos. Precedentes Judiciais no novo código de processo civil. **Âmbito Jurídico**, jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-no-novo-codigo-de-processo-civil-2/>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

Marinoni⁹² segue a mesma linha, sendo que, para ele, “a razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra”.

Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso⁹³, ao discorrerem sobre o tema, ensinam que a “ratio decidendi ou o holding correspondem justamente ao entendimento jurídico emergente de um precedente que vinculará a decisão dos casos futuros”.

Para Mariozi⁹⁴, a *ratio decidendi* “remete às justificações da decisão, correspondendo, então, à tese central dos precedentes, à ‘questão nuclear do julgado’⁹⁵, que, como norma expressa ou não, é absolutamente necessária para a conclusão da decisão do caso”.

Conforme Wanderley⁹⁶, o magistrado, sempre que decide uma demanda, acaba por criar, invariavelmente, duas normas jurídicas distintas, uma de caráter geral e outra de caráter individual, sendo que a primeira é a razão de decidir. Nas palavras dela,

o magistrado, ao decidir uma demanda judicial, cria duas normas jurídicas. A primeira possui caráter geral, sendo fruto da interpretação dos fatos envolvidos na causa e de sua relação com o Direito vigente: Constituição, leis etc. Trata-se de uma norma jurídica, constante na fundamentação do julgado, criada para justificar sua decisão. Em outras palavras, seria a razão explicitamente dada pelo juiz para chegar àquela decisão. [...] Aquela norma jurídica, de caráter geral, traduzida nos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão é justamente a *ratio decidendi*, ou seja, as razões de decidir. Trata-se de uma norma transcendental, posto que poderá servir como uma formatação basilar para outras decisões futuras que se identificarão com os fatos constantes na limitação feita pelas razões de decisão. Ela é a porção do julgado que vincula os demais órgãos judiciais. É justamente a norma que se extrai de um julgado e que governará casos semelhantes. A sua definição pressupõe a plena compreensão dos fatos juridicamente relevantes para a causa, da questão de direito que eles colocam, bem como o exame dos fundamentos utilizados pelo tribunal para decidir o caso concreto.

⁹² MARINONI, 2016, p. 162.

⁹³ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2020, p. 19.

⁹⁴ MARIOZI, 2010, p. 19.

⁹⁵ TARANTO, C. M. G. **Precedente Judicial**: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 12, *apud* MARIOZI, 2010, p. 19.

⁹⁶ WANDERLEY, 2017, p. 9.

Ao tratar deste elemento do precedente, Márgara Bezerra do Nascimento⁹⁷ faz exatamente o mesmo raciocínio, chegando à uma conclusão semelhante de criação de duas normas, em que,

por ocasião do julgamento do processo, o magistrado deve subsumir o fato à norma, culminando com a criação de duas normas: a primeira de caráter geral, oriunda da hermenêutica jurídica em conformidade ao Direito positivo; enquanto a segunda possui caráter individual, porquanto a decisão deve estar em consonância com ordenamento jurídico para o caso concreto levado a julgamento.

Ainda, Marcelo Alves Dias de Souza⁹⁸ conceitua a *ratio decidendi* em cinco diferentes formas, a saber:

a) a regra de Direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso; b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso; c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso; d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso; e) regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de direito do caso.

Vale ressaltar que a *ratio decidendi* não pode ser confundida com o próprio precedente judicial. Este produz vinculação jurídica com decisão futura análoga, mas as razões determinantes não possuem o condão de, por conta própria, produzi-la, caso esta não integre a própria decisão tomada no precedente que será formado. Simples de verificar isto quando se analisa os votos proferidos por órgãos colegiados de Tribunais, já que todo voto possui uma *ratio decidendi*, um fundamento jurídico que sustenta aquele voto, porém, há a possibilidade de um deles sair vencido e, neste caso, a *ratio decidendi* deste voto não irá englobar o precedente a ser formado.

Além disso, cabe destacar que o órgão julgador que profere a decisão não precisa fazer – e não faz – a individualização da *ratio decidendi*. Quem tem a responsabilidade de identificar e extrair a razão determinante da decisão são os juízes que examinam a decisão, prolatada anteriormente, como precedente. Eles irão ter que, ao analisar a decisão, abstrair a norma jurídica do caso e verificar se ela poderá ou não ser aplicada no caso concreto.

⁹⁷ NASCIMENTO, Márgara Bezerra do. O precedente judicial como norma e fonte do direito no Brasil à luz do novo CPC. **Âmbito Jurídico**, set. 2014. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-precedente-judicial-como-norma-e-fonte-do-direito-no-brasil-a-luz-do-novo-cpc/#_ftn13. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

⁹⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 126, *apud* FILHO, 2018, p. 412.

Feitas todas as considerações sobre sua definição, é necessário realizar a identificação da *ratio decidendi* de um precedente, a razão que leva uma decisão a ser tomada na análise de um caso concreto, pois será ela que terá a aptidão de formar o precedente judicial, já que é o ponto de partida para saber se uma decisão é possível de ser aplicada em casos posteriores análogos. Para Filho⁹⁹, a

ratio decidendi é identificável nas considerações feitas pelo juiz como materiais ou fundamentais da sua decisão. Isso demonstra como os fatos foram vistos pelo juiz e se fundaram algum ponto da decisão, além de considerar quais os fatos determinantes. Nesta linha, as cortes devem chegar a uma mesma conclusão do caso anterior, a menos que os fatos materiais sejam diferentes ou estejam ausentes.

Entretanto, em um mesmo caso, é possível que haja mais de uma *ratio decidendi*, cada qual independente e suficiente para que se atinja a finalidade da decisão, sem que a *obiter dictum* seja prejudicada (esta será tratada detalhadamente no próximo tópico do trabalho), e sem que uma razão determinante prevaleça sobre a outra, embora isso seja tema extremamente controvertido na doutrina.

Para descobrir e identificar qual a *ratio decidendi* de um precedente, existem alguns métodos – testes – que foram criados. Os mais populares são os métodos de Arthur Goodhart e Eugène Wambaugh.

A abordagem de Wambaugh é comumente conhecida como o método da inversão. De acordo com esta metodologia, para se chegar à *ratio decidendi* de um determinado precedente, é necessário selecionar todos os fundamentos utilizados na decisão judicial, transformando-os em proposições, para que então insira um elemento capaz de inverter o significado desta proposição. Feito isto, é necessário analisar se a decisão é possível de ser mantida quando se faz a comparação com o restante da fundamentação ou se ela deveria ser invertida para que o julgamento mantenha a sua coerência. Caso a decisão, com a inversão da proposição, consiga se sustentar, o fundamento utilizado nesta proposição seria a *dicta*, isto é, poderia ser descartada como a razão de decidir, pois não constituiria o fundamento principal. Por outro lado, conseqüentemente, caso a decisão deva ser invertida em razão da proposição ter sido também invertida, o fundamento em análise seria a *ratio decidendi* do precedente.

⁹⁹ FILHO, 2018, p. 413-414.

Conforme explica Bruno Souza Rodrigues¹⁰⁰, o “método, como um todo, repousa sobre a ideia de que a *ratio* seria caracterizada como elemento intrinsecamente indispensável à decisão contido na fundamentação”.

Filho traz um passo a passo para identificar a *ratio decidendi* de acordo com o teste de Wambaugh, que pode ser de grande valia quando da efetiva utilização, qual seja¹⁰¹:

1. Delimitar o princípio legal que foi identificado;
2. Inverter a palavra ou frase que contradiga o significado do princípio.
3. Pergunte-se, se a Corte invertesse o princípio, teria chegado à *mesma decisão*? Se a resposta por positiva, a proposição não pode ser a *ratio decidendi*.

Já Goodhart, sendo a sua abordagem melhor recebida pela doutrina do que a anterior, entende que a *ratio decidendi* de um precedente será constituída pelos fatos considerados materiais pelo juiz no momento da decisão, isto é, é necessário procurar aquilo que o juiz reputou como relevante ao julgar a causa. Os fundamentos utilizados pelo magistrado não seria a razão de decidir, porém eles auxiliam na busca de quais fatos foram tidos como materiais e quais foram considerados imateriais na decisão.

Dessa forma, Rodrigues¹⁰² informa que o método de Goodhart salientava dois pontos fundamentais, quais sejam, “i) a razão da decisão não se confundiria com a fundamentação; ii) a *ratio* não representaria, em si mesma, um dado indispensável ao julgamento – sua essencialidade decorreria da atribuição deste status pelo magistrado”.

Entretanto, além disso, é importante ressaltar que Goodhart entendia que o *rule of law* – conclusão resumida que é obtida pelos magistrados após enunciarem os fundamentos de uma decisão, apresentando uma norma construída a partir da interpretação judicial – nunca irá ter o poder de definir a *ratio decidendi* de uma decisão, uma vez que seria possível apresentar o *rule of law* de uma maneira inadequada, como também nem mesmo ser expressamente enunciado pelo juiz.

¹⁰⁰ RODRIGUES, Bruno Souza. Breve estudo sobre os métodos de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais. **Academia.** Disponível em: https://www.academia.edu/2252718/Breve_estudo_sobre_os_m%C3%A9todos_de_identifica%C3%A7%C3%A3o_da_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais. Acesso em: 28 de setembro de 2020. p. 6.

¹⁰¹ FILHO, 2018, p. 415.

¹⁰² RODRIGUES, Bruno Souza. Breve estudo sobre os métodos de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais. **Academia.** Disponível em: https://www.academia.edu/2252718/Breve_estudo_sobre_os_m%C3%A9todos_de_identifica%C3%A7%C3%A3o_da_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais. Acesso em: 28 de setembro de 2020. p. 9.

Filho resume o método de Goodhart em cinco regras que devem ser observadas para encontrar a *ratio decidendi* de um precedente, que seriam as seguintes¹⁰³:

1. O princípio (*principle*) do caso não está na fundamentação do voto;
2. O princípio não está no *rule of law* constante do voto;
3. O princípio será necessariamente encontrado por uma consideração acerca dos fatos do caso e da decisão do juiz;
4. O princípio é achado ao se considerar os fatos tratados pelo juiz como materiais e por este ter tomado sua decisão neles baseada.
5. Ao achar o princípio é necessário estabelecer quais os fatos foram considerados como imateriais para o julgador, posto que o princípio pode depender não só do que está incluído como excluído da decisão.

Apresentados os métodos, faz-se necessário apontar que o método de Wambaugh traz sérias – e justas – críticas da doutrina, uma vez que acaba associando a *ratio decidendi* a um elemento que seria indispensável ao julgamento. Com este método, seria impossível encontrar a *ratio decidendi* em qualquer decisão que se sustente em vários fundamentos, sendo que cada um deles é capaz de, isoladamente, atingir certo resultado, o que chegaria à conclusão errônea de que todos os fundamentos seriam tidos como *dicta* e nenhum como *ratio*.

Já o método de Goodhart, embora também sofra certas críticas, mostra-se mais acertado que o anterior, já que este entende que nunca existirão fórmulas capazes de identificar, de forma precisa, a *ratio decidendi* de um precedente. Para Rodrigues¹⁰⁴, Goodhart

parece anunciar que o sujeito que busca identificar a *ratio decidendi* deveria interpretar a interpretação judicial, para daí extrair a norma generalizável. Sua abordagem, pois, parece afirmar que não há nada aprioristicamente essencial que possa ser identificado como um preceito generalizável. Embora não o faça de modo explícito, ele demonstra, e este trabalho subscreve a tese, de que a norma contida no precedente não é fruto de mera identificação, mas produto de uma interpretação mediada por outra interpretação. Talvez seja em decorrência dessa postura flexível e crítica que seus estudos sejam ainda hoje os mais influentes sobre *ratio decidendi*.

Com isso, entendido o conceito de *ratio decidendi* e demonstrados os principais métodos para esta ser alcançada, frisando-se apenas que, conforme Marinoni, “a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a

¹⁰³ FILHO, 2018, p. 414-415.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Bruno Souza. Breve estudo sobre os métodos de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais. **Academia.** Disponível em: https://www.academia.edu/2252718/Breve_estudo_sobre_os_m%C3%A9todos_de_identifica%C3%A7%C3%A3o_da_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais. Acesso em: 28 de setembro de 2020. p. 10-11.

respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão”¹⁰⁵, mostra-se imperioso analisar o próximo elemento essencial para constituir um precedente, a *obiter dictum*.

3.2.2 *Obiter dictum*

Se conceituar *ratio decidendi* não foi uma tarefa fácil, aqui não será muito diferente, uma vez que o significado de *obiter dictum* está diretamente atrelado ao da *ratio decidendi*. *Obiter dictum* – ou apenas *dicta* (quando utilizada no plural) ou *dictum* (no singular) – pode ser entendida como o conjunto de argumentos jurídicos presentes na motivação de determinada decisão judicial, que possuem uma serventia suplementar, isto é, é toda a fundamentação acessória utilizada em uma decisão que, sem ela, a norma jurídica permaneceria inalterada.

Para Filho¹⁰⁶, a *obiter dictum* é o “outro componente da *stare decisis*, formado especialmente pela tradição do precedente, constitui nas questões não essenciais para a solução específica do problema, ou seja, o que não é a parte vinculante”.

Para Didier Jr.¹⁰⁷,

o *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impresso ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”).

Trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. É mencionada pelo juiz “incidentalmente” ou “a propósito” (“*by the way*”), mas pode representar um suporte ainda que não essencial e prescindível para a construção da motivação e do raciocínio ali exposto.

Normalmente é definido de forma negativa: é *obiter dictum* a proposição ou regra jurídica que não compuser a *ratio decidendi*.

Em sua explicação, fica clara a relação íntima que a *obiter dictum* possui com a *ratio decidendi*, uma vez que a primeira, mas não apenas isso, pode se utilizar do conceito da segunda para buscar o seu próprio significado. Diga-se que não apenas isso, pois este conceito pode ser extremamente raso para um elemento que, embora não seja *ratio*, não é desprezível, já que, na maioria das vezes, acaba auxiliando tanto no desempenho da motivação quanto no raciocínio utilizado nas decisões.

¹⁰⁵ MARINONI, 2016, p. 166.

¹⁰⁶ FILHO, 2018, p. 416.

¹⁰⁷ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 516-517.

Observe que, ainda conforme Didier Jr., a *obiter dictum* pode ser considerada como todas as manifestações em uma decisão que se referem a questões que não são o objeto específico da causa, “que é hipoteticamente ali considerada, ou, ainda, sobre questão irrelevante, bem como a menção a referenciais normativos impertinentes e inaplicáveis à espécie e, até mesmo, o quanto constante no voto vencido da decisão colegiada”¹⁰⁸.

Sendo assim, fica evidente que a *dictum* possui relevância e deve ser analisada casuisticamente quando se trata de precedentes judiciais, até mesmo porque, por vezes, ela pode sinalizar uma futura orientação de determinado tribunal, como também pode, em certas situações, ser erigida à condição de *ratio decidendi*, quando a identificação da *dictum* em decisões de casos anteriores acaba por se tornar, ela mesma, a *ratio decidendi* em um julgamento posterior de um *hard case*¹⁰⁹ – também denominada, nesses casos, de *ratio* alternativa ou *alternative holding*¹¹⁰.

Marinoni¹¹¹, ao comentar sobre a *dictum*, faz algumas considerações relevantes, pois, para ele,

para se compreender o significado de *obiter dictum*, ainda que na dimensão do *common law*, torna-se necessário sublinhar que a *ratio decidendi* seria um passo necessário ao alcance da decisão. Isso fundamentalmente porque, quando se olha para uma questão perguntando-se se ela constitui *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, indaga-se sobre a necessidade ou não de seu enfrentamento a fim de se chegar à decisão.

Algumas questões são indiscutivelmente desnecessárias ao alcance da decisão e, assim, são certamente *obiter dicta*. Como esclarece Neil Duxbury, as passagens que são *obiter dicta* apresentam-se de diversas formas, como as que não são necessários ao resultado, as que não conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir. [...]

Porém, há questões que nada têm a ver com o caso que está sendo julgado e questões que, embora não necessitem ser apreciadas para se chegar à decisão, têm íntima relação com o caso *sub judice*.

Por fim, deve-se, ainda, informar que a “*obiter dictum* que se aproxima da *ratio decidendi*, embora não tenha efeito obrigatório, tem efeito persuasivo bastante forte”¹¹², isto é, ela não é um elemento vinculativo como o é a *ratio*, porém, a depender

¹⁰⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 517.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 518.

¹¹⁰ SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, p. 385, citando *Highland Falls v. State apud* MARINONI, 2016, p. 176.

¹¹¹ MARINONI, 2016, p. 169-170.

¹¹² *Ibid.*, p. 172.

do grau da corte ou da eminência do magistrado, pode ser tido como elemento de persuasão para a decisão final¹¹³.

3.3 HISTÓRICO DOS PRECEDENTES

No intuito de melhor compreender o sistema de precedentes abarcado pelo Código de Processo Civil e adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se relevante apresentar, ao menos e ainda que brevemente, as duas grandes tradições jurídicas do direito ocidental, quais sejam, a *common law* e a *civil law*.

Ambas as tradições, apesar de terem se desenvolvido sob lógicas distintas, possuem objetivos comuns de “garantir a segurança jurídica, criar estabilidade e previsibilidade para os jurisdicionados, buscando soluções justas, e inserir igualdade nas decisões judiciais”¹¹⁴. Todavia, isto não é suficiente para dizer que são tradições semelhantes ou parecidas, pelo contrário, elas possuem diferenças extremamente relevantes que as colocam em rumos díspares, principalmente no que toca a importância e eficácia dadas à jurisprudência em cada uma das tradições.

A *common law*, que pode ser descrita como o direito anglo-saxão, possui origem na Grã-Bretanha, em uma época em que o direito britânico se tornou um poder único em todo o território nacional inglês, com a instauração de um poder administrativo central intenso¹¹⁵. Posteriormente, propagou-se principalmente para a América do Norte, tendo como grande figura representativa os Estados Unidos da América.

É possível afirmar que a *common law* é uma tradição jurídica baseada, de forma contundente, em precedentes, isto é, a sua principal característica é a fixação, pelo juiz, de um caso concreto como fonte do direito¹¹⁶. Pode ser compreendida como os costumes gerais observados entre o povo inglês e, dessa forma, na *common law*, para uma teoria declaratória, o juiz não cria o direito, mas apenas o declara. De outro lado,

¹¹³ FILHO, 2018, p. 416.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 121.

¹¹⁵ NASCIMENTO, Márgara Bezerra do. O precedente judicial como norma e fonte do direito no Brasil à luz do novo CPC. **Âmbito Jurídico**, set. 2014. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-precedente-judicial-como-norma-e-fonte-do-direito-no-brasil-a-luz-do-novo-cpc/#_ftn13. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

¹¹⁶ PEREIRA, Ionara Melo de Aquino. O sistema de precedentes judiciais no novo CPC e sua contribuição para uma efetiva segurança jurídica. **Brasil Escola**. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-sistema-precedentes-judiciais-no-novo-cpc-sua-contribuicao-efetiva-seguranca-juridica.htm#indice_3. Acesso em: 30 de março de 2021.

para uma teoria positivista, o direito existiria por ser estabelecido por juízes que possuíam a autoridade de criar leis, sendo, portanto, um produto da vontade dos magistrados, não algo descoberto, mas criado¹¹⁷.

Por ter como fonte primária o *case law* (precedente judicial), o direito criado pelo juiz, numa forma ampla de entendimento, contrapõe-se ao *statute law* (direito codificado). Contrapor-se, no entanto, não significa dizer que o direito codificado não é utilizado de forma alguma na *common law*, mas sim de forma supletiva, ou seja, quando não existem precedentes para uma determinada questão, o direito posto, supletivamente, será utilizado¹¹⁸.

As decisões judiciais, principal fonte do direito, na *common law*, produzem efeitos vinculantes e gerais. Dessa forma, “a norma de direito corresponde ao comando extraído de uma decisão concreta, que será aplicado, por indução, para solucionar conflitos idênticos no futuro”¹¹⁹, isto é, a partir de um problema qualquer, a norma de direito será determinada e deve ser compreendida à luz dos seus fatos mais relevantes. Mas não apenas isso, a *common law* não tem a intenção de produzir decisões e soluções abrangentes e sistemáticas, aplicáveis a todos indistintamente, mas sim, por ser mais fragmentada, de se atentar às particularidades de um caso concreto¹²⁰.

Ainda falando sobre a sua fonte primária, os precedentes exercem um papel que não deriva apenas de uma simples atribuição de especial eficácia a eles, mas sim que é fruto de tradições seculares. A *common law* está consolidada em um “conjunto de costumes, decisões judiciais e mesmo, na origem, manifestações doutrinárias de tratadistas formando um arcabouço jurídico que veio a constituir a ‘lei da terra’ ou ‘lei comum’”¹²¹.

¹¹⁷ MARINONI, 2016, p. 26-27.

¹¹⁸ PEREIRA, Ionara Melo de Aquino. O sistema de precedentes judiciais no novo CPC e sua contribuição para uma efetiva segurança jurídica. **Brasil Escola**. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-sistema-precedentes-judiciais-no-novo-cpc-sua-contribuicao-efetiva-seguranca-juridica.htm#indice_3. Acesso em: 30 de março de 2021.

¹¹⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2020, p. 5.

¹²⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2020, p. 5.

¹²¹ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 695.

Por consequência de todo o exposto, é evidente que a função do magistrado é usualmente diversa da que estamos acostumados a ver no cotidiano jurídico brasileiro. Nesta tradição, é possível considerar que o magistrado possui uma dupla função jurisdicional: a de, primeiramente, resolver o caso concreto em litígio e, em segundo lugar, enriquecer a cultura jurídica, no sentido de contribuir com a sua decisão para a formação de uma regra a ser adotada em casos similares futuros¹²².

Não induziria em erro afirmar que o ato de julgar do magistrado é dotado de ampla liberdade, no entanto seria um equívoco apenas afirmar isso. Até o século XIX, não havia um sistema de vinculação aos precedentes, o que, conseqüentemente, gerava uma falta de previsibilidade. Neste viés, a doutrina do *stare decisis* foi fundamental em alterar este fator, pois, em regra, ela determina o respeito obrigatório aos precedentes.

O *stare decisis* pode ser entendido, conceitualmente, como uma decisão judicial tomada em sede de um tribunal colegiado que obriga tanto o tribunal prolator da decisão quanto os demais juízos que a ele são vinculados¹²³. Marinoni¹²⁴, de forma semelhante, afirma que, em regra,

o termo *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão pretérita de Corte Superior), como horizontal (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juízes seja alterada).

Todavia, alerta-se para o fato de que, ainda que muito próximos, os termos *stare decisis* e *common law* não podem ser confundidos.

Sendo assim, os precedentes judiciais em si possuem origem na tradição jurídica da *common law*, onde lá constitui fonte primária do direito. Essa é a razão pela qual este trabalho inicia apontando as características desta tradição ao invés da adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a *civil law*.

A *civil law* ou sistema romano-germânico, por sua vez, tem sua origem, de modo abrangente, na Europa Ocidental e, por conta das colonizações, espalhou-se pela América Latina, atingindo também o Brasil, que sempre adotou este sistema.

¹²² SCHIMMOCK, Guilherme. **Sistema Jurídico de precedentes jurisprudenciais de acordo com o novo Código de Processo Civil**. 2017. Monografia (Pós-graduação em Direito Processual Civil). UNIJUÍ, Três Passos, 2017, p. 13.

¹²³ PEREIRA, Ionara Melo de Aquino. O sistema de precedentes judiciais no novo CPC e sua contribuição para uma efetiva segurança jurídica. **Brasil Escola**. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-sistema-precedentes-judiciais-no-novo-cpc-sua-contribuicao-efetiva-seguranca-juridica.htm#indice_3. Acesso em: 30 de março de 2021.

¹²⁴ MARINONI, 2016, p. 27.

Pode-se afirmar que ela é organizada levando como base a tripartição dos poderes, em que o poder legislativo criaria as leis, o judiciário enunciaria as suas vontades e o executivo executaria as decisões judiciais¹²⁵.

Esta tradição jurídica, diferentemente da *common law*, tem como principal fonte do direito a lei positivada. De forma secundária, são utilizados outros meios, como principalmente a doutrina, a jurisprudência e os costumes.

Idealmente, a *civil law* é pautada no seguimento às leis escritas, as quais são criadas pelo povo através de seus representantes no poder legislativo. Isto decorre, não exclusivamente, pela preocupação com a ciência do direito, na qual o jurista deve raciocinar de forma dedutiva, a partir de conceitos e categorias criadas, a fim de se alcançar uma conclusão esperada pelo sistema. Neste ideal, o magistrado teria um papel de aplicar estritamente a vontade da lei, gerando, por consequência, uma segurança jurídica esperada.

Conforme explica Mello, a “norma jurídica constitui um comando geral e abstrato, que se propõe a abranger, em sua moldura, uma variedade de casos futuros. A sua aplicação firma-se em um raciocínio dedutivo, que parte do comando geral para regular a situação particular”¹²⁶.

Por conta da noção de que o magistrado, no caso concreto, deve seguir a lei positivada, pode surgir um questionamento de que ele estaria coagido a decidir de determinada forma. Ora, embora as decisões judiciais, em regra, não produzam efeitos vinculantes *erga omnes* para o julgamento de casos futuros e tenham como primado a lei positivada, isto não significa, por si só, uma necessidade de enraizamento do magistrado, pois o texto escrito, de forma singular e separada do mundo dos fatos, não possui o condão de obrigar a prolação de uma decisão em um determinado sentido. Isto porque o direito pode ser entendido como fato, valor e norma. Este também é o entendimento de Wambier¹²⁷, o qual expõe que o significado do texto escrito

não é meramente extraído, mas construído, definido, não apenas a partir da letra da lei (que não deixa de ser elemento de grande importância), mas também dos valores sociais, políticos, econômicos, culturais reinantes na

¹²⁵ CHAVES, Iara dos Santos. Precedentes Judiciais no novo código de processo civil. **Âmbito Jurídico**, jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-no-novo-codigo-de-processo-civil-2/>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

¹²⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2020, p. 4.

¹²⁷ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 695.

sociedade. Esse papel construtivo é atribuído não apenas aos órgãos judiciais, mas a todos aqueles que aplicam, vivenciam, diariamente o direito. [...] Estabeleceram-se sistemas de Constituições rígidas e se multiplicaram as normas com caráter principiológico e (ou) que empregam conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, de modo que, cada vez mais, a definição do sentido e alcance do comando normativo depende da consideração particularizada dos valores reinantes na sociedade. Nesse contexto, as decisões jurisdicionais assumem especial importância – seja para definir soluções para o caso concreto, seja para produzir diretrizes jurisprudenciais que contribuem para a própria conformação do ordenamento jurídico como um todo.

Contudo, afirmar e sustentar tais posicionamentos não importam em alegar que o magistrado, diante do caso concreto, pode decidir conforme o seu bel-prazer. Pelo contrário, o que se está a dizer é que, o texto escrito, sem ser analisado de forma conjunta ao caso concreto e aos valores da sociedade a qual as partes integram, não terá um valor significativo a ponto de cegar o magistrado destas demais circunstâncias que envolvem os processos.

Neste sentido, o magistrado, na *civil law*, possui sim uma liberdade de julgar, mas que não pode ser ilimitada, devendo respeitar, em certa medida, além do que foi dito, as decisões passadas para casos semelhantes, pois ele, como servidor do Estado, compõe um sistema jurídico que serve não a sua vontade, mas a do cidadão. É neste exato caminho que segue o pensamento e a opinião de Marinoni¹²⁸, ao expor que pensar

que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter aos precedentes das Cortes Supremas é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao cidadão.

Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere das Cortes Supremas. O que realmente deve ter significado é a irracionalidade de o Judiciário decidir questões iguais de forma diferente. O juiz que contraria a “última palavra” do Poder de que faz parte está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de afronta ao Poder e à coerência da ordem jurídica.

É preciso colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com as Cortes Supremas. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do direito e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua decisão em obstáculo que precisa ser contornado mediante a interposição de recurso, violando o direito fundamental à duração razoável do processo. Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o que já foi fixado em precedente. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que se conhece por *distinguished*, ou seja, a diferenciação do caso sob julgamento.

¹²⁸ MARINONI, 2016, p. 55.

Com estas considerações, é possível traçar, mentalmente, desde já, algumas noções, ainda que breves, de que a tradição jurídica da *civil law* possui, hoje, um diálogo maior com a tradição da *common law*. Sobre isso, passemos a analisar mais atentamente no próximo tópico deste trabalho.

3.4 O DIÁLOGO ATUAL ENTRE A *CIVIL LAW* E A *COMMON LAW*

Em suas origens, as duas tradições jurídicas são definitivamente distintas entre si. Pelo exposto, é possível perceber que, idealmente, a *civil law* e a *common law* possuíam estruturas e objetivos diferentes. Todavia, com o passar do tempo, é inegável que ambas, dentro das suas particularidades, adquiriram características inerentes à outra tradição. E não poderia ser diferente.

A globalização e o diálogo internacional, cada vez mais intensificado, exigem que cada sistema busque em outro características suficientes para suprir lacunas ou problemas existentes no seu âmbito. Na medida em que estes problemas vão surgindo, é fácil notar no sistema vizinho uma provável solução para o seu caso e, com isso, a troca de informações vai acontecendo naturalmente.

Isso ocorre, principalmente, pelo fato incontestável de que nenhuma das tradições jurídicas é, no seu âmago, perfeita, e nem teria possibilidade razoável para tanto. É normal notar, no decorrer do tempo, adversidades que estão presentes em seu sistema. O que nasceu para ser de determinada forma, acaba não o sendo; o que era para gerar certas consequências, acaba não gerando, e assim por diante.

De forma mais científica, existem diversos fatores que levaram a isso. No que toca ao direito brasileiro, Marinoni¹²⁹ resume, dentre outras causas, à “existência de controle difuso de constitucionalidade, o emprego crescente de textos redigidos a partir de técnica legislativa aberta e, sobretudo, uma nova compreensão a respeito do significado da interpretação jurídica”.

Ainda, por mais que a lei positivada seja a fonte primária da *civil law*, tem-se um sentimento, no momento de resolver casos conflituosos e proferir uma decisão jurídica, de que a codificação, por vezes, é insuficiente. Não porque temos poucas leis, o que não é verdade, como tampouco somente porque as leis não abrangem a totalidade dos fatos, mas sobretudo porque, com o desenvolvimento das relações e

¹²⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 648.

da própria sociedade, ocorre um aumento significativo e constante da complexidade das situações apresentadas em juízo para serem solucionadas.

Por todos esses motivos e por diversos outros, fez-se necessária uma revisão do sistema, mesmo que implicitamente, para buscar reaver uma estabilidade e uma previsibilidade das decisões, aspectos fundamentais da justiça e garantidores da famigerada segurança jurídica.

De outro lado, a *common law* também tem os seus motivos para buscar uma aproximação de características pertencentes, originalmente, à *civil law*. Mello¹³⁰ exemplifica alguns destes fatores, como o “triunfo das ideias democráticas, a assunção de certos compromissos internacionais e a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas”.

De todo modo, é inegável que tenha ocorrido uma aproximação entre a *civil law* e a *common law*. Enquanto aquela cada vez mais tende a dar superior relevância à jurisprudência, preocupa-se em respeitar a liberdade e igualdade de todos e, ao mesmo tempo, as decisões judiciais passadas; esta cada vez mais busca trabalhar com um direito positivado e observar as normas postas.

Ainda que permaneçam sendo modelos muito distintos, é inquestionável a existência atual deste diálogo. Conforme expõe Wambier¹³¹, não é de hoje que é possível notar uma “aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law*: cada vez é maior a relevância que a jurisprudência assuma na *civil law*; são cada vez mais frequentes as normas jurídicas, na *common law*, que advêm de textos legais positivados”.

E mais, nas palavras de Marinoni¹³², existe

uma recíproca aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law* no mundo contemporâneo. De um lado, a tradição do *common law* cada vez mais trabalha com o direito legislado, fenômeno que já levou a doutrina a identificar a *statutorification* do *common law* e se perguntar a respeito de qual o lugar do *common law* em uma época em que cada vez mais vige o *statutory law*. De outro, a tradição de *civil law* cada vez mais se preocupa em assegurar a vigência do princípio da liberdade e da igualdade de todos perante o direito trabalhando com uma noção dinâmica do princípio da segurança jurídica, o que postula a necessidade de acompanharmos não só o trabalho do legislador, mas também as decisões dos tribunais, em especial das Cortes Supremas, como expressão do direito vigente.

¹³⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2020, p. 5.

¹³¹ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 694-695.

¹³² MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 647-648.

O que Marinoni descreve é indubitável. Hoje, nos países de tradição da *civil law*, especialmente no Brasil, a fim de obter o conhecimento para solucionar um determinado problema, não basta apenas que o jurista procure a resposta na legislação positivada. É mais do que necessário que ele observe como os tribunais estão decidindo acerca daquela questão, acima de tudo os Tribunais Superiores. A lei, tida inicialmente como fonte primária do direito, hoje, por si só, é insuficiente. Até porque, conforme Mello¹³³, “há uma tendência indiscutível a conferir efeitos vinculantes e gerais às decisões judiciais proferidas pelas cortes constitucionais”.

Mas não apenas isso, os Tribunais paulatinamente vêm se utilizando de uma interpretação ampliativa e extensiva dos textos normativos positivados. O juiz como boca da lei (*bouche de la loi*) não existe mais. Hoje, assim como ocorre há séculos na *common law*, o magistrado possui o poder de interpretar a lei e fazer gerar a norma – e sem aqui fazer qualquer referência ao ativismo judicial e adentrar em seu mérito, que não é tema para debate neste momento.

Atualmente, o magistrado possui, na *civil law*, um outro papel de extrema relevância, qual seja, à ele é conferido um dever-poder de controlar a constitucionalidade de determinada lei no caso concreto, sendo que este dever-poder também decorre, em partes, da tradição jurídica da *common law*.

Acerca do tema, discorre Filho¹³⁴ que

o juiz da *civil law* passou a exercer atividade tão criativa quanto seu colega do direito costumeiro, negando os princípios de sua tradição. O Controle de Constitucionalidade, bem como a ferramenta de declaração parcial de nulidade sem redução do texto, são exemplos típicos desta afirmativa, eis que demonstram que o atual juiz do *civil law* não mais submete-se à lei *stricto sensu*, mas exerce o controle sobre esta em face da Constituição. Analisado também o Controle da Convencionalidade, que mostra ainda mais a tarefa conformadora dos direitos fundamentais na atuação judicial brasileira.

Todo o exposto acerca das mudanças das características da tradição da *civil law* está baseado, sobretudo, num ponto comum: busca-se, incontestavelmente, uma maior segurança jurídica. O dever de respeito aos precedentes, tão defendido por Marinoni, objetiva a observância da segurança jurídica, garantindo aos cidadãos uma isonomia de tratamento e prestação jurisdicional pelo poder judiciário e uma maior

¹³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2020, p. 6.

¹³⁴ FILHO, 2018, p. 221.

previsibilidade das decisões judiciais. E é sobre este princípio que veremos na primeira parte do próximo capítulo deste trabalho.

4 PRINCÍPIOS RELEVANTES NA ANÁLISE DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

Para os fins que este trabalho se propõe a alcançar, diversos são os princípios que possuem relevância e acabam influenciando no desenvolvimento da pesquisa. Porém, não é o caso de trabalhar com eles individualmente e em sua totalidade.

De forma ilustrativa, os princípios da segurança jurídica, igualdade, coerência da ordem jurídica, contraditório, duração razoável do processo, economia processual, motivação das decisões judiciais, eficiência judicial, entre diversos outros, possuem o condão de nortear a análise dos precedentes judiciais, sendo que todos eles compõem um conjunto de argumentos favoráveis a seguir e respeitar os precedentes.

No lado oposto, a ideia de autonomia e independência dos magistrados, muito calcada no princípio do livre convencimento motivado do juiz, a separação dos poderes e a estabilização ou estagnação do direito, constituem obstáculos ou argumentos contrários ao respeito obrigatório aos precedentes.

Todos estes princípios são relevantes e norteiam a análise dos precedentes, quanto a isso não restam dúvidas. Todavia, a fim de se ater ao conteúdo principal do trabalho, foram selecionados dois princípios que podem, em maior grau, influenciar na sua conclusão, quais sejam, o princípio da segurança jurídica e do livre convencimento motivado do juiz.

Sendo assim, de forma extremamente breve e concentrada, passa-se à análise destes dois princípios, levando sempre em consideração o objetivo que este trabalho se propõe a atingir.

4.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica pode ser considerado como o principal motivo ou razão para se seguir os precedentes, conforme a doutrina de um modo geral. Não existe um jurista que, ao se debruçar sobre o tema dos precedentes, não mencione a segurança jurídica. E, indubitavelmente, há uma razão para tanto.

A segurança jurídica, em seu aspecto conceitual, pode ser entendida como estabilidade e previsibilidade. Estabilidade no sentido de que a ordem jurídica deve ser contínua, de que o Estado não pode, em regra, alterar situações consolidadas no passado, mas que, pelo contrário, deve respeitá-las no presente e no futuro. E

previsibilidade das consequências jurídicas de uma certa conduta e quanto à atuação do Estado-juiz.

A fim de que a segurança jurídica não seja generalizada, ela se vale destes dois elementos, os quais são imprescindíveis para sua caracterização: previsibilidade e estabilidade. Enquanto o primeiro possui caráter mais subjetivo, o segundo é visto em uma perspectiva objetiva. Marinoni¹³⁵, ao tratar destes elementos de forma conjunta, expõe brilhantemente que, a fim de que

o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se lhe garantir previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Mas essa previsibilidade pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados. Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. [...] Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito.

Ao tratar especificamente sobre o elemento da previsibilidade, Marinoni afirma que são necessárias certas condições para que haja efetivamente previsibilidade. Para ele¹³⁶, se

é certo que não há como prever uma consequência se não houver acordo acerca da qualidade da situação em que se insere a ação capaz de produzi-la, também é incontestável que esta depende, para gerar previsibilidade, da possibilidade da sua compreensão em termos jurídicos e da confiabilidade naqueles que detêm o poder para afirmá-la. Sendo assim, sustenta-se que a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada.

Já em relação ao elemento da estabilidade, que é visto em uma dimensão objetiva, Marinoni¹³⁷ entende que é

preciso que a ordem jurídica – e, assim, a lei e as decisões judiciais – tenham estabilidade. Ela deve ter um mínimo de continuidade, até mesmo para que o Estado de Direito não seja um Estado provisório, incapaz de se impor enquanto ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade diante dos cidadãos.

[...] a estabilidade não se traduz apenas na continuidade do direito legislado, exigindo, também, a continuidade e o respeito às decisões judiciais, ou melhor, aos precedentes. [...]

Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais não se veem como integrantes do sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão de globalidade do sistema de produção de decisões [...].

¹³⁵ MARINONI, 2016, p. 98.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 98-99.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 103.

Pretende-se, com a segurança jurídica, portanto, evitar contradições e instabilidades no ordenamento jurídico. De forma sucinta, busca-se que o Estado, ao julgar uma demanda em que se tenha uma questão de fato e de direito idêntica, sem que haja qualquer fator justificador de diferenciação de tratamento, não apresente respostas distintas. À casos iguais, necessita-se de respostas idênticas. Desejar a segurança jurídica é clamar pela sempiterna justiça.

Conforme expõe Marinoni¹³⁸ acerca da essência deste princípio, a “segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’”.

Didier Jr.¹³⁹, por sua vez, afirma que a segurança jurídica se trata “de princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento *presente*”.

Diante dessas breves considerações, é possível afirmar que um Estado de Direito que se preste à tutelar as necessidades de seus cidadãos deve, invariavelmente, buscar segurança jurídica. Da segurança jurídica, surgem diversos outros princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da proteção da confiança, os quais fornecem aos cidadãos uma garantia mínima de confiabilidade nas decisões judiciais.

É nesse sentido que Didier Jr.¹⁴⁰ expõe que

o princípio de segurança jurídica impõe não apenas o dever de respeito aos precedentes judiciais – e aos diversos efeitos que lhe são atribuídos pelo ordenamento – como também o dever de o tribunal uniformizar a jurisprudência, evitando a propagação de teses jurídicas díspares acerca de situações de fato semelhantes.

O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes.

Em termos legislativos, o Código de Processo Civil de 2015 buscou aperfeiçoar o tratamento dado aos precedentes, uma vez que respeitar os precedentes gera, conseqüentemente, uma maior segurança jurídica. A segurança jurídica pode ser

¹³⁸ MARINONI, 2016, p. 96.

¹³⁹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 543.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 543-544.

verificada, ainda que não de forma explícita, na Constituição Federal, assumindo a figura de direito fundamental, além de princípio da ordem jurídica estatal, pois regulada também pelo Código de Processo Civil.

O art. 5º da Constituição Federal tutela a segurança jurídica em diversos incisos, quais sejam, incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) e XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal). Percebe-se que, aqui, a preocupação – tradicional, inclusive – diz respeito a situações consolidadas no passado.

Por sua vez, o Código de Processo Civil traz, em seus artigos 926 e 927, *caput* e parágrafos, deveres e regras que devem ser observados pelo Estado-juiz, tanto na forma do juiz singular quanto dos tribunais. Observe o que dispõe o conteúdo dos referidos artigos:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Inclusive, ao se analisar estes artigos, percebe-se que os parágrafos 3º e 4º do artigo 927 fazem referência explícita à segurança jurídica, no caso de alteração e modificação de jurisprudência dominante ou pacificada, devendo levar em consideração a segurança jurídica ao se fundamentar adequada e especificamente as decisões. Na realidade, o parágrafo §4º faz referência direta ao princípio da motivação

judicial, que exige do magistrado o dever de fundamentação de suas decisões, a respeito do disposto no artigo 489, §1º, também do Código de Processo Civil.

De todo modo, o que está presente é uma tentativa do legislador de dar uma importância elevada aos precedentes, com o intuito de que, ao respeitá-los, a segurança jurídica seja também observada.

O respeito aos precedentes está atrelado, como visto anteriormente, à tradição jurídica da *common law* e isso demonstra, neste interim, a aproximação desta cultura com a ainda vigente no Brasil, a *civil law*. Isto advém do fato de que, ao longo do tempo, foi-se percebendo que a lei, fonte primária da *civil law*, não estava, por si só, sendo capaz de apresentar segurança jurídica, uma vez que, por incontáveis vezes, a lei era interpretada de forma distinta por julgadores diferentes (ou até mesmo pelo próprio julgador em situação passada), gerando decisões judiciais desiguais para casos semelhantes.

Quanto a essas situações, Wambier traz explicações e soluções baseadas, antes de mais nada, num respeito aos precedentes, mas que passa também pela necessidade de uma fundamentação adequada por parte do magistrado. Conforme o doutrinador¹⁴¹,

é imprescindível que se estabeleçam sistemas de controle que permitam aos diferentes órgãos e integrantes do tribunal e aos graus de jurisdição inferiores identificar com facilidade as questões jurídicas que já foram levadas a julgamento e o modo como foram resolvidas. Assim, são necessários repertórios jurisprudenciais com indexação precisa, não apenas dos assuntos versados, mas dos dispositivos normativos interpretados e aplicadas em cada decisão. Em grande medida, as contradições e instabilidades da orientação jurisprudencial dos tribunais advêm de absoluta falta de controle daquilo que já decidiu e como já se decidiu. [...] Os repertórios jurisprudenciais organizados com rigor prestam-se a diminuir o risco de situações como essa. Permitem a precisa identificação do que já se decidiu – seja para que se torne a adotar o mesmo entendimento, seja para que, quando houver fundados motivos para tanto, se proponha uma nova orientação.

E a coerência e integridade jurisprudenciais não se satisfazem com a simples consistência nas reiteradas manifestações do tribunal a respeito de uma *mesma e única questão jurídica* que se repita em vários casos. Mais do que isso, é preciso também que haja correspondência, proporcionalidade, no trato de questões que, embora não idênticas, sejam análogas; é necessário ainda que, quando, uma mesma premissa puser-se para a solução de duas questões, mesmo sendo essas distintas, aquela seja definida, em ambos os casos, nos mesmos termos, se não houver um fator que justifique a distinção – e assim por diante. Vale dizer, não bastam coerência e integridade sob o aspecto puramente formal, restrito a cada específica questão jurídica. Esses atributos precisam pôr-se em termos substanciais, de modo que conceitos, categoriais gerais, institutos jurídicos sejam delineados e aplicados pelo tribunal de um modo consistente, constante, homogêneo. Caberá ao próprio tribunal, quando produz decisões que virão a constituir precedentes, justificar as razões por que deixa eventualmente de adotar como premissas diretrizes

¹⁴¹ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 700-701.

por ele mesmo estabelecidas, em precedentes anteriores – demonstrando sua superação ou elementos diferenciais contidos na nova questão (art. 489, § 1.º).

Dessa forma, observar o princípio da motivação das decisões judiciais também contribui significativamente para a existência de um ordenamento jurídico que respeite a segurança jurídica. Mas não apenas isso, respeitar os precedentes, como dito, é também visar obter segurança jurídica. Todavia, deve-se ponderar até que ponto o respeito cego aos precedentes pode continuar a trazer benefícios e proporcionar segurança jurídica ao ordenamento.

Ora, se antes, na tradição da *civil law*, a lei positivada era a única fonte do direito e ela, *a priori*, deveria trazer segurança jurídica, mas isso, como é amplamente sabido, não aconteceu efetivamente – e não à toa o ordenamento tentou buscar abrigo no sistema de precedentes, oriundo da *common law* –, será que elevar os precedentes ao patamar máximo de respeito também não pode levar ao mesmo equívoco?

Na visão de Juraci Mourão Lopes Filho e de Pereira, é completamente possível que isso ocorra. Segundo a autora¹⁴²,

se a segurança jurídica se consubstanciar em previsibilidade de resultados com base em enunciados preestabelecidos, os precedentes não funcionam para esse propósito mais do que as leis. Se os atores do processo judicial praticarem a sistemática de precedentes buscando a mesma ilusão exegética (se “a” então “b”) que fizeram outrora com as leis, o sistema se mostrará inviável. Se houver apenas o intuito de buscar essa previsibilidade com a fixação de julgamentos dos tribunais superiores, o que vai existir é um sistema artificial decorrente apenas de prestígio hierárquico do Judiciário e não da essencialidade de um verdadeiro sistema de precedentes, que jaz na análise pormenorizada dos fatos ensejadores de determinada *ratio decidendi*. Não pode, então, o precedente ser tomado como um instrumento de antevisão de resultados: ele tem de ser interpretado e discutido. Dessa forma, a segurança jurídica será conferida quando houver coerência na evolução da nova tradição judiciária.

Há lógica neste pensamento, mas deve ser visto com cautela. No sistema da *civil law*, foi verificado na prática que as leis positivadas, quando aplicadas como única fonte normativa, não são capazes de promover segurança jurídica. Comparar os precedentes com as leis como fossem instrumentos similares, pode levar a conclusões errôneas. Conforme a autora, isso só aconteceria em uma hipótese onde os precedentes são preestabelecidos e que possuam simplesmente uma carga

¹⁴² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 113-121 *apud* PEREIRA, Ionara Melo de Aquino. O sistema de precedentes judiciais no novo CPC e sua contribuição para uma efetiva segurança jurídica. **Brasil Escola**. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-sistema-precedentes-judiciais-no-novo-cpc-sua-contribuicao-efetiva-seguranca-juridica.htm#indice_3. Acesso em: 30 de março de 2021.

exegética por trás. Ao analisar casos idênticos, com as mesmas questões fáticas e de direito, e não havendo qualquer outro fator que justifique um tratamento desigual, o magistrado deve proferir uma decisão semelhante.

Assim, de forma casuística, o juiz irá analisar o precedente e verificar se todas as suas características são equivalentes ao caso que está enfrentando e, caso entenda que sim, deve respeitar o precedente. Respeitando-o, a segurança jurídica será, neste caso, preservada.

Nesse sentido, Marcus Vinícius Barreto Serra Júnior¹⁴³ afirma que é “preciso assegurar a discricionariedade do magistrado para interpretar as normas e aplicá-las ao caso concreto, mas essa liberdade não pode ser tomada como absoluta, de tal maneira que se consagre o fenômeno da jurisprudência lotérica”, pois, caso contrário, estar-se-ia afrontando o princípio da segurança jurídica.

O que se tem, portanto, conforme assevera Mello¹⁴⁴, é que a “aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia”. Isto é, promover segurança jurídica atrai também o respeito ao princípio da isonomia, igualmente relevante para uma eficaz tutela dos direitos dos cidadãos.

Dessa forma, garantir a segurança jurídica mostra-se como uma necessidade de qualquer ordenamento jurídico. Para alcançá-la, diante de toda a história brasileira e das tradições da *civil law* em sua generalidade, não basta olhar para o viés tradicional da lei positivada, ou simplesmente de padrões de segurança criados pelo Estado, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, mas é preciso dar um passo adiante e observar a segurança jurídica também no aspecto de segurança dos atos jurisdicionais, numa forma de respeitar os precedentes e, com isso, respeitar a previsibilidade e a estabilidade¹⁴⁵.

¹⁴³ JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto Serra. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa – RIL**, Brasília, a. 54, n. 214, p. 131-152, jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131.pdf. Acesso em: 02 de abril de 2021. P. 146.

¹⁴⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2020, p. 17.

¹⁴⁵ JÚNIOR, 2017, p. 146.

4.2 O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ

O princípio do livre convencimento motivado do juiz, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, perdeu um pouco de força, mas ainda permanece sendo válido. Inseto no artigo 371, afirma que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Embora este princípio esteja originalmente ligado à produção de provas, ele traz consigo uma dúlice análise da conduta do magistrado. O juiz é independente para decidir; e sua decisão deve ser sempre fundamentada. Assim, tem-se, ainda que de modo extremamente raso, que o juiz é livre para decidir da forma que melhor lhe aprouver, desde que fundamente esta decisão.

Todavia, tem-se que, no estudo dos precedentes, a independência do juiz acaba sendo um ponto de inquietação. Ou melhor, um dos argumentos contrários ao respeito aos precedentes é a existência da independência dos juízes, no sentido de que, ao aplicar o sistema dos precedentes, conseqüentemente isto afetaria a liberdade do julgador, já que este não poderia inovar nos casos sob julgamento, ainda que de forma fundamentada.

Antes de adentrar ao mérito desta afirmação, cabe fazer um breve comentário acerca da diferenciação do princípio do livre convencimento motivado com a necessidade de motivação das decisões judiciais.

Ora, existe uma regra no ordenamento jurídico segundo a qual toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Ela encontra baliza na Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, bem como aparece no Código de Processo Civil, nos artigos 489, §1º e 927, §1º.

Esta regra impõe que o magistrado, ao proferir qualquer decisão, fundamente-a. É isso a que se chama de necessidade de motivação das decisões judiciais. De forma contrária ao princípio do livre convencimento judicial, esta regra pode ser entendida como um argumento favorável ao respeito aos precedentes. Neste aspecto, uma decisão judicial tem como fundamento adequado, segundo Didier Jr.¹⁴⁶, “aquilo que se reputa como *fundamento útil* para a solução do caso e para a perfeita identificação do precedente”.

¹⁴⁶ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 545.

Importante apenas ressaltar, ainda quanto a este ponto, que fundamentar uma decisão não significa simplesmente se limitar a repetir os termos da lei, de uma ementa jurisprudencial ou oriundos da doutrina. Conforme o entendimento de Didier Jr.¹⁴⁷, é

preciso – e *exigível* – que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie, também de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso – e, igualmente, exigível – que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstanciais de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento.

Ultrapassada esta questão, retorna-se ao argumento de que a aplicação do sistema de precedentes seria uma violação à independência do juiz, porque todo magistrado, dentro do ordenamento jurídico, teria uma independência para interpretar a lei da forma que achar correta e mais adequada ao caso concreto, desde que o faça de forma fundamentada, motivada.

Em um cenário onde se quer ver uma prestação jurisdicional aos cidadãos que proporcione decisões idênticas à casos semelhantes, não há espaço algum para este tipo de argumentação. Respeitar os precedentes garante segurança jurídica ao ordenamento e isso supera, em muito, um teórico poder do magistrado de decidir de forma contrária aos Tribunais Superiores. Em outros termos, respeitar os precedentes não significa afrontar a independência dos juízes, salvo se essa suposta independência dê azo ao juiz de proferir decisões que terminem por proporcionar tratamento desigual a casos idênticos. Até porque, no caso concreto, os Tribunais Superiores podem decidir diferentemente do que já havia se estabelecido em precedente, quando ficarem verificadas peculiaridades as quais demonstrem que, caso se aplique o precedente, estaria sendo cometida uma injustiça ou uma excessiva restrição ao desenvolvimento do direito¹⁴⁸.

É nesse sentido que se encontra a afirmação de Chaves¹⁴⁹, quando diz que a “independência funcional dos magistrados é garantia instrumental cujo fim se destina

¹⁴⁷ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 544.

¹⁴⁸ MARINONI, 2016, p. 141.

¹⁴⁹ CHAVES, Iara dos Santos. Precedentes Judiciais no novo código de processo civil. **Âmbito Jurídico**, jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-no-novo-codigo-de-processo-civil-2/>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

a assegurar a imparcialidade dos julgados. Nesse passo, essa garantia não deve fundamentar uma postura arrogante e indigna que sobrepõe o Judiciário”.

Portanto, o princípio do livre convencimento motivado do juiz não pode ser utilizado como fundamento para denegar o respeito – necessário – aos precedentes, uma vez que a independência do juiz não é argumento suficiente para ser utilizado a justificar decisões do poder judiciário que sejam díspares para casos idênticos.

O que se tenta demonstrar é que respeitar os precedentes não importa, em seu fim, em uma subordinação do juiz inferior ao superior, mas sim que visa fazer com que todo o poder judiciário respeite os precedentes, uma vez que ele possui o dever de prestar soluções aos casos concretos que sejam, obrigatoriamente, isonômicas e racionais.

Mais do que isso, defender que o princípio do livre convencimento motivado dos juízes pode ser utilizado como argumento a barrar a força dos precedentes seria uma violação da igualdade de tratamento dos cidadãos pelo Estado e do próprio Estado de Direito. É neste mesmo sentido que Marinoni¹⁵⁰ assevera que viola

a igualdade e o Estado de Direito admitir que um caso, cuja questão jurídica já foi definida pelas Cortes Supremas, possa ser julgado de forma distinta por um órgão inferior do Poder Judiciário, quando, como todos sabem, a jurisdição é una. Ora, se não há dúvida que o Judiciário, tomado em sua unidade, não pode atribuir vários significados à lei ou decidir casos iguais de forma desigual, restaria àqueles que sustentam que o juiz não pode se subordinar ao precedente, o argumento de que o Judiciário pode e deve ter diversos entendimentos e decisões sobre a mesma lei e o mesmo caso, como se fosse um Poder irremediavelmente multifacetado.

É preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdente, digladiam-se.

O juiz e os órgãos judiciários são peças dentro do sistema de distribuição de justiça. Para que este sistema possa realmente funcionar em um Estado de Direito, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário realmente possa se desincumbir dos seus deveres perante os cidadãos, prestando a tutela jurisdicional de forma isonômica e com coerência.

É possível afirmar que respeitar os precedentes em detrimento de uma liberdade jurisdicional cega e irrestrita é assegurar que o ordenamento jurídico privilegie os princípios da igualdade, do dever de confiança e da segurança jurídica, a fim de que, em casos semelhantes, o poder judiciário não possa fornecer decisões díspares.

¹⁵⁰ MARINONI, 2016, p. 150-151.

Faz-se necessário, portanto, raciocinar o princípio do livre convencimento motivado e a autonomia dos juízes como uma parcela de um poder jurisdicional, que é uno e serve para atender às necessidades dos cidadãos, e não como algo singular, onde o juiz é um agente dotado de soberania judicial e tem o poder de dizer o direito sem se preocupar se as suas decisões são manifestamente contrárias aos precedentes ou não¹⁵¹. Ora, se não fosse assim, o ordenamento estaria a privilegiar o arbítrio e a parcialidade, até mesmo porque, conforme Marinoni¹⁵², se “o juiz pode atribuir significados distintos à mesma norma, o juiz parcial está livre para decidir como lhe convier, bastando justificar as suas opções arbitrárias”. Todavia, se o ordenamento jurídico for programado de forma a respeitar os precedentes, “o juiz não pode, ainda que deseje, ser parcial ou arbitrário”¹⁵³.

¹⁵¹ MARIOZI, 2010, p. 50.

¹⁵² MARINONI, 2016, p. 130.

¹⁵³ *Id.*

5 A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO BASE PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Neste momento, após terem sido analisados os pontos basilares da ideia central deste trabalho – a tutela da evidência, os precedentes judiciais e alguns dos princípios mais relevantes para o desenvolvimento do estudo –, deve-se adentrar ao tema principal, verificando efetivamente a utilização dos precedentes como base para a concessão da tutela da evidência.

Para tanto, primeiramente será feita uma análise geral do artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, de forma sucinta, simplesmente para apresentar esta hipótese específica de concessão da tutela da evidência, bem como os seus aspectos mais pertinentes.

Feito isso, passa-se a examinar as possíveis razões utilizadas pelo legislador para limitar as espécies de precedentes na hipótese específica do art. 311, II, CPC, a fim de tentar entender se a limitação posta faz sentido e deve permanecer sendo levada em consideração ou, caso contrário, se as hipóteses previstas são meramente exemplificativas e devem ser assim compreendidas na análise pelo magistrado do caso concreto.

Após analisada as possíveis razões do legislador, deve-se compreender brevemente a relação existente entre o possível uso de outros tipos de precedentes judiciais com as tradições jurídicas já analisadas, principalmente no tocante à aproximação da cultura da *common law* à cultura jurídica ainda adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a *civil law*, bem como confrontar esta utilização com os princípios abordados anteriormente.

Por fim, diante de toda a base construída até então, passa-se a analisar a possibilidade, ou não, de efetivamente considerar outros tipos de precedentes judiciais como sendo aptos a ensejar a concessão da tutela da evidência e qual deve ser o entendimento jurídico mais correto a ser adotado quanto a esta questão.

5.1 ANÁLISE GERAL DO ART. 311, II, CPC

O artigo 311 do Código de Processo Civil está disposto da seguinte forma:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
 - II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
 - III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
 - IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
- Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Para os fins propostos pelo presente trabalho, o inciso II é o mais relevante, o qual diz que a tutela da evidência será concedida, ainda que não esteja presente a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo – *periculum in mora* –, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Apenas como uma observação e um conselho, informa-se que este inciso foi examinado de forma extremamente detalhada no tópico 2.2.3 deste trabalho, pelo que se aconselha ao leitor que o revise neste momento, caso seja pertinente ou necessário, a fim de lembrar os aspectos mais relevantes lá discutidos.

De todo modo, resumidamente, é importante perceber que o inciso II do artigo 311 do CPC traz dois requisitos para a concessão da tutela da evidência, sendo que o primeiro se refere às alegações de fato do autor, que devem ser passíveis de comprovação por meio unicamente documental, enquanto o segundo exige que haja uma tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Basicamente, tem-se um requisito de fato e outro de direito, respectivamente. Em relação ao segundo, percebe-se que o legislador limita apenas aos casos em que o fundamento normativo da demanda é embasado em enunciado de súmula vinculante ou em julgamento de casos repetitivos e, portanto, questiona-se se esta limitação é apta efetivamente a ser reproduzida na realidade jurídica ou se é possível estender as hipóteses.

Para tanto, primeiramente devem ser analisadas as possíveis razões utilizadas pelo legislador para limitar as espécies de precedentes judiciais nesta hipótese, o que se faz a seguir.

5.2. AS RAZÕES DO LEGISLADOR PARA LIMITAR AS ESPÉCIES DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ART. 311, II, CPC

A tutela da evidência, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, possui uma função específica de permitir uma redistribuição do ônus da demora do processo, isto é, uma distribuição dinâmica do ônus do tempo entre o autor e o réu, a fim de evitar a demora da prestação de uma tutela jurisdicional em favor da parte que está, neste caso, amparada em uma tese jurídica já consolidada pelos precedentes judiciais.

Nas palavras de Wambier¹⁵⁴, a tutela da evidência deve ser aplicada, de um modo geral, nos casos onde “a probabilidade de que o autor tenha razão no que pede é tão mais alta – ou seja, há a seu favor uma verossimilhança tão mais intensa –, que se constata ser um gravame desproporcional ao autor ter de arcar com peso da demora do processo”.

Isto significa dizer, basicamente, que a parte a qual detiver uma probabilidade inferior de vitória no processo deve arcar, ou suportar, o ônus do tempo no processo¹⁵⁵. Justifica-se a existência de uma tutela da evidência justamente porque o processo não foi criado a fim de punir o detentor de um direito, pelo contrário, deseja-se ver um processo em que a parte que efetivamente possua o direito venha a ter ele satisfeito.

Por outro lado, o artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil dispõe que a tutela da evidência só será concedida, ainda que não se demonstre perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Além da necessidade de se cumprir o pressuposto de fato, o legislador impõe que se preencha um segundo pressuposto, de direito, referente à existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Porém, percebe-se que o legislador, nesta hipótese, limitou que o fundamento normativo da

¹⁵⁴ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 898.

¹⁵⁵ ARSUFFI, Arthur Ferrari. Considerações sobre o inciso II do art. 311 do CPC/2015: Perspectivas probatória e do uso dos precedentes. **Revista dos Tribunais Online**, vol. 282/2018, p. 201-227, ago. 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017470bc5b5a57ad87d5&docguid=le9a0926081ad11e8b627010000000000&hitguid=le9a0926081ad11e8b627010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 de setembro de 2020, p. 5.

demanda consista apenas nas situações de julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante.

Ora, se a função primordial apta a fundamentar a existência da tutela provisória de evidência seria a de permitir a redistribuição do ônus da demora do processo, mas o legislador entendeu por bem limitar as hipóteses de concessão no art. 311, II, CPC, parece que há aqui uma forte inconsistência. Portanto, à princípio, esta limitação não se sustentaria.

Todavia, cabe analisar as possíveis razões utilizadas pelo legislador para limitar os tipos de precedentes na hipótese específica do art. 311, II, CPC, a fim de tentar compreender se a limitação posta deve ser seguida nos casos concretos ou, via contrária, se as hipóteses elencadas devem ser entendidas como meramente exemplificativas.

Num primeiro momento, a razão mais plausível que o legislador poderia ter utilizado para restringir as hipóteses de precedentes seria aquela que diz que os precedentes elencados no art. 311, II, CPC, podem ser enquadrados como precedentes vinculantes fortes (de vinculação forte ou de força vinculante em sentido estrito).

Estes precedentes, com base numa classificação doutrinária¹⁵⁶, seriam aqueles cujo desrespeito enseja reclamação (art. 988, CPC). Dessa forma, estariam abarcadas as decisões finais na ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, as súmulas vinculantes, bem como o acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, as decisões proferidas nos procedimentos de recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

Porém, pelo exposto é plenamente possível observar que, ainda que o legislador tivesse utilizado este critério como base para limitar as hipóteses de precedentes, teriam de haver outros exemplos de precedentes na literalidade do dispositivo legal, uma vez que ela abrange apenas os julgamentos de casos repetitivos (engloba o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os procedimentos de

¹⁵⁶ Nesse sentido: WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 698, bem como WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 517 *apud* ARSUFFI, 2018, p. 5.

recursos especiais e extraordinários repetitivos, com base no art. 928, CPC) ou de súmula vinculante.

Ipsa facto, não parece que o legislador tenha utilizado esta classificação de força de vinculação dos precedentes como razão para limitar as hipóteses de precedentes no art. 311, II, CPC.

Outro possível fundamento seria o de que o legislador quis dar preferência aos precedentes previstos na Constituição Federal. Ora, a simples leitura de poucos artigos do texto constitucional, leis ordinárias e do Código de Processo Civil já exclui esta possibilidade.

Primeiro porque a Constituição Federal apenas dota de efeito vinculante os precedentes referentes às decisões na ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, §2º, CRF/88), ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, §2º, CRF/88), arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, CRF/88 c/c art. 10, §3º, lei nº. 9.882/99) e à súmula vinculante (art. 103-A, CRF/88). Percebe-se, portanto, que, dentre as hipóteses previstas no art. 311, II, CPC, apenas a súmula vinculante foi dotada deste efeito pela Constituição Federal.

Mas não apenas isso, o referido artigo, além da súmula vinculante, possibilita a concessão da tutela da evidência nos julgamentos de casos repetitivos. Estes precedentes, por outro lado, estão previstos no Código de Processo Civil, em seus artigos 927, III e 985, §1º.

Sendo assim, impossível pensar que teria sido esta a razão pela qual o legislador se baseou para prever apenas as situações de julgamentos de casos repetitivos e de súmula vinculante no art. 311, II, CPC.

Por fim, outra possível razão seria que o legislador tivesse observado qualquer diferença entre os precedentes analisados que fossem suficientes para justificar a previsão expressa de apenas quatro deles (levando em consideração que o julgamento de casos repetitivos comporta o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os procedimentos de recursos especiais e extraordinários repetitivos) e, ao mesmo tempo, fosse uma diferença forte o suficiente para excluir os demais precedentes do art. 927, CPC, podendo ser inclusive referente ao grau elevado de importância ou relevância daqueles precedentes quanto aos demais.

Todavia, esta fundamentação também não se sustenta. Não há, em regra, diferença alguma entre os precedentes previstos no art. 311, II, CPC para os demais precedentes do art. 927, CPC. Este dispositivo legal, por si só, determina que os juízes

e os tribunais, indistintamente, devem observar todos os precedentes elencados em seu rol.

Quanto a isso, diversas são as justificativas que demonstram não haver quaisquer diferenças entre os precedentes. Vejamos.

O art. 311, II, CPC, em sua literalidade, possibilita a utilização de tese firmada em julgamento de casos repetitivos, como no recurso especial repetitivo, mas não admite que a concessão da tutela da evidência esteja fundada em decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade. Percebe-se que o primeiro não pode ser considerado como mais relevante ou importante que o segundo, não só porque este está previsto na Constituição Federal enquanto aquele possui previsão no Código de Processo Civil, mas também porque a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade dispõe de um contraditório qualificado e de uma ampla participação da sociedade civil, o que lhe garante um maior grau de legitimidade quando comparado com o recurso especial repetitivo¹⁵⁷.

Além disso, o art. 311, II, CPC, igualmente em sua literalidade, possibilita a utilização de tese firmada em julgamento de recurso extraordinário repetitivo, mas não admite a utilização de tese firmada em julgamento de recurso extraordinário comum quando tiver repercussão geral reconhecida. Ora, o Código de Processo Civil, em seus artigos 988, §5º, II, e 1.030, I, praticamente iguala a força vinculante entre essas duas modalidades de recurso extraordinário¹⁵⁸. Dessa forma, não haveria razão para que o legislador distinguisse essas modalidades ao tratar da tutela da evidência, até mesmo por uma análise sistemática do Código de Processo Civil.

Não fosse o bastante, o art. 311, II, CPC, em sua literalidade, possibilita a utilização de tese firmada em julgamento de recurso especial repetitivo, mas não admite a utilização de enunciados de súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Ambas as situações decorrem de entendimentos do STJ, mas, no caso da tutela da evidência, o legislador prestigiou apenas uma delas. A existência de súmulas editadas pelo STJ pressupõe que antes tenha havido o julgamento de casos reiterados sobre um determinado assunto e sempre no mesmo sentido, logo, não haveria grau de relevância superior em um dos precedentes que fosse apto a diferencia-los na tutela da evidência¹⁵⁹.

¹⁵⁷ ARSUFFI, 2018, p. 6.

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.*

Mas não apenas isso, a súmula editada pelo STJ, pela ótica do CPC, também pode ser considerada como súmula vinculante. A Constituição Federal apenas atribui esta força vinculante à súmula editada pelo STF, mas isto não significa que o Código de Processo Civil não possa atribuir força semelhante à súmula editada pelo STJ, até mesmo porque a Constituição Federal é responsável por tratar de matérias constitucionais e as súmulas editadas pelo STF são referentes a matérias constitucionais. De outro lado, as súmulas editadas pelo STJ se referem a matérias infraconstitucionais e, quanto a isso, o Código de Processo Civil é apto a atribuir efeito vinculante à súmula.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 927, inciso IV, determina que os juízes e os tribunais observem os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional. É uma determinação e, portanto, um dever e não uma faculdade. Além do CPC, o regimento interno do STJ também prevê força vinculante às suas súmulas, conforme disposição do art. 121-A, *in verbis*:

Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o artigo 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

É neste sentido o entendimento de Lucas Micherif de Moraes¹⁶⁰, ao dizer que parece, para ele, “correto afirmar que, muito embora o legislador tenha usado o termo vinculante no inciso II do artigo 311, os enunciados de súmulas do STJ devem servir para concessão da tutela de evidência, se preenchidos os demais requisitos”.

Dessa forma, diante de todo o exposto neste tópico, parece razoável afirmar que nenhuma das possíveis razões utilizadas pelo legislador para limitar os tipos de precedentes na hipótese específica do art. 311, II, CPC, seria apta a este fim. Logo, faz mais sentido entender as situações previstas pelo legislador como sendo meramente exemplificativas e não como um rol taxativo.

É possível chegar a esta conclusão inclusive quando se pensa que o art. 311, II, CPC, traz, além da necessidade de que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente, um elemento adicional para favorecer a concessão da tutela da evidência, qual seja, a inexistência de controvérsia judicial a

¹⁶⁰ MORAES, Lucas Micherif de. Súmulas do STJ podem servir como base para concessão de tutela de evidência. **Conjur**, mai. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/lucas-micherif-tutela-evidencia-baseada-sumulas-stj>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

respeito da interpretação da lei, isto é, a interpretação legal sobre o tema apresentado pelo autor é clara o suficiente para que o magistrado, no caso concreto, conceda a tutela da evidência¹⁶¹. Se este é o motivo mais evidente para fundamentar o instituto, não faria sentido o legislador limitar, independentemente da sua razão, os tipos de precedentes no art. 311, II, CPC.

5.3 A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE O USO DE OUTROS PRECEDENTES COM AS TRADIÇÕES DO DIREITO E OS PRINCÍPIOS ABORDADOS

O ordenamento jurídico brasileiro ainda adota a tradição jurídica da *civil law*. Entretanto, é clarividente a aproximação, cada vez mais intensa, com a tradição da *common law*, como já abordado no item 3.4 deste trabalho. Esta relação de proximidade implica em uma troca de características típicas de suas tradições. A *civil law*, que sempre teve a lei positiva como fonte primária do direito, hoje observa uma tendência extremamente crescente de utilização e respeito aos precedentes.

Neste sentido, o artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, dispõe de uma dupla condição para que a tutela da evidência seja concedida no caso concreto. A primeira, referente aos fatos, exige que as alegações de fato do autor possam ser comprovadas apenas documentalmente. Mas esta condição, para o legislador, por si só, não seria suficiente para que o magistrado concedesse a tutela da evidência. Dessa forma, o legislador apresenta uma segunda condição, de direito, como um elemento adicional a favorecer a aplicação da tutela da evidência, qual seja, a necessidade de que a tese alegada pelo autor esteja firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Esta segunda condição, portanto, apresenta-se como uma prova de que o ordenamento jurídico brasileiro utiliza, hoje, de elementos típicos da tradição jurídica da *common law* como uma regra de direito, já que esta condição significa a não existência de uma controvérsia judicial a respeito da interpretação legal, isto é, que o entendimento dos tribunais a respeito do caso alegado pelo autor é pacificado. E isso, sem dúvida, é dar aos precedentes uma posição de relevância no ordenamento. Para que a tutela da evidência seja concedida neste caso específico, não basta unicamente a presença da primeira condição, mas de ambas.

¹⁶¹ DOTTI, 2020, p. 263-264.

A exigência feita pelo legislador de que a tese alegada pelo autor esteja firmada em julgamento de casos repetitivos e em súmula vinculante traz consigo uma consequência inevitável: garante ao autor uma maior segurança jurídica. Se ele possui um direito tão evidente que apenas de forma documental ele consegue provar a sua existência e se, sobre a sua tese, já foram julgados diversos casos pelos tribunais em um mesmo sentido, o ordenamento precisa garantir a ele que o poder judiciário irá julgar o seu pedido de modo semelhante.

Ordenar que o magistrado decida conforme precedentes é certificar uma maior segurança jurídica, porque o respeito aos precedentes é uma garantia de que o princípio da segurança jurídica está sendo observado. De outro lado, se isto não fosse necessário, ou seja, se a segunda condição posta pelo legislador para a concessão da tutela da evidência no art. 311, II, CPC, não existisse, com certeza o ordenamento estaria dando aos magistrados um maior poder, assegurando a observância do princípio do livre convencimento motivado.

Todavia, nesta situação, dar prevalência ao princípio do livre convencimento motivado é retirar da parte autora, que tem um direito evidente, a segurança jurídica. Ora, se o magistrado pode, com base pura e simplesmente nas provas documentais, decidir da maneira que melhor lhe aprouver, não há dúvida que a probabilidade da parte autora obter a sua tutela é reduzida. E neste caso, andou bem o legislador, pois observou a segurança jurídica como o princípio mais caro.

Entretanto, o legislador, nesta segunda condição, estabelece que a tese alegada pela parte autora esteja firmada em *julgamento de casos repetitivos* ou em *súmula vinculante*, isto é, ele limitou à concessão da tutela da evidência à apenas quatro hipóteses: julgamento em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, nos procedimentos de recursos especiais e extraordinários repetitivos e entendimento de súmula vinculante.

Ampliar estas hipóteses, ou seja, permitir que o magistrado, no caso concreto, conceda a tutela da evidência com base em outros tipos de precedentes importa, conseqüentemente, em garantir ainda mais segurança jurídica à parte autora. Mas não apenas isto, vai em favor do próprio fim da tutela da evidência de permitir a redistribuição do ônus da demora do processo. É neste sentido que segue a afirmação de Arthur Ferrari Arsuffi¹⁶², de que a

¹⁶² ARSUFFI, 2018, p. 6.

função sistêmica da tutela da evidência é distribuir o ônus do tempo no processo, de forma a permitir que aquele que tenha mais probabilidade de êxito não sofra seus males durante todo o curso do processo, e todos os demais precedentes previstos no Código permitem que o julgador realize essa distribuição com segurança, identificando aquele que tem mais chances de vencer a demanda.

Dessa forma, resta claro que permitir a utilização de outros precedentes pelos magistrados que não os previstos no art. 311, II, CPC, para conceder a tutela da evidência, garante maior segurança jurídica à parte que tem o direito evidenciado e beneficia quem já se desincumbiu de seu ônus probatório.

5.4 A EFETIVA UTILIZAÇÃO DE OUTROS PRECEDENTES JUDICIAIS

A base teórica estruturada até então já é suficiente para afirmar que é muito mais razoável e plausível permitir a utilização de outras espécies de precedentes que não apenas aquelas previstas pelo legislador no art. 311, II, CPC, para a concessão da tutela da evidência, ao invés de fazer uma leitura taxativa do dispositivo legal e acabar, ainda que inintencionalmente, por realizar tamanha restrição ao instituto a ponto de impor limites desnecessários e inviabilizar o efetivo alcance de seu objetivo principal.

Arsuffi¹⁶³, ao pensar sobre o tema, como exposto logo acima, assevera que a função sistêmica da tutela da evidência é distribuir o ônus do tempo no processo. Para o autor, não

há o que justifique negar a concessão de uma tutela de evidência para a parte que, de fato, possui o direito mais claro e provável, simplesmente porque, ainda, não foi formada determinada espécie de decisão vinculante – basta que tal decisão detenha determinado grau de vinculação obrigatória.

Ainda que todo o conteúdo e argumentos já construídos e apresentados direcionem a este entendimento, eles não são os únicos. Se proceder uma interpretação mais restritiva ou literal do art. 311, II, CPC, ela será, inevitavelmente, contraditória do ponto de vista sistêmico. Ora, se pensar o Código de Processo Civil de forma sistêmica – e deve-se pensar assim –, não faria sentido analisar o referido dispositivo legal de modo taxativo, ou melhor, a afirmação de que o rol elencado pelo legislador naquele inciso é *numerus clausus* não conseguiria se sustentar com base em uma análise sistêmica do Código de Processo Civil.

¹⁶³ ARSUFFI, 2018, p. 6.

O primeiro grande exemplo acerca disso encontra-se disposto no artigo 332 do Código de Processo Civil¹⁶⁴, o qual permite que o magistrado julgue liminarmente improcedente o pedido da parte que contrarie alguma das espécies de precedentes elencadas pelo legislador. Aqui, todavia, o legislador prevê mais espécies de precedentes do que a própria literalidade do art. 311, II, CPC, que se trata de uma tutela provisória.

Não existe lógica em o legislador prever a autorização para o magistrado utilizar mais espécies de precedentes para conceder uma tutela definitiva – pois vai extinguir o processo com resolução do mérito, com base no art. 487, I, CPC –, mas não autorizar que ele conceda uma tutela provisória.

Faz-se necessário perceber que a tutela da evidência, embora independa da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, possui sim uma exigência de urgência. Na tutela da evidência, dá-se um tratamento diferenciado para direitos já evidenciados, isto é, a celeridade exigida se caracteriza, conforme expõe Dotti¹⁶⁵, “pela necessidade de satisfazer o direito da parte que já se desincumbiu de seu ônus probatório”, ou ainda, conforme o entendimento de Arruda Alvim¹⁶⁶, a urgência decorre “da injustiça de se submeter o autor, que muito provavelmente – evidentemente – tem razão, à espera do provimento final de mérito e, quiçá, do julgamento de recursos com efeito suspensivo”.

Dessa forma, nenhum argumento é capaz de, em uma análise sistêmica do Código de Processo Civil, defender o legislador a autorizar tratar de forma mais rígida a tutela provisória da evidência do que o julgamento liminar de improcedência, que é uma tutela definitiva, nem mesmo aquele que diz não haver urgência na tutela da evidência.

Um outro exemplo está contido no art. 932, incisos IV e V, do CPC. Neste caso, o legislador autoriza o relator, de forma monocrática, a negar provimento ou a dar provimento ao recurso que for contrário ou se a decisão recorrida for contrária a mais

¹⁶⁴ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”. BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

¹⁶⁵ DOTTI, 2020, p. 265.

¹⁶⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 17ª edição. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 736 in ARSUFFI, 2018, p. 7.

espécies de precedentes do que o disposto no art. 311, II, CPC. Em ambos os casos, o legislador elenca súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou de Tribunal de Justiça; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, como sendo precedentes aptos a negar ou dar provimento ao recurso de forma monocrática pelo relator. Ora, novamente o legislador autoriza a concessão ou a confirmação de uma tutela definitiva e exauriente com base em mais espécies de precedentes do que a concessão de uma tutela provisória que é a tutela da evidência¹⁶⁷.

Sendo assim, não existe qualquer razão suficiente a justificar o legislador limitar as espécies de precedentes aptos a conceder a tutela da evidência na hipótese específica do art. 311, II, CPC. Neste sentido, deve-se entender que o referido dispositivo legal, ao elencar tese firmada em julgamento de casos repetitivos e súmula vinculante, apresentou meros exemplos do entendimento dos Tribunais Superiores.

Isto leva a afirmar que, com base em uma análise sistêmica do Código de Processo Civil, bem como na função do instituto da tutela da evidência – distribuição dinâmica do ônus do tempo no processo – e seu objetivo principal – satisfação do direito de uma parte que se desincumbiu de seu ônus probatório –, a tutela da evidência fundada no inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil deve ser concedida quando, além de as alegações de fato da parte puderem ser comprovadas apenas de forma documental, houver tese firmada em qualquer das hipóteses descritas no artigo 927 do mesmo diploma legal, assim como em julgamento de recurso extraordinário comum que tenha repercussão geral reconhecida.

Todos as hipóteses citadas devem ser consideradas aptas a justificar a concessão da tutela provisória da evidência prevista no art. 311, II, CPC. Isto porque, conforme bem indica Dotti¹⁶⁸, o

que caracteriza a inconsistência dos argumentos do réu (hipótese geral) não é especificamente a decisão proferida em julgamentos repetitivos ou nas súmulas vinculantes, mas sim aquilo que já foi decidido em decisões vinculantes ou em precedentes das Cortes Superiores, quaisquer que sejam eles. Em outras palavras, a força vinculante não está obviamente no invólucro processual em que fora proferida a decisão, mas na decisão em si mesma. Daí porque o legislador não poderia escolher esse ou aquele instituto jurídico, deixando de lado todos os outros que também encerram decisões vinculantes.

¹⁶⁷ ARSUFFI, 2018, p. 7.

¹⁶⁸ DOTTI, 2020, p. 265-266.

Entender o rol do art. 311, II, CPC, como sendo meramente exemplificativo se mostra como a opção mais acertada. Ainda que não exatamente neste sentido, mas de forma a ampliar, para além das hipóteses previstas expressamente no dispositivo legal, a possibilidade de concessão da tutela da evidência, encontra-se o Enunciado nº 48 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, que diz: “É admissível a tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, II, do CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores”, assim como o Enunciado nº 135 da II Jornada de Direito Processual Civil, também do CJF, *in verbis*, “É admissível a concessão de tutela da evidência fundada em tese firmada em incidente de assunção de competência”.

Nesta mesma linha de entendimento, apesar de não de forma idêntica, encontra-se o Enunciado nº 30 da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), que dispõe:

é possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante.

Os enunciados ampliam a possibilidade do magistrado de conceder a tutela da evidência, de forma a ultrapassar as hipóteses positivadas no art. 311, II, CPC. Não chegam a dizer de forma expressa que todas as hipóteses do art. 927, CPC seriam aptas a justificar a concessão da tutela da evidência, mas já revelam que o rol não pode ser entendido como taxativo.

Diversos autores seguem esta mesma linha de compreensão. Para Marinoni¹⁶⁹, a “ideia de súmula vinculante e de decisão tomada em ‘casos repetitivos’ indica meros exemplos do entendimento das Cortes Supremas, que, mais do que em qualquer outro lugar, está em seus precedentes”.

Dotti, por sua vez, ao discorrer sobre o tema, expõe claramente que as hipóteses do art. 311, II, CPC, não são taxativas. Inclusive, ela vai além, declarando que todas as hipóteses do art. 927, CPC, poderiam servir de base para a concessão da tutela da evidência. Segundo a autora¹⁷⁰, assim

¹⁶⁹ MARINONI, 2017, p. 334-335.

¹⁷⁰ DOTTI, 2020, p. 265-266.

como nos demais casos, não se pode conceber que as situações descritas pelo legislador no art. 311, II, do Código de Processo Civil constituam limitações taxativas à aplicação da regra.

[...] não se pode conceber o inciso II do art. 311 do Código de Processo Civil como um rol taxativo, o qual somente autorizaria a antecipação na hipótese de julgamentos de casos repetitivos ou súmulas vinculantes. Tal raciocínio, aliás, não sobreviveria sequer a uma análise sistêmica do Código. [...]

A propósito, a ideia de súmula vinculante e de decisão tomada em casos repetitivos representam meros exemplos do entendimento das Cortes Supremas, o que está contido em decisões vinculantes. Daí por que todas as hipóteses descritas no art. 927 do Código de Processo Civil podem autorizar a concessão da tutela da evidência. [...]

Com efeito, quaisquer das hipóteses do art. 927 do Código pode servir de base para a concessão da tutela da evidência. Há, portanto, o cabimento dessa forma de antecipação diante de *todos os referenciais decisórios* ('os *indexadores jurisprudenciais*') dos incisos do art. 927.

Dotti segue uma linha de interpretação semelhante à adotada por Cassio Scarpinella Bueno, o qual também defende uma análise ampla e sistemática do Código de Processo Civil, a fim de incluir o art. 927, CPC, como hipóteses de precedentes hábeis a conceder a tutela da evidência. Segundo o autor¹⁷¹, cabe

interpretar a regra ampla e sistematicamente com o que o próprio Código de Processo Civil desenha para o seu 'direito jurisprudencial'. Assim, é correto entender que a 'tese jurídica' aplicável aos fatos constantes da petição inicial possa derivar não só dos 'casos repetitivos' (art. 928) ou de súmula vinculante, mas também de *todos os referenciais decisórios* (os 'indexadores jurisprudenciais') dos incisos do art. 927.

Didier Jr., assim como Dotti e Bueno, entende que a tutela da evidência deve ser concedida também quando houver tese firmada em outros precedentes que não apenas aqueles elencados pelo legislador no art. 311, II, CPC, apresentando o art. 927, CPC, como exemplo de outras espécies de precedentes que seriam aptas a justificar a concessão da tutela da evidência. Didier Jr.¹⁷², portanto, propõe

interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra, para que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela de evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927, CPC. Seria o caso da tese fixada em decisão do STF dada em sede de controle concentrado, daquele fixado em incidente de assunção de competência e dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. [...]

Devem ser levados em conta todos os precedentes vinculantes exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunal superior já foi antecedido de amplo debate dos principais argumentos existentes em torno do tema, *limitando as possibilidades argumentativas* da parte em face da qual se requer a tutela de evidência e tornando pouco

¹⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 1, p. 736.

¹⁷² DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 719-720.

provável o seu êxito (salvo se conseguir demonstrar uma distinção do caso em exame com o caso paradigma ou a superação do precedente).

Também é possível aplicar o dispositivo para o caso de precedente obrigatório formado antes do CPC-2015, como aqueles oriundos de procedimento de uniformização de jurisprudência decididos nos termos do CPC-1973.

A parte que postula com base em fatos provados por documento e que sejam semelhantes àqueles que ensejaram a criação de tese jurídica vinculante em tribunal superior – tese esta invocada como fundamento normativo de sua postulação –, encontra-se estado de evidência. Demonstra não só a probabilidade de acolhimento da sua pretensão processual como também a improbabilidade de sucesso do adversário que se limite a insistir em argumentos já reiterados no processo de formação do precedente, o que configuraria, inclusive, litigância de má-fé (por defesa infundada ou resistência injustificada, cf. art. 80, CPC). Não é razoável, assim, impor-lhe o ônus de suportar o tempo do processo sem usufruir do bem pretendido enquanto a parte adversa é beneficiada com a manutenção do *status quo ante*.

É possível observar que Didier Jr., inclusive, vai além do disposto no art. 927, CPC, pois as hipóteses lá previstas constituiriam meros exemplos justificadores da concessão da tutela da evidência. Para o autor, aliás, seria possível aplicar o art. 311, II, CPC, também para os casos de precedentes obrigatórios formados antes do Código de Processo Civil de 2015.

Lúcio Grassi de Gouveia, assim como os demais doutrinadores, afirma que as hipóteses previstas pelo legislador no art. 311, II, CPC, não podem ser entendidas como as únicas possíveis a servir de base para a concessão da tutela da evidência. Segundo o autor¹⁷³, a

correta leitura desse dispositivo legal nos conduz ao entendimento de que o que ele autoriza é a tutela da evidência no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais, precedentes que podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas vinculantes (Daniel Mitidiero, Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, São Paulo, RT, p. 796). Não tem nenhum sentido a restrição do dispositivo a esses casos mencionados no dispositivo legal, devendo ainda ser proposta uma interpretação sistemática para que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela da evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927 do CPC, no caso da tese fixada em decisão do STF dada em sede de controle concentrado e dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (Lucas Buril Macêdo, Precedentes judiciais e o direito processual civil, Salvador, JusPodivm, 2014, p. 544-545).

¹⁷³ ALVIM, Angélica Arruda *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 416.

Inclusive, no mesmo sentido que todos os autores mencionados, Daniel Mitidiero e Lucas Buril Macêdo também defendem uma interpretação mais abrangente e sistemática do art. 311, II, CPC, razão pela qual foram citados por outros doutrinadores que não apenas Gouveia, como visto acima.

É possível compreender, ainda, que Renato Montans de Sá igualmente segue esta linha de pensamento, ao expor que o legislador teria sido notadamente econômico ao estabelecer as espécies de precedentes que podem dar ensejo à tutela da evidência na hipótese do art. 311, II, CPC¹⁷⁴.

Arsuffi¹⁷⁵, em artigo científico específico sobre o tema, também conclui pela possibilidade de ampliação das hipóteses de precedentes previstos pelo legislador no art. 311, II, CPC, no sentido de que tese firmada em precedentes, súmulas ou decisões vinculantes do art. 927, CPC, ou em julgamento de recurso extraordinário comum, também são capazes de justificar a concessão da tutela da evidência, ao dispor que, no

que diz respeito a essa modalidade de tutela de evidência, o que realmente importa é ter condições de apurar qual parte tem o direito mais evidente a ser tutelado. E, para isso, qualquer das decisões previstas no art. 927 do CPC (LGL\2015\1656) – e o julgamento de recurso extraordinário comum – é suficiente e sistemicamente apta para tanto. [...]

Assim, sobram razões para que todas as teses firmadas em precedentes, súmulas ou decisões vinculantes (art. 927 do CPC (LGL\2015\1656) e julgamento de recurso extraordinário comum) sejam consideradas aptas a justificar a concessão de tutela da evidência na modalidade prevista no inciso II do art. 311.

Neste sentido, Arsuffi, ao contrário dos demais, inclui expressamente o julgamento de recurso extraordinário comum como apto a ensejar a concessão da tutela da evidência, além das demais hipóteses previstas no art. 927, CPC.

Ainda, Dhebora Mendonça de Cerqueira e Flávia Moreira Guimarães Pessoa seguem o mesmo caminho trilhado pelos demais autores já expostos. Segundo as autoras¹⁷⁶, a respeito do art. 311, II, CPC, a

¹⁷⁴ “Notadamente o legislador foi econômico no estabelecimento dos precedentes que poderão dar ensejo à tutela de evidência nessa hipótese. Isso porque, ao confinar a tutela às hipóteses de casos repetitivos e súmula vinculante, deixou desabrigadas (e, numa leitura literal do art. 311, II, incabíveis) outras situações de precedentes como os Enunciados de Súmula e a jurisprudência dominante” in SÁ, Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 245.

¹⁷⁵ ARSUFFI, 2018, p. 6-7.

¹⁷⁶ CERQUEIRA, Dhebora Mendonça de; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Tutela Provisória Fundada em Precedente Obrigatório. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 206-224, set./dez. 2018, p. 218-219.

interpretação meramente literal da regra implica, certamente, o empobrecimento do instituto da tutela da evidência, já que não existe distinção essencial entre as espécies de precedentes vinculantes que justifique a restrição realizada no texto legal. Dessa forma, ao proceder à interpretação sistemática e teleológica da norma, constata-se a possibilidade de concessão da tutela da evidência diante de tese fundada em quaisquer dos precedentes vinculantes.

Não é nada razoável excluir o regramento da tutela da evidência da subordinação ao conjunto completo de precedentes obrigatórios exclusivamente em virtude da limitação textual da norma a apenas alguns desses precedentes. Não há razão lógica para tanto e, por isso, a extensão hermenêutica se faz necessária.

É possível, ainda, citar diversos outros autores que seguem a mesma linha de pensamento aqui exposta, qual seja, de ampliação das espécies de precedentes previstas no art. 311, II, CPC, a fim de que possam servir de base para a concessão da tutela da evidência na hipótese específica daquele dispositivo, à exemplo de Sergio Torres Teixeira, Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves e Danilo Gomes de Melo¹⁷⁷; Alexandre Freire Pimentel e Paulo Roberto de Carvalho Lyra¹⁷⁸; e Lucas Micherif de Moraes¹⁷⁹, mesmo que este último autor faça referência apenas às súmulas editadas pelo Supremo Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

¹⁷⁷ “Apesar de ser importante ferramenta, o inciso II do art. 311 limita a utilização da tutela de evidência para as teses firmadas em julgamento de casos repetitivos e de súmula vinculante. Uma restrição manifestamente inadequada. Uma tese oriunda de um incidente de assunção de competência (IAC) (art. 947 do CPC) tem a mesma força vinculante de uma tese produzida no julgamento de um incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), mas apenas este último instrumento é enquadrável como espécie de julgamento de causas repetitivas, exatamente pelo fato de o IAC atuar em situações anteriores à propositura de múltiplas causas. Qual a justificativa de se ter excluído o IAC do alcance das letras do inciso II do art. 311? Difícil compreender, mas fácil reconhecer a inadequação de tal limitação. Todavia, há outras formas de expressão institucional que podem reconhecer direitos e dar-lhes ‘quase certeza’, caso das hipóteses contidas no art. 927 do CPC: as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; os acórdãos em incidente de assunção de competência; os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016, p. 710)” *in* TEIXEIRA, Sergio Torres; ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo; MELO, Danilo Gomes de. Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática. **Revista de Informação Legislativa – RIL**, Brasília, a. 56, n. 221, p. 195-222, jan./mar. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p195.pdf. Acesso em: 17 de abril de 2021. p. 213.

¹⁷⁸ “Destarte, tem-se que o artigo 311 do CPC-2015 deve ser interpretado extensivamente, a fim de que, além das teses firmadas em caso de demandas repetitivas e em súmulas vinculantes, a tutela da evidência possa se firmar com base em qualquer precedente judicial obrigatório. Com isso, facilita-se a concessão da tutela da evidência concedida liminarmente, pois ao aumentar-se o número de precedentes e de leading cases também cresce a quantidade de lides que podem ser solucionadas tomando-os como referência” *in* PIMENTEL, Alexandre Freire; LYRA, Paulo Roberto de Carvalho. A questão da estabilização dos precedentes judiciais e a tutela da evidência (liminar) no CPC-2015. **Âmbito Jurídico**, nov. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-questao-da-estabilizacao-dos-precedentes-judiciais-e-a-tutela-da-evidencia-liminar-no-cpc-2015/>. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

¹⁷⁹ “Portanto, em uma melhor interpretação dos dispositivos legais constantes nos artigos 311, inciso II, 926 e 927 do CPC, em conjunto com o disposto no artigo 121-A do Regimento Interno do STJ, e ainda baseado nos princípios da celeridade processual, da segurança jurídica e da isonomia, temos

Diante de todo o exposto, não haveria outra conclusão senão pelo entendimento de que o artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, deve ser efetivamente interpretado de forma ampliativa e sistêmica, a fim de que a tutela provisória da evidência seja concedida pelo magistrado, ainda que sem a necessidade da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando, além das alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente, houver tese firmada em quaisquer das hipóteses previstas no art. 927, CPC – decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante, das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados –, bem como em julgamento de recurso extraordinário comum com repercussão geral reconhecida (pela força concedida ao instituto pelos artigos 988, §5º, II, e 1.030, I, CPC).

que as súmulas editadas pelo STJ podem servir como base para concessão de tutela de evidência, desde que as alegações de fato tenham sido comprovadas documentalmente” *in* MORAES, Lucas Micherif de. Súmulas do STJ podem servir como base para concessão de tutela de evidência. **Conjur**, mai. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/lucas-micherif-tutela-evidencia-baseada-sumulas-stj>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com uma nova sistematização do instituto da tutela provisória, o Código de Processo Civil de 2015 apresentou a tutela da evidência em seu artigo 311, o qual dispõe que ela será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, em quatro hipóteses.

O inciso II do referido dispositivo legal, tema principal do presente trabalho, admite a concessão da tutela da evidência quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Percebeu-se a existência de dois pressupostos no texto legal, um de fato e outro de direito, respectivamente, que devem ser preenchidos para que a tutela seja concedida no caso concreto. Quanto ao primeiro, não houve aprofundamento sobre o seu alcance, visto que, embora possua grande relevância, não era o objeto deste estudo.

Por outro lado, em relação ao segundo pressuposto, de direito, notou-se que o legislador limitou as hipóteses de precedentes que devem se fazer presentes para que a tutela da evidência seja concedida à tese firmada em julgamento de casos repetitivos – leia-se em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos – ou em súmula vinculante. Diante disso, questionou-se se um precedente, diverso do previsto no art. 311, II, CPC, poderia ser utilizado como base para a concessão da tutela da evidência.

Para responder ao problema, visitou-se, em um primeiro momento, a tutela provisória de uma forma geral, a fim de verificar algumas noções iniciais a seu respeito, bem como as suas definições, características e outras informações relevantes para, posteriormente, trabalhar de forma específica com a tutela da evidência, em que se deu enfoque maior à hipótese do inciso II do artigo 311 do CPC.

Feito isto, abordou-se os precedentes judiciais e a sua valorização com o Código de Processo Civil de 2015, em que foram analisados o conceito, os elementos e o histórico dos precedentes, bem como a relação atual entre a *civil law* e a *common law*, a fim de verificar a razão pela qual os precedentes obtiveram grande valorização com a vigência do novo Código de Processo Civil. E, ainda, estudou-se dois princípios importantes dentro do ordenamento jurídico e que sustentam posições distintas em

relação ao tema proposto, quais sejam, o princípio da segurança jurídica e do livre convencimento motivado do juiz.

Com toda a base teórica construída, por fim, foi possível analisar a utilização específica dos precedentes judiciais como base para a concessão da tutela da evidência. Dessa forma, foram apresentadas as principais prováveis razões que levaram o legislador a limitar as espécies de precedentes no art. 311, II, CPC, e abordou-se a possibilidade ou não de se fundamentar a tutela da evidência em outros precedentes que não aqueles elencados no referido dispositivo legal.

Diante de todo o conteúdo analisado, foi possível concluir, primeiramente, que a necessidade do ordenamento jurídico brasileiro em buscar uma forma de prestação jurisdicional mais justa e efetiva levou, inevitavelmente, o legislador, quando da criação do Código de Processo Civil de 2015, a procurar em outras tradições jurídicas meios que pudessem auxiliar a atingir este objetivo.

A aproximação cada vez mais forte entre as tradições da *civil law* e da *common law* fez com que institutos próprios dessa tradição fossem inseridos paulatinamente naquela, como foi o caso dos precedentes que, hoje, possuem previsão específica dentro do Código, no artigo 927, podendo ser considerados como obrigatórios por força do disposto no *caput* do referido dispositivo.

A necessidade de observância e respeito aos precedentes traz consigo, conseqüentemente, uma maior segurança jurídica, princípio este tão almejado em qualquer ordenamento. Percebe-se, aqui, a relevância do inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil, pois une, em um só dispositivo, dois institutos importantíssimos para promover aos cidadãos aquela prestação jurisdicional mais justa e efetiva que se buscava, que é a tutela da evidência e os precedentes judiciais.

Todavia, sob este prisma, parece razoável afirmar que caminhou mal o legislador em limitar as hipóteses de concessão da tutela da evidência com base no art. 311, II, CPC, à necessidade de haver tese firmada apenas em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Embora não tenha utilizado do termo “apenas”, dá-se a entender que ele teria imposto uma limitação.

Analisadas as prováveis razões que o levaram a limitar as espécies de precedentes judiciais na hipótese específica do art. 311, II, CPC, concluiu-se que nenhuma delas seria apta a este fim.

O legislador não poderia ter se baseado em uma ideia de que os precedentes elencados no referido dispositivo legal seriam enquadrados como precedentes

vinculantes fortes (de vinculação forte ou de força vinculante em sentido estrito), nem mesmo que aqueles precedentes estariam previstos na Constituição Federal, como tampouco que existiria qualquer diferença suficientemente capaz de justificar a previsão expressa de apenas alguns dos precedentes e, ao mesmo tempo, fosse forte o bastante para excluir os demais precedentes do art. 927, CPC.

Ora, se é possível afirmar que nenhuma das prováveis razões utilizadas pelo legislador para limitar os tipos de precedentes na hipótese específica do art. 311, II, CPC, seria apropriada a este fim, bem como que a norma traz um elemento adicional para favorecer a concessão da tutela da evidência, qual seja, que a interpretação legal sobre o tema apresentado pela parte deva ser clara o suficiente para que o magistrado, no caso concreto, conceda a tutela da evidência, isto é, que inexista controvérsia judicial a respeito da interpretação da lei, conseqüentemente, entendeu-se que seria mais coerente analisar as situações previstas pelo legislador como meramente exemplificativas e não como um rol taxativo.

Todavia, embora os argumentos levantados já bastassem, eles não são os principais. Se proceder uma interpretação mais restritiva ou literal do art. 311, II, CPC, ela será, inevitavelmente, contraditória do ponto de vista sistêmico, isto é, a afirmação de que o rol elencado pelo legislador naquele inciso é *numerus clausus* não se sustentaria com base em uma análise sistêmica do Código de Processo Civil.

Em mais de uma ocasião o legislador conferiu autorização ao magistrado para conceder ou confirmar uma tutela definitiva utilizando como base mais espécies de precedentes do que na hipótese de ele conceder uma tutela provisória (tutela da evidência), como ocorreu, à título de exemplo, nos casos dos artigos 332 e 932, IV e V, CPC.

Sendo assim, diante de toda a fundamentação exposta neste trabalho, bem como do posicionamento apresentado por diversos doutrinadores e respeitados autores acerca do tema, além de Enunciados das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal e da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados –, depreende-se que o artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, deve ser efetivamente interpretado de forma ampliativa e sistêmica.

Isto é, conclui-se pelo entendimento de que a tutela provisória da evidência deva ser concedida pelo magistrado, ainda que independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando, além das

alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente, houver tese firmada em quaisquer das hipóteses previstas no art. 927, CPC – decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante, das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados –, bem como em julgamento de recurso extraordinário comum com repercussão geral reconhecida (pela força concedida ao instituto pelos artigos 988, §5º, II, e 1.030, I, CPC).

Conclui-se neste sentido por ser a interpretação que mais preza por uma análise sistemática e teleológica da norma e garante a observância da sua função primordial de distribuir o ônus do tempo no processo e fornecer um tratamento diferenciado para a parte que possua um direito já evidenciado, pois se desincumbiu de seu ônus probatório.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 294 ao 333. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. Considerações sobre o inciso II do art. 311 do CPC/2015: Perspectivas probatória e do uso dos precedentes. **Revista dos Tribunais Online**, vol. 282/2018, p. 201-227, ago. 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017470bc5b5a57ad87d5&docguid=le9a0926081ad11e8b62701000000000000&hitguid=le9a0926081ad11e8b62701000000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

BRASIL. **Lei de Locações**. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 01 de setembro 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 1.

CASTRO, Daniel Penteado de. Tutela da Evidência com fundamento em precedentes ou tutela de urgência? **Migalhas**, abr. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/256921/tutela-da-evidencia-com-fundamento-em-precedentes-ou-tutela-de-urgencia>. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

CERQUEIRA, Dheborá Mendonça de; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Tutela Provisória Fundada em Precedente Obrigatório. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 206-224, set./dez. 2018.

CHAVES, Iara dos Santos. Precedentes Judiciais no novo código de processo civil. **Âmbito Jurídico**, jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-no-novo-codigo-de-processo-civil-2/>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, v. 2.

DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da Evidência**: Probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FILHO, Ruy Alves Henriques. **Diálogo de tradições e a formação dos precedentes judiciais qualificados na Civil Law**. 2018. Tese (Doutorado em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Políticas). UNIVERSIDADE DE LISBOA, Lisboa, 2018.

JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto Serra. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa – RIL**, Brasília, a. 54, n. 214, p. 131-152, jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131.pdf. Acesso em: 02 de abril de 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARIOZI, Bruno Mathias. **Precedente judicial**: perspectivas teóricas e atuais. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito). UFPR, Curitiba, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

MITIDIERO, Daniel. Os Precedentes Judiciais e o art. 927 do CPC – um rol taxativo? **Contraponto Jurídico**: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MORAES, Lucas Micherif de. Súmulas do STJ podem servir como base para concessão de tutela de evidência. **Conjur**, mai. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/lucas-micherif-tutela-evidencia-baseada-sumulas-stj>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

NASCIMENTO, Márgara Bezerra do. O precedente judicial como norma e fonte do direito no Brasil à luz do novo CPC. **Âmbito Jurídico**, set. 2014. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-precedente-judicial-como-norma-e-fonte-do-direito-no-brasil-a-luz-do-novo-cpc/#_ftn13. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

PEREIRA, Ionara Melo de Aquino. O sistema de precedentes judiciais no novo CPC e sua contribuição para uma efetiva segurança jurídica. **Brasil Escola**. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-sistema-precedentes-judiciais-no-novo-cpc-sua-contribuicao-efetiva-seguranca-juridica.htm#indice_3. Acesso em: 30 de março de 2021.

PIMENTEL, Alexandre Freire; LYRA, Paulo Roberto de Carvalho. A questão da estabilização dos precedentes judiciais e a tutela da evidência (liminar) no CPC-2015. **Âmbito Jurídico**, nov. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-questao-da-estabilizacao-dos-precedentes-judiciais-e-a-tutela-da-evidencia-liminar-no-cpc-2015/>. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

RODRIGUES, Bruno Souza. Breve estudo sobre os métodos de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais. **Academia**. Disponível em: https://www.academia.edu/2252718/Breve_estudo_sobre_os_m%C3%A9todos_de_identifica%C3%A7%C3%A3o_da_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais. Acesso em: 28 de setembro de 2020.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SCHIMMOCK, Guilherme. **Sistema Jurídico de precedentes jurisprudenciais de acordo com o novo Código de Processo Civil**. 2017. Monografia (Pós-graduação em Direito Processual Civil). UNIJUÍ, Três Passos, 2017.

SILVA, Rodrigo Fragoas da. **Os precedentes no novo Código de Processo Civil: as técnicas de distinção e superação de precedentes**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). UNIRIO, Rio de Janeiro, 2017.

TEIXEIRA, Sergio Torres; ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo; MELO, Danilo Gomes de. Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática. **Revista de Informação Legislativa – RIL**, Brasília, a. 56, n. 221, p. 195-222, jan./mar. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p195.pdf. Acesso em: 17 de abril de 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. **Conjur**, jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 2.

WANDERLEY, Natália Conrado. **A valorização dos precedentes judiciais com a vigência do novo Código de Processo Civil**. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito). CCJ/UFPE, Recife, 2017.