

## TUTELA PROVISÓRIA FUNDADA EM PRECEDENTE OBRIGATÓRIO<sup>1</sup>

### *PROVISIONAL PROTECTION BASED ON BINDING PRECEDENTS*

*Dhebor Mendonça de Cerqueira*

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (São Cristóvão/SE). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (Aracaju/SE). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (São Cristóvão/SE). Professora da Graduação em Direito da Faculdade Pio Décimo (Aracaju/SE) e da Faculdade Sergipana (Aracaju/SE). Advogada. Origem: Aracaju, Sergipe, Brasil. E-mail: [dheboramc@hotmail.com](mailto:dheboramc@hotmail.com).

*Flávia Moreira Guimarães Pessoa*

Professora do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe (São Cristóvão/SE) e do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (Aracaju/SE). Doutora em Direito Público. Mestre em Direito, Estado e Cidadania. Juíza Titular da 4ª Vara do Trabalho de Aracaju. Origem: Aracaju, Sergipe, Brasil. E-mail: [flaviampessoa@gmail.com](mailto:flaviampessoa@gmail.com).

**RESUMO:** O artigo analisará as tutelas provisórias no novo Código de Processo Civil brasileiro, com ênfase nas tutelas da evidência fundadas em precedentes obrigatórios. Para tanto, apresentar-se-á a nova sistematização normativa das tutelas provisórias. Em seguida, serão expostos os aspectos mais relevantes acerca da força vinculante dos precedentes judiciais. Em todos os casos, expor-se-á o pensamento de consagrados doutrinadores que se debruçaram sobre o tema. Os institutos analisados expressam avanços do direito processual civil brasileiro e, neste trabalho, ambos serão abordados de forma conjunta, ao

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 21/03/2018 e aprovado em 09/11/2018.

final, com o objetivo de demonstrar a abrangência e os benefícios processuais decorrentes dessa fusão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutelas provisórias. Tutela da evidência. Novo Código de Processo Civil. Precedentes. Força vinculante.

**ABSTRACT:** The article will analyze the provisional tutelages in the new Brazilian Civil Procedure Code, with emphasis on the tutelages of evidence based on binding precedents. To this end, a new normative systematization of provisional guardianships will be presented. Next, the most relevant aspects about the binding force of judicial precedents will be exposed. In all cases, it will be presented the thought of consecrated specialists who have studied the subject. The institutes analyzed express advances of Brazilian civil procedural law and, in this work, both will be approached jointly, in the end, with the purpose of demonstrating the scope and procedural benefits deriving from this merger.

**KEYWORDS:** Provisional protection. Tutelages of evidence. New Civil Procedure Code. Precedents. Binding force.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 O trato das tutelas provisórias no novo CPC – 3 A força vinculante dos precedentes no processo civil brasileiro – 4 Tutela da evidência fundada em precedente obrigatório – 5 Conclusão – Referências Bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

A sistematização normativa das tutelas provisórias e a introdução de um sistema de precedentes vinculantes pelo novo Código de Processo Civil (CPC) brasileiro são novidades que podem revolucionar o sistema de prestação jurisdicional no país. Trata-se de resultado do grande objetivo atual do direito processual civil brasileiro: a concretização das normas fundamentais do processo, a fim de obter desfecho justo e efetivo para os conflitos que são apresentados ao Estado-juiz.

Este artigo tem o escopo de analisar o instituto das tutelas provisórias no novo CPC brasileiro, com ênfase nas tutelas da evidência fundadas em precedentes obrigatórios, à luz da concretização dos direitos fundamentais processuais.

Para tanto, serão analisadas as balizas normativas que delimitam a matéria e a construção doutrinária acerca do tema proposto, que será apresentada durante todo o trabalho, tendo em vista a amplitude conceitual e a importância prática dos assuntos trazidos em cada tópico.

De início, abordar-se-á a nova sistematização normativa das tutelas provisórias e a expressa subdivisão do gênero em tutela de urgência e tutela da evidência, com ênfase na última espécie, visto que se trata do objeto central deste trabalho.

Em seguida, a apreciação recairá sobre a força vinculante dos precedentes judiciais no Brasil, com base na atual normatização que aproxima o sistema jurídico nacional – de tradição de *civil law* – dos sistemas anglo-americanos de tradição de *common law*. A obrigatoriedade dos precedentes é um dos temas mais relevantes dentre as inovações do CPC brasileiro de 2015, razão pela qual é imprescindível a sua análise de forma atenta e pormenorizada.

A terceira e última parte do trabalho consiste em examinar o dispositivo legal que uniu os dois institutos abordados anteriormente, com a criação da tutela da evidência fundada em precedente obrigatório.

A relevância do estudo ultrapassa o fato de ser novidade a disposição expressa dos institutos no Código de Processo Civil. O mais importante é que os temas modificaram sensivelmente a estrutura da prestação jurisdicional no Brasil, o que demanda um lento processo de adaptação para que a cultura jurídica acompanhe, de fato, as inovações legislativas.

Por fim, o objetivo maior deste trabalho é demonstrar o grande valor dos institutos para o alcance dos direitos fundamentais do processo e para a obtenção de resultados justos e efetivos para as contendas judiciais.

## **2 O TRATO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CPC**

Atenuar os males do tempo no processo para evitar que somente uma das partes suporte o peso da demora na entrega da tutela definitiva e para garantir maior efetividade à jurisdição – essa é a finalidade do instituto das tutelas provisórias. O retardo no trâmite do processo, por permitir a ocorrência ou a permanência do dano ou do ato ilícito, é capaz de gerar verdadeira infrutuosidade da prestação jurisdicional<sup>2</sup>.

Com o propósito de sistematização, o novo CPC inovou radicalmente na organização da disciplina sobre a matéria. No quinto livro da sua parte geral, o código unificou o regramento das tutelas provisórias e, expressamente, dividiu o gênero em duas espécies – tutela de urgência e tutela da evidência.

Consolidou-se, ainda, a subdivisão da tutela de urgência em tutela antecipada (natureza satisfativa) e em tutela cautelar (natureza conservativa). As tutelas cautelares em espécie, por sua vez, foram excluídas do texto e abarcadas pelo poder geral de cautela conferido ao julgador.

Com relação ao momento para requerimento, a lei processual cuidou de classificar as tutelas de urgência em antecedentes e incidentais. Enquanto as tutelas antecedentes são requeridas antes da formulação do pedido de tutela definitiva, as tutelas incidentais são requeridas contemporânea ou posteriormente à formulação do pedido principal. Essa classificação geral aproximou as duas espécies de tutela de urgência, visto que a concessão de tutela antecipada antecedente era inviável nos termos do diploma anterior (CPC de 1973).

Foi exatamente na sistematização do procedimento das tutelas antecipadas de caráter antecedente que despontou uma das principais novidades relativas ao tema: o instituto da estabilização da tutela. Concedida a tutela satisfativa em caráter antecedente e não impugnada pela via recursal, o processo será extinto e a tutela tornar-se-á estável. Da medida estabilizada, caberá revisão somente por ação própria, no prazo de dois anos a partir da decisão que extinguiu o processo.

O tema é polêmico. O professor Eduardo Talamini identifica alguns inconvenientes da estabilização, a exemplo do risco de aumento significativo do número de pedidos de tutela antecipada antecedente, ainda que ausente o perigo de dano, com a mera finalidade de obter resultados práticos sem ter de passar pelos percalços do procedimento comum.

---

<sup>2</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 134.

Cogita, ainda, a possibilidade de haver maior rigor dos juízes na concessão de medidas realmente urgentes, em razão do risco de estabilização por tempo indeterminado<sup>3</sup>.

Apesar dos inconvenientes detectados, é certo que o instituto da estabilização contribui significativamente para concretizar a duração razoável do processo, aliada à efetividade da prestação jurisdicional, nos casos que demandam resposta urgente, em virtude do perigo de dano.

No entanto, a urgência não é o único fundamento para a concessão de tutelas provisórias. É possível, ainda, que a medida seja requerida com base na alta probabilidade de acolhimento da pretensão, em conjunto com a robustez da documentação que demonstra os fatos constitutivos do direito do autor<sup>4</sup>. Diante dessa evidência<sup>5</sup>, dispensa-se a demonstração do *periculum in mora*, requisito imprescindível para a concessão das tutelas baseadas em urgência.

Para os casos em que a pretensão apresenta-se como evidente, o razoável é retirar o peso da espera dos ombros do autor e transferir para o réu, como resultado da baixa probabilidade de acolhimento da sua resistência. São muito maiores as chances de erro judiciário por não acolhimento do pedido de tutela lastreado na evidência do que as chances de erro judiciário decorrente da apreciação em cognição sumária, que concede a tutela provisória nessas hipóteses.

Em suma, se a evidência demonstra a alta probabilidade do direito do autor e, conseqüentemente, a baixa probabilidade de acolhimento das alegações do réu, deve este último suportar os efeitos do tempo no processo, até mesmo como forma de desestímulo à prática de atos meramente protelatórios e de incentivo à cooperação para o desfecho do processo de forma efetiva.

---

<sup>3</sup> TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 209, 2012. p. 32.

<sup>4</sup> BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 132.

<sup>5</sup> Evidente, para Luiz Fux, em relevante obra sobre o tema, é o direito que pode ser demonstrado “através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em ‘manifesta ilegalidade’, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição.” (FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 305).

As hipóteses genéricas de evidência que autorizam a concessão da tutela provisória sem demonstração de urgência estão expressamente previstas no novo CPC<sup>6</sup>, nos incisos do artigo 311. A medida será concedida: quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; ou 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.

A primeira hipótese configura uma tutela sancionatória para a parte que age de má-fé no intuito de procrastinar o feito. Além da finalidade punitiva, a concessão da medida permite, ao transferir o ônus da espera àquele que abusa do direito de defesa, o equilíbrio do peso do tempo sobre as partes. Nesse cenário, o objetivo protelatório do réu converte-se em cooperação, enquanto o peso da espera sobre o autor converte-se em tranquilidade.

As demais hipóteses não envolvem conduta desleal do réu, razão pela qual não há que se falar em tutela de natureza sancionatória. Entretanto, demonstra-se a evidência mediante prova documental robusta, capaz de indicar a alta probabilidade de acolhimento da pretensão autoral.

Dentre os casos de tutela da evidência documentada, merece destaque aquela requerida com base em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, consonante com a nova perspectiva do sistema processual brasileiro, que adota o respeito aos precedentes como regra.

### **3 A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

---

<sup>6</sup> Nem todas as hipóteses de tutela da evidência estão previstas na parte geral do novo CPC, em título que trata especificamente da matéria. Há também a previsão de tutela provisória da evidência – ainda que não receba essa classificação de forma expressa – em procedimentos especiais dentro do próprio CPC e até mesmo em legislação extravagante, a exemplo das ações possessórias, dos embargos de terceiro, da ação monitória e da ação de despejo.

Um dos temas de maior destaque no novo CPC brasileiro é a força vinculante da jurisprudência e dos precedentes judiciais, que, sistematicamente, se apresenta em diversos dispositivos espalhados pelo código.

Em qualquer sistema processual que adote o respeito aos precedentes como regra, evidencia-se a preocupação em afastar a insegurança jurídica gerada pela constante ocorrência de diferentes desfechos processuais para situações fáticas integralmente semelhantes.

Tal conclusão não constitui nenhuma descoberta recente da ciência processual. A justificativa para que o Processo Civil brasileiro tenha demorado tanto para reconhecer a importância da dinâmica do precedente obrigatório tem origem histórica, mais precisamente na era da supremacia do Parlamento francês decorrente da Revolução de 1789.

Na França pré-revolucionária, onde os cargos de juiz eram adquiridos por herança e até mesmo comprados, inexistia isenção no julgamento dos conflitos levados ao crivo do Judiciário. Havia nítida vinculação entre os magistrados e o rei, razão pela qual o rompimento revolucionário com o absolutismo vigente significou, como consequência, a brusca retirada de poder das mãos dos juízes. O juiz – identificado por Montesquieu como mero “boca da lei” (*bouche de la loi*) – foi expressamente proibido de interpretar o texto legal, cabendo-lhe apenas aplicá-lo.

Neste contexto, a ideia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Tal fato foi decorrente da grande desconfiança em relação aos juízes, existindo a crença profunda de que a vontade do povo estava efetivamente refletida na lei, e esta deveria ser respeitada literalmente. Consequentemente os juízes tinham que obedecer à lei, já que eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem a boca da lei. Se as decisões judiciais fossem baseadas na lei, garantir-se-ia que a vontade do povo estava sendo cumprida.<sup>7</sup>

Diante desse quadro, para que a revolução progredisse, fez-se necessário valorizar a vontade do Legislativo, que atuaria, utopicamente, na tentativa de abarcar, em suas leis, todas as situações fáticas previsíveis. Foi esse o espírito da *civil law*. Supôs-se,

---

<sup>7</sup> MADEIRA, Daniela Pereira. A Força da Jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro**: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 534.

equivocadamente, que os juízes, engessados na atividade hermenêutica, profeririam decisões coerentes e iguais para todos os casos idênticos.

Os precedentes foram desprezados nos países da *civil law*<sup>8</sup> porque nunca se destacou a necessidade de outra garantia para a segurança jurídica que não fosse o robusto conjunto de leis aplicadas – em princípio, irrefletidamente – pelo Judiciário. A jurisprudência despontava como fonte meramente secundária, sem força vinculante de lei<sup>9</sup>.

Outra história, todavia, foi escrita pelos países pertencentes ao sistema da *common law*. Na Inglaterra, o Legislativo e o Judiciário travaram juntos uma batalha contra o monarca, que desrespeitava constantemente a legislação e os costumes. Vencida a batalha contra o soberano, o poder apenas voltou-se contra este, mas não foi alterado ou recriado. Dessa forma, não seria o excesso de leis que garantiria a segurança jurídica na Inglaterra, mas o respeito aos precedentes judiciais, na intenção de sustentar a igualdade, a coerência e a credibilidade do direito.

Como consequência do domínio exercido pela Inglaterra sobre suas colônias, vedando que estas editassem atos normativos contrários às leis e aos costumes da metrópole, nasceu, nos Estados Unidos, uma dinâmica de controle judicial que, a partir da independência norte-americana (1776), transfigurou-se no *judicial review*.

As sementes do *judicial review*, portanto, surgiram em decorrência do princípio da supremacia do parlamento, que controlava a legislação das colônias através das suas Cartas e que impedia a aplicação de leis coloniais divergentes do direito inglês. Transportado para a colônia, o princípio da supremacia do parlamento dá origem ao princípio da supremacia do judiciário<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Destaque-se o contraponto firmado no posicionamento de Fredie Didier Júnior e de Marcus Seixas Souza, no sentido de que o Direito brasileiro escapa à versão estereotipada da tradição jurídica da *civil law*. Para os autores, “parece integrar o senso comum teórico dos juristas a ideia de que as recentes reformas do sistema jurídico processual, no sentido de valorizar os precedentes judiciais no Direito brasileiro, constituíram mudanças no *status quo* e/ou um movimento em direção a uma nova tradição – ignorando-se características do Direito do Império e do Direito português anterior, que valorizam a jurisprudência e os precedentes de modo mais intenso do que se imagina.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, 2015, p. 7. Disponível em: <[https://www.academia.edu/24644058/O\\_Respeito\\_aos\\_precedentes\\_como\\_diretriz\\_hist%C3%B3rica\\_do\\_Direito\\_brasileiro](https://www.academia.edu/24644058/O_Respeito_aos_precedentes_como_diretriz_hist%C3%B3rica_do_Direito_brasileiro)>. Acesso em: 15 ago. 2018).

<sup>9</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 303.

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 42-43.

A força do Poder Judiciário no sistema da *common law* permitiu que o modelo processual dos países que o integram enraizasse a cultura do respeito às decisões judiciais proferidas, com o objetivo de garantir a isonomia, a coerência e a previsibilidade do direito. Mais do que à elaboração de sentenças e de acórdãos detalhadamente fundamentados, conferiu-se relevância à autoridade aos precedentes.

No entanto, ao contrário do que pode sugerir uma análise preliminar sobre a dinâmica de precedentes obrigatórios, a atividade judicial, neste modelo, não é simplificada, óbvia ou irrefletida. Embora existam decisões-paradigma previamente formuladas para muitos dos conflitos *sub judice*, a verificação de cabimento do precedente e o alcance de sua aplicação não decorrem de silogismo, mas de atividades hermenêuticas complexas, que devem ser reiteradas casuisticamente<sup>11</sup>.

Acrescenta-se a tais reflexões o peso da responsabilidade do julgador – em sistemas de precedentes vinculantes – que, apesar de prolatar a decisão com efeito *inter partes*, produz norma jurídica de caráter abstrato para casos semelhantes e firma, inevitavelmente, um padrão de conduta para os jurisdicionados. Por essa complexidade, o estudo da teoria dos precedentes obrigatórios envolve conceitos próprios, como os de *ratio decidendi*, de *obiter dictum*, de *overruling* e de *distinguishing* – para citar os principais<sup>12</sup>.

O primeiro desses conceitos – *ratio decidendi* – constitui o próprio precedente. Trata-se dos motivos determinantes para a conclusão alcançada em uma decisão judicial. Dessa maneira, não há que se buscar a *ratio decidendi* no dispositivo do julgado, mas, em regra, na sua fundamentação. O que não constitui premissa indispensável para a conclusão – ainda que relevante em termos argumentativos – é *obiter dictum*.

Portanto, para a assimilação exata do precedente, é menos importante a distinção entre fundamento e dispositivo da decisão do que a identificação da *ratio decidendi* e dos *obiter dicta*. É preciso verificar o que, de fato, foi essencial para o desfecho alcançado, tendo em vista que meras considerações laterais e doutrinárias apresentadas pelo julgador não estão aptas a solucionar, isoladamente, nem mesmo aquele conflito específico em

---

<sup>11</sup> STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPD e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. et al. **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 180.

<sup>12</sup> Embora esses sejam os principais conceitos, não são os únicos. Podem ser citados, ainda, como exemplos de institutos relativos à teoria dos precedentes judiciais: o *overriding*, a *transformation*, o *antecipatory overruling*, o *prospective overruling*. No entanto, não compete a este trabalho trazer considerações detalhadas acerca de cada um deles, mas abordar, analiticamente, os efeitos provocados pela recente mudança legislativa no processo civil brasileiro, que adotou a força vinculante dos precedentes como regra.

análise. Consequentemente, também não constituirão precedentes para direcionar a solução de casos semelhantes.

O precedente não se confunde com a decisão judicial, mas com a *ratio decidendi* dela extraída. Ocorre que a *ratio decidendi* não consta destacada na decisão, como uma espécie de capítulo próprio para a demonstração do precedente formulado. É essencial o desenvolvimento de intensa atividade hermenêutica – que conjugue a decisão, sistematicamente, com o caso concreto que a originou – para a compreensão lúcida acerca de qual precedente emana daquela sentença ou daquele acórdão.

Ao contrário da lei, que surge abstratamente e decorre exclusivamente da vontade do Legislador, o precedente emerge de um fato concreto, levado ao Judiciário com o manifesto propósito de alcançar uma prestação jurisdicional com efeitos, em regra, *inter partes*. Desse modo, apenas é possível reconhecer o precedente se existir a análise do caso concreto originário, posto sob julgamento.

Se, de início, é imprescindível uma intensa atividade hermenêutica para identificar a *ratio decidendi* de uma decisão judicial, faz-se necessário, posteriormente, novo empenho interpretativo por parte do julgador. Examina-se, em um segundo momento, o caso ao qual se deseja aplicar o precedente, com o objetivo de constatar se o fato em análise e o fato-paradigma podem ser juridicamente tratados de maneira idêntica.

Ao analisar o contexto fático de cada um dos casos (“caso em exame” e “caso-paradigma”), comparam-se as circunstâncias relevantes em cada um deles e a possibilidade de emprestar a ambos a mesma solução jurídica. A distinção entre os casos, seja para aplicar o precedente, seja para afastá-lo (em virtude de diferenças fáticas significativas), é uma técnica jurídica denominada *distinguishing*.

Através desta técnica, por exemplo, julgadores de instância inferior podem afastar o precedente originado em instância superior, mesmo em um sistema jurídico de precedentes obrigatórios. Destaque-se que o precedente continua vivo e poderá ser aplicado a outros casos em que se enquadre, o que significa a inexistência da revogação do precedente.

A técnica jurídica de revogação do precedente recebe outro nome: *overruling*. Para que um sistema jurídico supere o precedente outrora fixado, valores sociais devem ter sido modificados. Não se trata de uma decisão súbita do magistrado, com o intuito de derrubar

o entendimento consolidado, mas de uma evolução – social, tecnológica, jurídica, política etc. – que torna inadequada a aplicação daquele precedente em casos semelhantes.

Também se aplica a técnica do *overruling* quando verificado erro grosseiro no precedente. Por óbvio, não há que se perpetuar uma *ratio decidendi* elaborada de maneira equivocada ou baseada em premissas errôneas. Neste caso, fica ainda mais evidente a necessidade de superar o precedente e de criar nova *ratio* para casos semelhantes.

Definitivamente, o respeito aos precedentes não faz parte da cultura jurídica pátria. Consoante o professor Luiz Guilherme Marinoni<sup>13</sup>, não existe espanto diante da instabilidade da jurisprudência nos órgãos jurisdicionais brasileiros. Pelo contrário, a prática do judiciário nacional nos últimos anos levou julgadores e jurisdicionados a aceitarem com naturalidade a existência de decisões distintas para casos concretos essencialmente iguais, ainda que o lapso temporal entre elas seja curto.

A noção de propositura da ação como “aposta lotérica” decorre dessa instabilidade jurisprudencial e leva, inevitavelmente, o Poder Judiciário ao descrédito e as suas decisões à deslegitimação.

A inclusão, no novo CPC, de diversos dispositivos que abraçam a obrigatoriedade dos precedentes consiste em um movimento inovador, com o objetivo de aproximar o processo civil brasileiro da tradição do *common law* e de atender aos princípios da segurança jurídica, da isonomia perante os tribunais e da celeridade.

No entanto, a inovação legislativa, por si só, não garante o sucesso do desenvolvimento da cultura de respeito aos precedentes no Brasil, tampouco sugere um processo de eternização das decisões proferidas. Permanece na subjetividade do julgador a análise sobre o cabimento e sobre a efetividade da aplicação do precedente no caso concreto *sub judice*.

Sobre a situação cultural do Brasil com relação ao desenvolvimento de uma teoria dos precedentes, assevera o professor Ravi Peixoto:

(...) a vinculação formal dos precedentes é tão somente o primeiro passo. Apenas com a aculturação do operador do direito brasileiro com uma cuidadosa análise das circunstâncias fáticas do precedente invocado e não a mera conclusão do julgado é que haverá efetivamente o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes no Brasil. A adoção da obrigatoriedade da

---

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 105-106.

vinculação de precedentes sem o seu adequado tratamento apenas traz o pior dos cenários possíveis: uma vinculação de precedentes com a contínua ignorância das circunstâncias fáticas necessárias para a interpretação dos precedentes.<sup>14</sup>

Para tanto, a fundamentação das decisões deve ser ainda mais detalhada, expondo minuciosamente os fatores determinantes do convencimento, pois não se motivará apenas para as partes, mas também para o futuro – quando o precedente poderá ser aplicado a outros casos semelhantes. Não se pode, então, negligenciar que existem fatos que contam a história por trás de todo precedente e que, em sentido oposto ao que se costuma empregar, o texto da decisão não se confunde com a norma que se extrai da *ratio decidendi*.<sup>15</sup> Não basta observar a regra escrita no enunciado para que se verifique o cabimento de uma súmula, por exemplo.

Surgem, também, com a obrigatoriedade dos precedentes, alguns problemas que o texto do código não resolve, a exemplo do cabimento de recurso para discussão de fundamentação (e não de dispositivo), como forma de constituir um precedente favorável, ou do cabimento de intervenção de terceiro em ação individual com o objetivo exclusivo de auxiliar na formação do precedente.

Portanto, apesar do avanço legislativo com relação a este tema, apenas será possível apurar o sucesso da inovação quando os efeitos das alterações começarem a ser sentidos pelos juristas e pelos jurisdicionados.

#### 4 TUTELA DA EVIDÊNCIA FUNDADA EM PRECEDENTE OBRIGATÓRIO

De acordo com o segundo inciso do artigo 311 do novo CPC, conceder-se-á a tutela da evidência se as questões de fato alegadas pelo requerente puderem ser comprovadas por meio de documentos e se houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em

---

<sup>14</sup> PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 123.

<sup>15</sup> De acordo com Lucas Buril de Macêdo: “Percebe-se que a maioria dos problemas ligados aos precedentes judiciais, como o da diferenciação (*distinguishing*) ou da superação (*overruling*), são problemas ligados à interpretação e à argumentação. Não se pode, portanto, querer estabelecer uma certeza absoluta *a priori* ligada à aplicação dos precedentes judiciais que, assim como a lei – mas com notáveis diferenças –, é texto que, interpretado, dá vazão a um significado (norma).” (MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, v. 242, 2015, p. 3. Disponível em: <[https://www.academia.edu/15013508/Anticipa%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_Tutela\\_por\\_Evid%C3%A2ncia\\_e\\_os\\_Precedentes\\_Obrigat%C3%B3rios](https://www.academia.edu/15013508/Anticipa%C3%A7%C3%A3o_da_Tutela_por_Evid%C3%A2ncia_e_os_Precedentes_Obrigat%C3%B3rios)>. Acesso em: 15 ago. 2018).

súmula vinculante. Trata-se, portanto, de hipótese de tutela de evidência baseada em prova documental, sem natureza sancionatória.

A exigência de prova documental está diretamente relacionada ao grau de probabilidade – demonstração da evidência – quanto à veracidade dos fatos alegados pelo autor e quanto ao acolhimento do direito por ele pretendido.

Se outros meios de prova deixam de ser necessários, é porque a situação fática apresenta baixa complexidade probatória. Dessa forma, a convicção do julgador quanto à provável existência do fato constitutivo é alcançada de imediato, pela comprovação suficiente através de documentos.

Em seguida, apresenta-se a exigência mais complexa, a questão jurídica, o lastro das alegações em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Nesse momento, os institutos da tutela provisória e dos precedentes vinculantes são textualmente combinados pela nova lei processual civil.

Em primeiro lugar, é imprescindível aferir a sua abrangência. A literalidade do dispositivo restringe o cabimento da tutela da evidência às alegações fundadas em apenas duas hipóteses legais de precedentes obrigatórios – julgamento de casos repetitivos e súmula vinculante.

Ocorre que o novo CPC fixou expressamente, no seu artigo 927, a observância obrigatória, pelos juízes e pelos tribunais, dos seguintes precedentes judiciais: decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante; acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A 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<sup>16</sup>.

Diante da comprovação das alegações de fato por prova documental, a existência de tese firmada, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade gera a mesma probabilidade de acolhimento do pleito autoral alcançada com a existência de uma tese firmada em julgamento de casos repetitivos. Brotaria verdadeira iniquidade se o sistema processual autorizasse a concessão da tutela, com base na evidência, nesta última hipótese e proibisse a concessão da tutela na primeira hipótese. As situações são essencialmente semelhantes. Não é aceitável que o peso do tempo no processo seja retirado dos ombros de quem se enquadra em um dos casos e seja mantido nos daquele que se enquadra no outro.

Diversos institutos espalhados pelo código<sup>17</sup> recorrem à disciplina dos precedentes judiciais vinculantes de forma completa e não deve ser diferente com a tutela da evidência. A questão aqui é de igualdade substancial, de segurança jurídica e de efetividade, valores caros ao ordenamento brasileiro e, especialmente, ao sistema de precedentes obrigatórios adotado pela nova lei processual.

Superada a análise dos pressupostos para a concessão da tutela e do alcance da norma, resta abordar o seu procedimento. Ao conceder a tutela da evidência fundada em precedente obrigatório, o julgador deve apresentar, na fundamentação da decisão, a *ratio decidendi* que orientou o paradigma utilizado e apontar as semelhanças essenciais entre este caso e o caso *sub judice*. Já ao denegar a tutela, o trabalho argumentativo do julgador torna-se ainda mais complexo, porquanto surge para ele a tarefa hermenêutica de distinguir

---

<sup>16</sup> Já existe entendimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) no sentido de ampliar o alcance do dispositivo. De acordo com o enunciado nº 30, aprovado pela ENFAM, “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”. No entanto, o posicionamento da ENFAM ainda é muito restrito, uma vez que a extensão da norma deve abarcar a totalidade dos precedentes obrigatórios.

<sup>17</sup> A improcedência liminar do pedido, a remessa necessária e a negativa de provimento de recurso por decisão monocrática do relator são alguns exemplos.

os dois casos (*distinguishing*) ou de demonstrar que o entendimento conferido ao paradigma está superado (*overruling*)<sup>18</sup>.

O parágrafo único do artigo 311 do novo CPC autoriza a concessão liminar da tutela da evidência fundada em precedente obrigatório, por não ser necessária qualquer conduta da parte contrária para que os pressupostos legais estejam configurados. O tema suscita divergências doutrinárias quanto à constitucionalidade do dispositivo, já que inexistente perigo da demora que justifique a postergação do contraditório.

Para alguns doutrinadores, a exemplo de José Aurélio de Araújo<sup>19</sup>, a tutela só pode ser concedida de forma liminar em situações excepcionais baseadas em urgência. Se não for o caso, deve-se esperar, pelo menos, a resposta do réu, em respeito ao direito fundamental ao contraditório substancial. Esse posicionamento adverte sobre a inconstitucionalidade do dispositivo do novo código que autoriza a concessão liminar da tutela baseada meramente em evidência.

Outros juristas, no entanto, entendem que não há violação ao contraditório, mas apenas a sua postergação, até mesmo por se tratar de tutela provisória, de cognição sumária, passível de revogação e de modificação em momento posterior. Além da viabilidade de revisão da tutela concedida, o professor Daniel Mitidiero<sup>20</sup> aponta o respeito aos princípios da efetividade e do acesso à justiça como justificativa para a possível postergação do contraditório. Esse foi o posicionamento abraçado pela nova lei processual ao prever o cabimento de tutela da evidência concedida liminarmente.

Além da tutela da evidência fundada em precedente obrigatório, é possível a concessão liminar quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova

---

<sup>18</sup> Assevera Lucas Buriel: “A fixação de determinada *ratio decidendi* por tribunal superior restringe as possibilidades argumentativas e, com isso, torna pouco provável o sucesso da parte que litigue em sentido contrário, ressalvada a possibilidade de se fazer uma distinção. Em consequência do *stare decisis*, o sujeito que litigue levantando *ratio decidendi* consagrada no Supremo ou nos tribunais superiores, diante da similitude dos fatos substanciais levantados, está em situação favorável à concessão da tutela de evidência. Igualmente, quando a defesa do réu limita-se a reiterar argumentos já rechaçados no precedente obrigatório e nos casos posteriores, trata-se de situação em que a evidência da tratativa jurídica faz importante a técnica da antecipação da tutela.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, v. 242, 2015, p. 8. Disponível em: <[https://www.academia.edu/15013508/Anticipa%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_Tutela\\_por\\_Evid%C3%Aancia\\_e\\_os\\_Precedentes\\_Obrigat%C3%B3rios](https://www.academia.edu/15013508/Anticipa%C3%A7%C3%A3o_da_Tutela_por_Evid%C3%Aancia_e_os_Precedentes_Obrigat%C3%B3rios)>. Acesso em: 15 ago. 2018).

<sup>19</sup> ARAÚJO, José Aurélio de. Introdução ao sistema de tutelas cognitivas sumárias do Projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v 37, n. 206, 2012. p. 213.

<sup>20</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 119-120.

documental adequada do contrato de depósito. Em ambas as hipóteses, a conduta do réu é desnecessária para a configuração dos pressupostos.

Nas demais hipóteses genéricas de tutela da evidência (incisos I e IV do artigo 311 do novo CPC), determinado comportamento do réu figura como pressuposto legal de concessão. No primeiro caso (tutela sancionatória), só é cabível a medida se ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, ou seja, a própria lei exige conduta abusiva ou protelatória do réu, o que só é possível depois da sua citação. Inviável, portanto, a concessão liminar da tutela.

No caso do último inciso, a medida é cabível se 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. Mais uma vez, o dispositivo condicionou a medida a determinada conduta da parte requerida, razão pela qual resta inviável a sua concessão liminar.

De qualquer modo, autorizada ou não a concessão liminar, certo é que o novo CPC avançou consideravelmente ao prever, de forma expressa, as hipóteses genéricas de tutela baseada em evidência, já que a injustiça decorrente da má distribuição do ônus do tempo no processo não decorre somente de situações de urgência.

Mais ainda, a lei processual, construída de forma sistemática e organizada, consagrou a relevância do novo sistema brasileiro de precedentes obrigatórios ao permitir que o julgador conceda tutela provisória, sem necessidade de demonstração de urgência, com base apenas em tese firmada em precedente vinculante.

## **5 CONCLUSÃO**

O Código Processo Civil de 2015 transformou radicalmente o sistema processual civil brasileiro, que se curva às normas fundamentais do processo na busca de uma prestação jurisdicional justa e efetiva. Um dos institutos que logrou equilibrar a justiça e a efetividade no processo foi a tutela da evidência fundada em precedente obrigatório.

Em essência, as tutelas da evidência não são novidade do CPC de 2015, já que existiam algumas previsões com essa natureza espalhadas pelo código de 1973. A inovação

da lei processual atual foi sistematizar as tutelas provisórias e trazer as disposições gerais sobre o tema em livro específico.

Dessa forma, as tutelas provisórias foram expressamente subdivididas em tutelas de urgência (antecipada ou cautelar) e em tutelas da evidência. Essas últimas – objeto central deste artigo – dispensam a comprovação do *periculum in mora* e baseiam-se na alta probabilidade de acolhimento da pretensão autoral. As hipóteses genéricas de tutela da evidência estão disciplinadas no artigo 311 do novo CPC, embora existam outros casos em procedimentos especiais espalhados pelo código ou até mesmo em legislação extravagante.

Este trabalho abordou de forma mais detalhada a hipótese de tutela da evidência fundada em precedente obrigatório, em virtude da união, em um só dispositivo, de dois institutos inovadores e revolucionários do novo sistema processual brasileiro.

A força vinculante dos precedentes é um dos temas de maior destaque do novo CPC, idealizado com o intuito de afastar a insegurança jurídica gerada pela constante ocorrência de diferentes desfechos processuais para situações fáticas integralmente semelhantes.

Junto com a nova sistemática – que aproximou o nosso sistema jurídico, de tradição de *civil law*, dos sistemas jurídicos de tradição de *common law* –, desenvolve-se, no Brasil, o estudo de conceitos específicos da teoria dos precedentes (a exemplo de *ratio decidendi*, de *obiter dictum*, de *overruling* e de *distinguishing*), o que se revela de grande importância para a adequada aplicação do instituto.

A inserção de diversos dispositivos que adotam a obrigatoriedade dos precedentes no novo CPC consiste em um movimento inovador, com o objetivo de atender aos princípios da segurança jurídica, da isonomia perante os tribunais e da celeridade. No entanto, não se trata de reprodução automática de enunciados pré-formulados. Permanece na subjetividade do julgador a análise sobre o cabimento e sobre a efetividade da aplicação do precedente no caso concreto *sub judice*. A fundamentação das decisões deve ser ainda mais pormenorizada e expor de forma detalhada os fatores determinantes do convencimento, pois não se motivará apenas para as partes, mas também para o futuro.

Diante da importância do sistema processual de precedentes vinculantes, o novo código viabilizou a concessão de tutela da evidência quando as alegações de fato puderem ser comprovadas documentalmente e quando, cumulativamente, houver tese firmada em

juízo de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Demonstrados os dois pressupostos cumulativos, é possível a concessão – liminar, inclusive – da medida.

Quanto ao pressuposto jurídico, é imprescindível fixar a sua abrangência e abandonar a interpretação meramente literal do dispositivo. O texto da lei restringe o cabimento da tutela da evidência às alegações fundadas em apenas duas hipóteses legais de precedentes obrigatórios – julgamento de casos repetitivos e súmula vinculante.

Entretanto, a análise sistemática e teleológica da norma exige a extensão da interpretação, para que alcance o conjunto completo de precedentes vinculantes, previsto no artigo 927 do novo CPC. Não há razoabilidade em retirar o peso da espera dos ombros de quem se enquadra em alguns dos casos de precedentes obrigatórios e, ao mesmo tempo, manter esse peso nos ombros de quem se enquadra nos outros casos.

Verifica-se, portanto, que o sistema processual brasileiro evoluiu na garantia de direitos fundamentais do processo, a exemplo da efetividade, da segurança jurídica e da isonomia. E parte desse avanço deve-se aos novos sistemas de tutelas provisórias e de precedentes vinculantes, adequadamente conectados entre si pelo instituto das tutelas da evidência fundadas em precedentes obrigatórios.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

ARAÚJO, José Aurélio de. Introdução ao sistema de tutelas cognitivas sumárias do Projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 207-230, 2012.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. ENFAM divulga 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 24 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Seção 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. et al. **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

DIDIER JÚNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/24644058/O\\_Respeito\\_aos\\_precedentes\\_como\\_diretriz\\_hist%C3%B3rica\\_do\\_Direito\\_brasileiro](https://www.academia.edu/24644058/O_Respeito_aos_precedentes_como_diretriz_hist%C3%B3rica_do_Direito_brasileiro)>. Acesso em: 15 ago. 2018.

FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa** (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, v. 242, 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/15013508/Antecip%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_Tutela\\_por\\_Evid%C3%Aancia\\_e\\_os\\_Precedentes\\_Obrigat%C3%B3rios](https://www.academia.edu/15013508/Antecip%C3%A7%C3%A3o_da_Tutela_por_Evid%C3%Aancia_e_os_Precedentes_Obrigat%C3%B3rios)>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 13-34, 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.