

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

Lorena Braga d'Almeida Guedes

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FUNDAMENTO PARA A CONCESSÃO DA
TUTELA DA EVIDÊNCIA**

Recife

2018

Lorena Braga d'Almeida Guedes

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FUNDAMENTO PARA A CONCESSÃO DA
TUTELA DA EVIDÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco; Área de Concentração Direito, Processo e Hermenêutica e Efetividade dos Direitos, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Coorientador: Prof. Pós Doutor Alexandre Freire Pimentel

Recife

2018

G924p

Guedes, Lorena Braga d'Almeida

Os precedentes judiciais como fundamento para a concessão da tutela da evidência / Lorena Braga d'Almeida Guedes, 2018
193 f.

Orientador: Sérgio Torres Teixeira

Coorientador: Alexandre Freire Pimentel

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito Mestrado em Direito, 2018.

1. Processo civil. 2. Precedentes judiciais.
3. Tutela antecipada. 4. Tutela de evidência.
5. Juízes - Decisões. 6. Execuções (Direito).
I. Título.

CDU 347.9

Luciana Vidal - CRB-4/1338

Os precedentes judiciais como fundamento para a concessão da tutela da evidência. © 2018 by Lorena Braga D'Almeida Guedes is licensed under CC BY-NC-ND 4.0

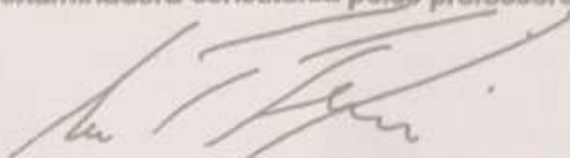
FOLHA DE APROVAÇÃO

Aluno (a): LORENA BRAGA D'ALMEIDA GUEDES

**Título da Dissertação: OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FUNDAMENTO
PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA**

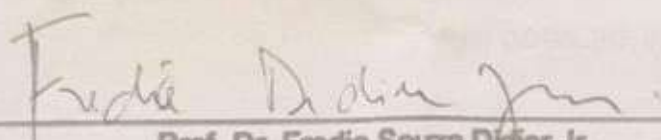
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito –
Mestrado, da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), para obtenção
do título de Mestra em Direito.

A presente dissertação foi defendida e aprovada em 27 de abril de 2018 pela
banca examinadora constituída pelos professores:



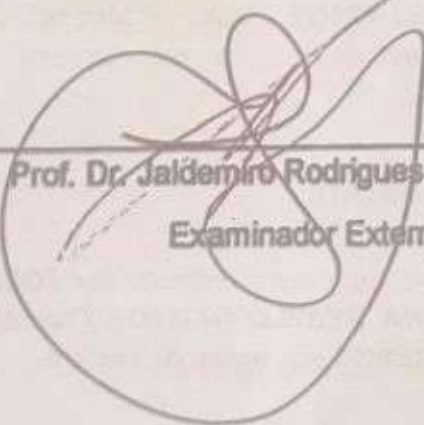
Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Orientador presidente da Banca Examinadora



Prof. Dr. Fredie Souza Didier Jr.

Examinador Interno – membro colaborador



Prof. Dr. Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.

Examinador Externo

AGRADECIMENTOS

Meu Deus, obrigada, primeiramente, pela saúde e por todas as oportunidades que me destes. Agradeço ainda por teres colocado em minha vida pessoas que contribuíram, cada uma a seu modo e com sua respectiva importância, para que eu chegasse até aqui. De algum modo, cada uma delas viabilizou a realização de mais um projeto (e até um sonho), mas não o último!

Devo ainda infinita gratidão à minha família.

Aos meus pais, em especial, agradeço por terem me ensinado a valorizar o bem, o amor, o conhecimento, a educação, o trabalho, a perseverança, a honestidade. Por isso, além dos agradecimentos, também lhes dedico essa conquista e todas as outras que lhe sucederem. Minha irmã linda e minha querida avó Socorro, nas quais sempre encontrarei amor incondicional. E ainda minhas tias e tios, priminhas e priminhos. A rotina inerente às escolhas que fiz acaba por furtar a possibilidade do convívio diário, mas guardo a certeza de que sempre posso contar com cada um de vocês.

Meu querido e amado Ronnie, que se fez conselheiro, parceiro, e enorme fonte de paciência neste último ano tão conturbado, sempre enchendo meu coração de conforto. Obrigada, meu amor, pela sua compreensão e pela torcida que você dedica às minhas conquistas! Também devo meus agradecimentos às suas pequenas, Maidi e Marina, por terem sido bastante pacientes e terem colaborado para que eu pudesse trabalhar em casa por vários finais de semana.

Minhas amigas-irmãs, às quais devo, além dos agradecimentos, as minhas desculpas pela ausência.

A minha gratidão se estende – e não poderia ser diferente – aos queridos colegas da vida acadêmica, com os quais sempre tenho o que aprender. Em especial, Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho, que me apadrinhou desde a graduação, enquanto orientador de monografia. Hoje conto, também, com sua amizade fraterna, muito obrigada!

Ainda merecem todos os agradecimentos Marcelo Labanca (coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unicap) e meus orientadores, Sérgio Torres Teixeira e Alexandre Freire Pimentel, todos bastante pacientes, cuidadosos e membros de uma torcida a qual não faço jus. Muito obrigada!

Por fim, aos professores Leonardo Carneiro da Cunha e Ivo Dantas, por terem me acolhido como ouvinte do PPGD da UFPE enquanto o mestrado ainda era um sonho. Agradeço-lhes pelas portas abertas que certamente representaram um contributo imensurável

na minha, ainda em gestação, carreira acadêmica. Estendo ainda os agradecimentos a todos os professores que já tive, pois contribuíram para a minha imensa vontade de seguir a docência.

RESUMO

O contributo da hermenêutica jurídica para a evolução da teoria da norma é notável, sobretudo na esfera do direito processual. Como consequência da rica produção doutrinária acerca do tema, destaca-se: 1) a sedimentação da distinção entre texto e norma, projetando um novo paradigma também sobre a teoria das fontes do direito; 2) a compreensão de que a atividade de aplicação do direito é indissociável da interpretação, o que culminou em conferir/reconhecer à atividade judicante o poder de também atuar criativamente na realização do direito. Abriu-se, então, uma nova perspectiva sobre a atuação jurisdicional, e, nesse ponto, verifica-se que direito processual civil brasileiro tem sido cada vez mais receptivo aos institutos que tradicionalmente pertencem às tradições jurídicas de *common law*. Como exemplo, o desenvolvimento do respeito pelos precedentes – consolidado no Direito inglês e no Direito norte-americano – no Brasil é recebido com especial preocupação em aliar a segurança jurídica e a igualdade à celeridade, incorporando peculiaridades não vistas no âmbito anglo-saxão. Com esse propósito, a doutrina e os aplicadores do direito levantam a problemática da identificação de um sistema de precedentes que atenda às peculiaridades do modelo jurídico adotado no Brasil. Paralelamente, a processualística brasileira tem buscado viabilizar a efetividade jurisdicional, o que se verifica desde as reformas ao CPC/73, havendo por principal objetivo a concretização dos direitos que tenham sido reconhecidos no âmbito do Poder Judiciário. Nessa ambiência, o direito brasileiro incorporou inovações que alcançaram até mesmo a elaboração de um novo diploma legal – o CPC/15. Dentre os mecanismos propostos pelo legislador, têm-se as técnicas antecipatórias e as tutelas diferenciadas, com especial destaque para as tutelas provisórias de urgência e de evidência, encartadas no livro V do CPC/15, desde o art. 294 até o art. 311. Tendo-se essas considerações em vista, este trabalho tem como objeto de estudo a sistematização do respeito aos precedentes judiciais e sua correlação com a hipótese de aplicação da tutela da evidência fundada nos precedentes vinculantes, tendo-se como fundamento dogmático o artigo 311, inciso II, CPC/15. A central relevância do trabalho é constada no fato de que tal dispositivo autoriza a concessão do provimento sumário analisado apenas com fundamento em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Com isso, a redação excluiu do seu meandro a hipótese da tutela de evidência com base nos precedentes vinculantes firmados nos moldes do art. 927, também do CPC/15. Exsurge-se o problema a ser enfrentado: é possível a aplicação da tutela da evidência com fundamento nos precedentes vinculantes formulados conforme o art. 927, do CPC/15? Trata-se de pergunta de partida cuja resposta foi desenvolvida utilizando-se do método hipotético-dedutivo, a partir de premissas teóricas levantadas ainda no primeiro capítulo. Assim, este trabalho abrange uma análise sobre a sistematização do respeito aos precedentes e sobre o regime jurídico da tutela da evidência. É relevante a temática sugerida, porquanto pretende contribuir para o amadurecimento da nova sistemática proposta à processualística brasileira com o advento do CPC/15.

Palavras-chave: Processo civil; sistema de precedentes judiciais; precedentes obrigatórios; tutela provisória; tutela da evidência.

ABSTRACT

The contribution of legal hermeneutics to the evolution of norm theory is remarkable, especially in the sphere of procedural law. As a consequence of the rich doctrinal production on this subject, stands out: 1) the sedimentation of the distinction between text and norm, projecting a new paradigm also on the theory of the sources of law; 2) the understanding that the activity of applying law is inseparable from interpretation, which culminated in conferring / recognizing to judging activity the power to also act creatively in the realization of law. A new perspective was opened on the jurisdictional action, and, at this point, is possible to verify that Brazilian civil procedural law has been increasingly receptive to institutes that traditionally belongs to *common law*. As an example, the development of the respecting precedents - consolidated in English Law and US Law - in Brazil is received with special concern in combining legal certainty and equality with celerity, incorporating peculiarities not seen in Anglo-Saxon scope. With this purpose, doctrine and law enforcers raise the problem of the identification of a system of precedents that meets the peculiarities of the legal model adopted in Brazil. At the same time, the Brazilian procedural law has sought to make jurisdictional effectiveness feasible, since the reforms to CPC/73, having as the main objective the realization of the rights that have been recognized in the sphere of the Judiciary. In this ambit, Brazilian law incorporated innovations that even reached the elaboration of a new legal document - the CPC/15. Among the mechanisms proposed by the legislator are anticipatory techniques and differentiated tutelages, with special emphasis on temporary protection of urgency and of evidence, included in Livro V of CPC/15, from art. 294 until the art. 311. Taking these considerations in view, this study has as object of study the systematization of respect for judicial precedents and their correlation with the hypothesis of applying the protection of evidence based on binding precedents, having as dogmatic basis the art. 311, II, CPC/15. The central relevance of the work can be verify in the fact that such a device authorizes the granting of the summary procedure analyzed only on the basis of a thesis established in the trial of repetitive cases or in a binding summary. As a result, the exclusion of the hypothesis of protection of evidence based on the binding precedents established in the mold of art. 927, also from CPC/15. The problem to be faced is: it is possible to apply the protection of the evidence based on the binding precedents formulated according to art. 927 CPC/15? It is a question of departure whose answer was developed using the hypothetical-deductive method, based on theoretical premises raised in the first chapter. Thus, this work includes an analysis on the systematization of respect for precedents and on the legal regime of the protection of evidence. The suggested topic is relevant, since it intends to contribute to the maturation of the new systematic proposal to Brazilian proceduralism with the advent of CPC/15.

Key-words: Brazilian procedural law; System of judicial precedents; biding precedents; Provisional protection; Protection of evidence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

abr.	Abril
ago.	Agosto
ampl.	Ampliada
art.	Artigo
arts.	Artigos
atual.	Atualizada
Coord.	Coordenador, Coordenação ou Coordenadores
CPC/73 Civil	Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Institui o Código de Processo Civil
CPC/15	Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil
Dez.	Dezembro
ed.	Edição
EUA	Estados Unidos da América
FPFC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
Jan.	Janeiro
Jun.	Junho
Mai.	Mai
Min.	Ministro
n.	número
nº	número
nov.	novembro
org.	organizador, organização ou organizadores
set.	setembro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Trad.	Tradutor(a) ou tradução
v.	volume
vol.	volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – Premissas hermenêuticas para a identificação de um sistema de precedentes judiciais no Brasil.....	13
1. Noções fundamentais.....	13
1.1 Delimitação conceitual do vocábulo “sistema normativo”.....	13
1.2 A interpretação jurídica como ferramenta de realização do direito.....	19
1.3 Da interpretação sistemática do direito.....	24
1.4 Da distinção entre texto normativo, norma e fonte do Direito.....	27
2. Dos precedentes judiciais no âmbito da realidade jurídica brasileira.....	36
2.1 Conceito de precedente judicial.....	36
2.2 A estrutura do precedente judicial.....	40
2.3 Precedente x decisão judicial.....	43
2.4 Precedente x jurisprudência.....	44
2.5 Precedente x súmula.....	45
CAPÍTULO 2 – Dos precedentes judiciais como fonte do direito brasileiro: mecanismos de vinculação, aplicação e superação.....	48
1. Precedentes de eficácia vinculante na tradição de <i>civil law</i> brasileira.....	48
2. Diretrizes normativas para a consolidação do sistema de precedentes judiciais no CPC/15.....	52
2.1 As decisões do STF firmadas em controle concentrado de constitucionalidade.....	57
2.2 Os enunciados de súmulas vinculantes.....	57
2.3 Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.....	59
2.4 Os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional.....	61
2.5 A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.....	63
3. Das técnicas de aplicação e de superação dos precedentes judiciais.....	64
CAPÍTULO 3 – Das tutelas provisórias no regime jurídico brasileiro.....	71
1. Delimitações conceituais do vocábulo “tutela jurisdicional”.....	71
2. A cognição processual como instrumento da segurança jurídica.....	74

3.	Do manejo do tempo no processo e das técnicas que viabilizam a sumarização do procedimento e da cognição processual	81
4.	A adequação da tutela jurisdicional à pretensão jurídica	86
5.	Das tutelas jurisdicionais provisórias: distinções necessárias.....	93
5.1	Definitividade x provisoriedade.....	93
5.2	Cautelaridade x provisoriedade.....	97
6.	Das tutelas provisórias no CPC/15.....	101
6.1	Do regime jurídico das tutelas provisórias encartado no diploma processual	101
6.2	Dos pressupostos para a concessão das tutelas provisórias	108
CAPÍTULO 4 – A tutela da evidência no direito brasileiro		115
1.	Notas preliminares sobre a tutela da evidência	115
2.	Algumas diretrizes para identificação do “direito evidente”	117
2.1	Direito líquido e certo	117
2.2	Juízo de verossimilhança.....	120
2.3	Evidência do direito	122
3.	Contribuições da destacada doutrina brasileira para a consolidação de uma teoria da tutela da evidência	125
3.1	Luiz Fux	125
3.2	Eduardo José da Fonseca Costa	129
3.3	Bruno Vinícius da Rós Bodart	136
3.4	Demais contribuições da doutrina brasileira sobre a tutela da evidência.....	138
CAPÍTULO 5 – A tutela da evidência sob uma perspectiva dogmática do art. 311 do CPC/15145		
1.	Panorama geral.....	145
2.	A evolução normativa da tutela dos direitos evidentes no regime jurídico brasileiro ..	149
3.	Uma perspectiva dogmática sobre a previsão normativa da tutela dos direitos evidentes	151
3.1	Tutela da evidência fundada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório da parte.....	151
3.2	Tutela da evidência fundada na prova adequada do contrato de depósito	154
3.3	Tutela da evidência fundada em prova documental a qual o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.....	156
3.4	Tutela da evidência <i>inaudita altera parte</i>	158
3.5	Tutela da evidência em face do Poder Público	160
3.6	Da tutela de evidência recursal	162
3.7	Da tutela de evidência negociada.....	164

4. A tutela dos direitos evidentes fundada nos precedentes judiciais vinculantes: uma proposta de interpretação sistemática da previsão normativa constante no art. 311, II do CPC/15	168
CONCLUSÃO.....	177
REFERÊNCIAS	179

INTRODUÇÃO

A sedimentação da distinção entre texto e norma, propõe uma nova perspectiva sobre a teoria das fontes do direito, e isso se deve, especialmente, à recepção da hermenêutica na seara jurídica. Dentre os contributos hermenêuticos, está o assentamento de que textos normativos são apenas formulações de normas ou enunciados que expressam normas; assim, eles podem ser considerados disposições normativas.¹ A norma, de outra banda, é o resultado da atividade interpretativa, assim, uma norma pode se tornar obsoleta sem que seu texto literal tenha sido alterado e sem que haja a revogação do seu aspecto formal.

Com efeito, a hermenêutica também reconheceu na atividade do juiz, sujeita à lei, a possibilidade de complementação produtiva do direito,² ao passo que a atividade judicante compreenderia o resultado da interpretação criativa. Essa noção foi bem sedimentada na tradição jurídica da *common law*, o que não se verificou na *civil law*, com isso, a proposta de enxergar a aplicação do direito como atividade interpretativa-criativa encontrou resistências que só foram diluídas por influência do desenvolvimento da hermenêutica jurídica.

A evolução da teoria da interpretação importou o aumento das opções interpretativas disponibilizadas ao julgador/intérprete. A partir daí, reconhece-se à atividade judicante o dever de se portar valorativamente,³ possibilitando que a aplicação do comando normativo se dê em conformidade com as peculiaridades circunstanciais que lhe são apresentadas, pois realização do direito também esbarra na questão da efetividade.

A análise do tema tem relevância por demonstrar que a liberdade conferida ao julgador também pode provocar a indesejada insegurança jurídica da imprevisibilidade, bem como a falta de uniformidade das decisões. Com efeito, demonstra-se também a necessidade da construção de balizas que cuidem da amplitude dessa liberdade. Sob esse aspecto, a sistematização dos precedentes judiciais representa um importante instrumento que serve à reconquista da almejada segurança jurídica.

Assim, o desenvolvimento do respeito pelos precedentes no direito brasileiro é recebido com especial preocupação em aliar a segurança jurídica e a igualdade à celeridade na solução dos conflitos. Desse modo, é possível perceber que a identificação do precedente judicial como fonte do direito cuidará ainda da valorização da atuação dos magistrados,

¹ GUASTINI, Ricardo. **Interpretar y argumentar**. Madri: CEPC, 2014. p. 26.

² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 489.

³ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000. p. 164.

conferindo maior senso de responsabilidade no exercício da atividade judicante, fato que impõe reconhecer que o respeito aos precedentes judiciais merece sistematização.

Especialmente porque a existência de um sistema de precedentes pressupõe o cumprimento, por parte dos tribunais, do dever de manutenção da uniformidade, da estabilidade, da integridade e da coerência da jurisprudência. Aí estariam bem estruturadas as balizas necessárias ao freio da atividade criativa dos julgadores. Para isso, há que se delinear um sistema de precedentes que atenda às peculiaridades do modelo jurídico adotado no Brasil.

Parte da problemática levantada neste trabalho está centrada em identificar se há, no Brasil, o que pode ser considerado um sistema de precedentes. Propósito esse que se pretende alcançar a partir da análise da delimitação conceitual do sistema normativo; seguida do enfrentamento de alguns dos dispositivos normativos encartados no CPC/15 pertinentes à tratativa sugerida.⁴

Nosso diploma processual também incorporou inovações no que se refere ao regramento das tutelas provisórias (arts. 294 a 311), cujos aspectos polêmicos têm ocupado a doutrina com as mais variadas críticas.⁵ Com relação à temática das tutelas provisórias, cumpre registrar, de logo, que a proposta ora aventada se dedicará mais especificamente à análise da tutela da evidência, uma vez que a previsão normativa de uma das suas hipóteses de cabimento abarca a temática dos precedentes judiciais.⁶

A tutela da evidência se apresenta como importante instrumento para a solução dos inconvenientes gerados pela excessiva demora dos processos judiciais. Com ela, é dada ao jurisdicionado a possibilidade de alcançar o bem jurídico pretendido sem que seja necessário aguardar o demorado deslinde processual ordinário. Para viabilizar a aplicação desse instituto, o legislador elencou algumas hipóteses nas quais o direito pleiteado considerar-se-á revestido de evidência.

⁴ Há um tópico especialmente dedicado à análise dos arts. 926, 927 e 928, porquanto relacionam-se diretamente com o objeto de análise do presente trabalho.

⁵ Cf., dentre muitos outros: PIMENTEL, Alexandre Freire; PEREIRA, Mateus Costa; LUNA, Rafael Alves de. **Da – suposta – provisoriedade da tutela cautelar à “tutela provisória de urgência” no novo código de processo civil brasileiro: entre avanços e retrocessos.** In: Revista de Processo Comparado, vol. 3/2016, p. 15 – 40, Jan - Jun / 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; FONSECA COSTA, Eduardo José da; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **A estabilização e a imutabilidade das Eficácias Antecipadas;** Justificando; disponível em: <http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>; acesso em: 04/01/2016; CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização.** Disponível em: https://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_antecipada_antecedente_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o Acesso em: 02 de abr. de 2016; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador, JusPodivm, v. 2, 2015.

⁶ *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: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;”

Tendo-se essas considerações em vista, o objeto de estudo deste trabalho compreende a análise da sistematização do respeito aos precedentes judiciais e sua correlação com a hipótese de aplicação da tutela da evidência fundada nos precedentes vinculantes, tendo-se como fundamento dogmático artigo 311, inciso II, CPC/15 a ser interpretado em conformidade com o art. 927.⁷

Cumprir destacar, inicialmente, que a referida hipótese normativa é novidade no CPC/15. Daí é possível perceber a notável relevância do tema, mas também temos, em consequência, que o presente trabalho não trata do estudo de casos.

Na intenção de cumprir a proposta aventada, o trabalho está dividido em cinco capítulos. O desenvolvimento parte (1) das bases hermenêuticas para identificação de um sistema de precedentes judiciais no Brasil; (2) perpassa a construção da noção dos precedentes judiciais como fonte do direito, bem como sobre os mecanismos de vinculação, aplicação e superação; (3) adentra na esfera das tutelas jurisdicionais provisórias no regime jurídico brasileiro; (4) alcança a temática centrada na tutela da evidência, levantando elementos distintivos entre direito líquido e certo, verossimilhança e direito evidente, trazendo também a perspectiva da doutrina que versou sobre o tema desde Luiz Fux até os dias atuais; e, por fim (5) chega à análise das hipóteses normativas de tutela provisória da evidência previstas no art. 311, findando com a estrita análise do problema que motivou este trabalho, ou seja: é possível a aplicação da tutela da evidência com fundamento nos precedentes vinculantes formulados conforme o art. 927 do CPC/15?

Como metodologia aplicada, contou-se com a utilização da pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, desenvolvida a partir de livros, artigos publicados em revistas especializadas – seja em meio físico ou eletrônico – capítulos de livros, além de dissertações e teses sobre o tema.

No primeiro momento, o desenvolvimento metodológico se deu com a fixação dos devidos marcos teóricos/premissas, utilizando-se do método hipotético-dedutivo. Necessário se fez em razão do viés dogmático inerente ao problema de partida, cuja finalidade é possibilitar a compreensão do sistema de precedentes e do regime de antecipação de tutela com base na evidência diante do Código de Processo Civil de 2015. As conclusões, então, foram obtidas a partir da construção teórica aqui consolidada.

⁷ Mais adiante será possível esclarecer que o rol constante no art. 927 não versa apenas sobre precedentes em sentido estrito, pois súmulas e precedentes não se confundem. Na realidade, aquele dispositivo faz referência a enunciados normativos dotados de eficácia vinculante.

CAPÍTULO 1 – Premissas hermenêuticas para a identificação de um sistema de precedentes judiciais no Brasil

1. Noções fundamentais

1.1 Delimitação conceitual do vocábulo “sistema normativo”

Parcela da comunidade jurídica pátria vem assimilando a ideia de que o CPC/15 instituiu um sistema de precedentes, sublinhando ainda que o Brasil caminha para a tradição jurídica do *common law*. É relevante enfrentar o tema, que parte da análise de algumas premissas sobre as quais essas teorias têm sido firmadas. Assim, o propósito primeiro deste tópico é a delimitação conceitual do sistema normativo, sem que nossos argumentos pareçam flutuantes e apenas condicionados à circunstância de um (novo) código – o CPC/15, pois as premissas ora levantadas encontram bases teóricas fincadas muito antes da vigência do referido diploma processual.

Em um artigo publicado por Lenio Luiz Streck e Georges Abboud⁸, alguns questionamentos foram levantados acerca da reafirmada existência de um sistema de precedentes no Brasil. Nele, os autores elegeram o conceito de sistema oferecido por Mario Losano que pressuporia um “todo coerente e harmônico de normas”. A falta do mencionado pressuposto no âmbito do CPC/15 os levou a afirmar que não temos um sistema de precedentes no Brasil.⁹

Streck e Abboud adotam conceito singular (e menos em voga, porquanto inadequado) de sistema para rechaçar a construção, pelo CPC/15, de um novo sistema. Ocorre que não há apenas uma acepção para o termo ‘sistema jurídico’, que é polissêmico. Com efeito, Bobbio¹⁰ nos apresenta três acepções para o emprego vocábulo: 1. Sistema dedutivo; 2. Sistema indutivo/empírico; 3. Sistema ordenamento/jurídico.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. Publicado em: 18 ago. 2016. Disponível <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 18 ago. 2016.

⁹ Para evitar quaisquer dúvidas, colacionamos as palavras dos autores: “O que a doutrina processual entende por sistema? Trata-se de equiparação de sistema a ordenamento jurídico? Mario Losano pode ajudar a entender esse conceito. Daremos de barato que, ao falarmos de “sistema de precedentes”, por sistema devemos compreender a ideia de um todo coerente e harmônico de normas. Ou seja, uma teoria do ordenamento que necessita da ideia de sistema para lhe possibilitar adequado tratamento para a relação entre as normas jurídicas. Isto é, não são sinônimos. Logo, o que o CPC de 2015 tem a ver com um novo “sistema”? Nada.” STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. Publicado em: 18 ago. 2016. Disponível <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹⁰ Apoiando-se em Del Vecchio e Perassi. BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 75.

Quanto ao primeiro, o sistema dedutivo, “diz-se que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais (ditos “princípios gerais de Direito”),¹¹ considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico.”¹² Sobre essa acepção, o autor esclarece que é muito mais afim do Direito natural, razão pela qual o conceito de sistema dedutivo não atende ao que pretendemos esclarecer neste ensaio.

A segunda acepção é a de “sistema empírico”, que pode ser encontrada na ciência do Direito moderno, segundo o próprio autor.

Aqui o termo sistema é usado, ao contrário, para indicar um ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira: a consequência destas operações será o ordenamento do material jurídico do mesmo modo que as laboriosas classificações do zoológico dão um ordenamento ao reino animal.¹³

Trata-se da construção da ideia de sistema a partir das experiências, pois “o procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a classificação”. A formação do sistema é resultado da acumulação das experiências percebidas e ordenadas. Assim, o autor continua, afirmando que a jurisprudência sistemática permite a construção de um conceito mais elaborado “que permite a redução de todos os fenômenos jurídicos a um esquema único, e favorece, portanto, a construção de um sistema no sentido de sistema empírico ou indutivo”.¹⁴

Já o terceiro significado de sistema jurídico é recebido com proximidade ao de ordenamento jurídico. Para o autor, trata-se de ordenamento no qual não haja normas incompatíveis. Pois, para ele, “sistema equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas.”¹⁵

Se se admitir o princípio de compatibilidade, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes

¹¹ Em conversa com meu orientador, Prof. Alexandre Freire Pimentel, recebi a indicação de que o código civil italiano recebeu fortes críticas de Del Vecchio por haver substituído a expressão “princípios gerais do direito” pela expressão “princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”. Por justificativa, tem-se que a referência a “ordenamento jurídico do Estado” amplia o rol de direitos disponíveis ao intérprete (“para além das normas e dos institutos, e para além, ainda, da orientação político-legislativa estatal e da tradição científica da Nação”), o que lhe permitiria alcançar todos os elementos necessários para a pesquisa da norma reguladora. Sobre o tema, conferir: DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 380 e BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 157.

¹² BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 77.

¹³ BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 78.

¹⁴ BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 79.

¹⁵ BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 80.

autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas¹⁶.

Cumprido destacar, no entanto, que o autor não faz distinção dos níveis de linguagem para construir sua classificação.

De outro lado, a doutrina de Lourival Vilanova, com base na construção dos níveis de linguagem aos quais as normas estão inseridas, classifica os sistemas em prescritivos e descritivos. Nesse sentido, o autor afirma que “se o sistema de Direito positivo fosse sistema científico, necessariamente seguiria a lei lógica de não-contradição. Mas não é sistema científico”. O sistema de direito positivo é prescritivo, pois revela um conjunto homogêneo de proposições prescritivas, tal como as normas contidas nos diplomas legais. Com efeito, a lei lógica, que exige a plena coerência do sistema e é teórica, não pode fazer parte de um mesmo conjunto no qual também haja as normas positivas.¹⁷

Diferentemente da doutrina de Bobbio, na qual a compatibilidade é elemento que caracteriza a existência de um sistema jurídico, a doutrina de Vilanova reconhece que, em sistemas prescritivos, tal como o normativo ao qual se insere o CPC/15, não é possível se falar em exigência de não-contradição, dada a imperfeição inerente à sua construção. Ainda assim, a homogeneidade à qual se refere o autor revela a necessidade de coerência mínima no ordenamento jurídico positivo, ainda que esse elemento não seja condição essencial para afirmar a (in)existência de um sistema.

Em paralelo, para Tércio Ferraz Jr., essa relação de coerência é dinâmica e depende da perspectiva sobre a qual as proposições estão sendo aferidas. O autor afirma que o conceito de sistema compreende o conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mas, além disso, também integra as relações entre os atributos, em conformidade com certas regras (estrutura do sistema).¹⁸ Ademais, o autor afirma que nas relações entre os atributos do sistema, há regras responsáveis pela calibração, de modo a conferir a imperatividade

¹⁶ Cumprido registrar que a ideia de compatibilidade apresentada por Bobbio serviu, em sua obra, para introduzir a problemática das antinomias e lacunas do ordenamento. A verticalização do trabalho sobre este tema nos conduziria a uma ramificação que desinteressa aos propósitos atuais. Tomaremos, portanto as premissas até este ponto colocadas e seguiremos. BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. pp. 80-81.

¹⁷ “Assim como um sistema teórico ou descritivo de objetos não pode abrigar proposição descritiva e proposições prescritivas, juízos-de-ser e juízos-de-dever-ser, assim o Direito positivo não pode acolher normas e leis teóricas. Pode, sim, converter as leis lógicas em normas.” VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de Direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 194-195.

¹⁸ “Entendemos por sistema um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão ao sistema” FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 140.

necessária à validade e à efetividade do ordenamento. Trata-se da construção de imperatividade, também necessária ao funcionamento do sistema, pois revela seus parâmetros¹⁹.

Já Juarez Freitas traz ao conceito de sistema jurídico não apenas suas características, mas também seu aspecto funcional e seu referencial na Constituição. Nesse sentido o autor propõe:

Entende-se mais apropriado que se conceitue o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.²⁰

Pode-se, com isso, agregar os conceitos propostos, de modo a identificar alguns elementos comuns. Vejamos.

No tocante às características, o sistema normativo é aquele que compreende um conjunto normativo, cujos elementos interligam-se axiológica e hierarquicamente. No que se refere ao aspecto funcional, trata-se de estruturação que visa resguardar a coesão, a uniformidade e a efetividade daquele conjunto normativo nele compreendido. Este último, por sua vez, engloba ainda os mecanismos de funcionamento do próprio sistema no qual está inserido, mecanismos expressamente referidos na doutrina de Ferraz Jr., quais sejam as regras de calibração que têm por função a garantia de imperatividade do sistema.

O art. 926 do CPC/15²¹ é um regramento que bem ilustra a exigência de calibração prevista por Ferraz Jr., por exemplo, haja vista tratar-se de norma que regula a imperatividade do sistema de precedentes, no âmbito do CPC/15.

Além disso, há um relevante trecho da obra de Ferraz Jr. que, sem pretender, esclarece a estreita relação entre o fenômeno da sistematização dos precedentes judiciais no Brasil. Para ele, a imperatividade do sistema revela-se na relação entre cometimentos. No âmbito dos sistemas normativos há subsistemas, “cujas normas-origens não são nem válidas nem

¹⁹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 140-141.

²⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 46.

²¹ *In verbis*: “Art. 926. **Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.** § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” (grifo nosso)

invalidas e, ao mesmo tempo, sejam, no seu relacionamento, inválidas umas perante as outras.”²²

Nesse sentido, o que deve incidir sobre as normas não é o juízo de validade, mas o juízo de efetividade. Outrossim, ao aferir a efetividade de uma norma perante a outra, inclusive perante a norma-origem, é dada a possibilidade de modificação da regulação do sistema, que “pode ocorrer pela reinterpretação da norma-origem ou pela edição de uma nova norma-origem que revogue ou derroque a anterior”. É possível ainda que se opere “uma ação drástica, exterior ao sistema, que implanta novo ciclo de validades, com o aparecimento de novo sistema.”²³

Parece-nos que esses trechos, embora escritos há muito, trazem o delineamento conceitual para o enquadramento classificatório do que tem acontecido no Brasil: a construção de um sistema de precedentes. Fenômeno motivado, dentre tantas outras razões, pela necessidade de uniformização dos julgados; pela visibilidade que os julgados têm alcançado com amplo acesso dos jurisdicionados; pelo modo de argumentação das peças processuais e das decisões judiciais, nas quais as citações doutrinárias são cada vez mais escassas, enquanto que os entendimentos firmados pelas cortes em casos pretéritos apresentam-se volumosos e listados.

Ainda em consonância com a proposta de coerência e uniformidade que devem se manter presentes em um sistema, é de se guardar o que afirma Juarez Freitas, a seguir:

Todas as frações do sistema jurídico estão em conexão com a inteireza de seu espírito, daí resultando que qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, de normas e de valores constituintes da totalidade do sistema jurídico. Retido este aspecto, registre-se, outrossim, que cada preceito deve ser visto como uma parte viva do todo, eis que é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço, desde que se busque descobrir qual é, na respectiva situação, o interesse mais fundamental.²⁴

²² Como a imperatividade é uma relação entre cometimentos, que usa de uma linguagem analógica e, pois, antitética, não surpreende que os sistemas normativos sejam dotados, como dissemos, de uma curiosa “lógica”, um universo de crises e reconciliação onde a coerência, às vezes, parece incoerência. (...) Explica-se, com isso, que a invalidade não seja uma figura “anormal”, nem um fenômeno marginal, mas uma resposta “coerente” dentro de uma situação. Por sua vez, esta possibilidade lança uma luz diferente sobre a questão da relação entre validade e efetividade. Se uma norma não depende da sua efetividade e vice-versa, é possível reconhecer que a inefetividade da norma derivada afeta a efetividade da norma-origem no sentido de que o sistema, globalmente, modifica a sua regulação chegando até o clímax de uma nova situação ou novo estado. Esta modificação na regulação ou no sentido obrigatório do sistema normativo pode ocorrer pela reinterpretação da norma-origem ou pela edição de uma nova norma-origem que revogue ou derroque a anterior, ou pelo recurso a uma ação drástica, exterior ao sistema, que implanta novo ciclo de validades, com o aparecimento de novo sistema. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 142-143.

²³ Conferir nota anterior. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 142-143.

²⁴ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 53.

A relevância de se considerar cada preceito enquanto conjunto do todo está na essência de um sistema que se mostra coeso, sobretudo quando imerso em uma tradição jurídica codificada. Guardemos, então, a citada orientação, pois que tomaremos emprestado quando da análise sobre a interpretação sistemática.

Por fim, superada a delimitação conceitual do vocábulo ‘sistema normativo’, é importante registrarmos que a *common law*, assim como a *civil law* não são propriamente *sistemas jurídicos*, pois que são *tradições jurídicas*. Nesse sentido, John Henry Merryman²⁵ esclarece que a expressão ‘sistema jurídico’ usado para se referir à *common law* ou à *civil law* é atribuída aos modelos e aos mecanismos próprios de cada Estado²⁶, que, por sua vez, incorporam peculiaridades histórico-culturais à tradição jurídica predominantemente adotada.

A *civil law* e a *common law*, portanto, são tradições jurídicas às quais pertencem diversos sistemas jurídicos, que, por sua vez, revelam elementos distintos e comuns, porque influenciam uns aos outros. Dessarte, os termos “sistema” e “tradição”, sob o aspecto mencionado, não se confundem.²⁷

Em razão de todo o exposto neste tópico, faz-se mister adiantar a premissa de que, no tocante à valorização dos precedentes e sua consequente sistematização, não há que se falar em migração de um sistema vinculado à tradição jurídica de *civil law* para a tradição jurídica de *common law*.²⁸ Deve-se contar com o fato de que o “nosso sistema” carrega suas peculiaridades, tal como a própria vinculação aos precedentes judiciais, que, no Brasil, depende de previsão legal, diferentemente dos sistemas de tradição jurídica do *common law*, no qual o *stare decisis et no quieta movere*²⁹ é mandamento construído nas cortes. Essa, por exemplo, é uma das peculiaridades que levantadas ao longo do capítulo.

²⁵ MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, ROGELIO. **A Tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009. p. 21.

²⁶ Nesse mesmo sentido, observa Lourival Vilanova: “Temos, como dado-da-experiência, o pluralismo dos sistemas jurídicos dos Estados. Sob o ponto de vista formal-jurídico, cada Estado é um sistema. Independente do outro e uno. A proposição normativa fundamental de um sistema não se transpõe para o outro.” VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de Direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 163.

²⁷ Merryman afirma que “em um mundo organizado em estados soberanos e organizações de estados, há tantos sistemas jurídicos quantos forem os estados e organizações internacionais”. MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, ROGELIO. **A Tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009. p. 22.

²⁸ Como bem aponta, Mariana Pacheco Rodrigues Almeida, “A adoção do *common law* no Brasil consistiria em postura diametralmente oposta à finalidade pretendida pelo legislador, dentre as quais, a uniformização de jurisprudência, a fim de, sobretudo, conferir segurança jurídica ao jurisdicionado”. ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. **O incidente de assunção de competência no microsistema de formação de precedentes obrigatórios**. In: Temas relevantes de direito processual Civil: elas escrevem. CORTEZ, Renata; FREITAS, Rosalina; DOURADO, Sabrina. (Coord.) Recife: Editora Armador, 2016. p. 256.

²⁹ A teoria do *stare decisis*, também chamada de *doctrine of binding precedent*, é relevante característica do *common law*, mas só veio fazer parte deste sistema a partir das primeiras décadas do século XIX. O ponto de transição para o *stare decisis* foi em 1898 com o caso *London Tramways Company versus London Country*

1.2 A interpretação jurídica como ferramenta de realização do direito

A hermenêutica é a teoria que se desenvolveu sobre a atividade de interpretação³⁰ e compreende operações dessa natureza sob a perspectiva da filosofia, da teologia e do direito. Ao presente trabalho, no entanto, interessa a hermenêutica jurídica,³¹ embora correntes filosóficas também sejam fonte de influência para o desenvolvimento da presente análise.

O filósofo Hans-Georg Gadamer insere-se no contexto de problematização do tema sob o aspecto filosófico e aduz que “o fenômeno da compreensão e da maneira correta de se interpretar o que se entendeu não é apenas, em especial, um problema da doutrina dos métodos aplicados nas ciências do espírito”³². A partir dessa premissa, o filósofo desenvolve a compreensão de uma teoria hermenêutica cujas bases foram fincadas em Schleiermacher, Dilthey, Husserl e Heidegger.

Partindo da ideia de evolução das concepções sobre a temática da hermenêutica, Gadamer afirma que antes, era lógico e natural limitar a atividade de interpretação à adaptação do sentido de um texto à situação concreta que se relaciona com o mesmo. Por outro lado, ao seu tempo, o autor observa que o trabalho do intérprete deve ir além de simplesmente reproduzir o que diz o interlocutor que é interpretado, deve, portanto, “fazer valer a opinião daquele assim como lhe parece necessário, tendo em conta como é automaticamente a situação dialógica na qual somente ele se encontra como conhecedor das duas línguas que estão em comércio”.³³

Sob essa perspectiva o intérprete torna-se, então, responsável por extrair não apenas o sentido literal, mas também identificar elementos intrínsecos do interlocutor e que foram depositados no texto. É uma proposta que engrandece a teoria da hermenêutica, mas não precisaríamos de muitos argumentos para afirmar que, desse modo, não é atividade fácil de ser realizada. Nesse sentido também se posiciona Karl Larenz:

Council, quando a *House of Lords* inglesa estabeleceu o efeito auto-vinculante dos precedentes, além de determinar a eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior. Em outros termos, estabeleceu a eficácia vertical do precedente. Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161.

³⁰ “Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1-2.

³¹ No entanto, registre-se que há doutrina em defesa de que as hermenêuticas da filosofia, da teologia e do direito são indissociáveis. Nesse sentido, em um breve apanhado histórico sobre o tema, Gadamer observa: A história da hermenêutica nos ensina que junto à hermenêutica filosófica existiram também uma teológica e outra jurídica, e que somente as três juntas comportam o conceito pleno de hermenêutica. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 460.

³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 31.

³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 460.

Que o significado preciso de um texto legislativo seja constantemente problemático depende, em primeira linha, do facto de a linguagem corrente, de que a lei se serve em grande medida, não utilizar, ao contrário de uma lógica axiomatizada e da linguagem das ciências, conceitos cujo âmbito esteja rigorosamente fixado, mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objectiva e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entoação de uma palavra.³⁴

Preconceber uma flexibilidade de sentido do texto legislativo é, então, um dos pressupostos necessários à abertura para incidência dos métodos interpretativos que extrapolam os limites da literalidade. Ocorre que, para explorar o alcance da hermenêutica para além da interpretação literal, busca-se o propósito integrativo do texto normativo, aplicando-se métodos que fazem uso da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito e da equidade, elementos que, por sua vez, incidiriam na formulação do comando normativo, em cada caso concreto.³⁵ Para Tercio Ferraz Jr., esses métodos são “instrumentos institucionais de integração”.³⁶

Trata-se de conceder à atividade interpretativa o alcance de visitar a esfera interior do interlocutor (tal como indicado na vertente filosófica de Gadamer), ou visitar outras fontes que em algo pudessem contribuir na compreensão do texto.

A interpretação jurídica clássica nos remete à herança positivista, notadamente em razão do apreço por suas fórmulas e métodos, muitas vezes engessados. Sob a perspectiva na condição de jurista, é necessário observar o conceito de “interpretação jurídica” tradicional sob a perspectiva pós-positivista, que importa ao presente trabalho para que seja possível identificar o paralelo evolutivo entre hermenêutica jurídica e a atividade jurisdicional que se desenvolveu, sobretudo, a partir do pós-positivismo.

Saliente-se que a atividade de determinação do sentido das normas, bem como o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções para viabilizar a decisão de conflitos pertence à dogmática hermenêutica. Nesse sentido, Ferraz Jr. esclarece que:

Na verdade o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, o historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no

³⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 439.

³⁵ Nesse sentido, Gouveia registra que: “Na atividade de colmatação de lacunas, utilizar-se-iam métodos, entre os quais a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade na formulação do comando normativo que irá reger o caso concreto”. Pois bem. Sem em nada retocar o dado histórico trazido pelo autor, registramos que os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade não são propriamente métodos. Esses elementos, no contexto da integração jurídica, nada mais são que parâmetros para a aplicação de métodos. GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000. pp. 22-23.

³⁶ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 280..

seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema.³⁷

Assim, sob a perspectiva da dogmática hermenêutica, a intenção do jurista não se centra em apenas conhecer o sentido do texto normativo. Mais que isso, propõe-se tomar em consideração que a norma é diretivo para o comportamento, para então conhecer o seu sentido a partir do que se lhe apresenta a ser decidido, ou, nas palavras de Ferraz Jr., a partir das condições de decidibilidade de conflitos.

Gouveia parte da hipótese de que a hermenêutica, vista como “fenômeno jurídico-metodológico”, insere-se na dicotomia que se firma entre “privilegiar regras gerais para decidir conflitos que ainda estão para ocorrer ou privilegiar a decisão casuística, em concreto”; amparando-se na premissa de que por um lado há os jusnaturalistas, racionalistas e muitas das escolas do positivismo, que enfatizam as regras gerais; havendo de outro lado os sofistas, céticos, cínicos e nominalistas, que relativizam o conhecimento para conferir maior independência da decisão diante do caso concreto.³⁸

Nesse contexto, parece-nos que o fenômeno hermenêutico cindia-se em duas principais atividades: de um lado propunha-se o desenvolvimento da interpretação tomando como ponto de partida a regra previamente estruturada até chegar ao caso concreto; de outro lado, a interpretação se projetaria sobre o repertório de direitos para construir a regra a partir do caso concreto.

Gustavo Just, por exemplo, bem coloca, a partir da doutrina de Nelson Saldanha, que a dialética presente na relação entre ordem e hermenêutica se deve ao sentido existencial e histórico desta última. Just explica, em outras palavras, que a inteligência histórica e cultural da interpretação permite que o intérprete apreenda todo o alcance constitutivo do instante hermenêutico, artifício que lhe dá condições de superar a visão da interpretação como algo exterior ou complementar ao direito. Porém, de outro lado, registra que o direito também não se reduz à interpretação, de modo a evitar que se dilua o conceito de norma dentro do conceito de interpretação.³⁹

Ora, vincular a existência da norma à atividade de interpretação parece-nos uma perigosa tentativa de esvaziar não apenas o direito, mas a própria atividade legislativa.

³⁷ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 221.

³⁸ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000. p. 82.

³⁹ JUST, Gustavo. **O Direito como ordem e hermenêutica: a filosofia do direito de Nelson Saldanha**. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 181, p. 7-16, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194890/000861663.pdf?sequence=3>. Acesso em: 20 de dez. 2016. p. 14.

Gadamer tem razão ao asseverar, em suma, que referenciais como o do historicismo ou da linguagem revelam-se como valorosos instrumentos de compreensão do direito.⁴⁰ Ademais, a tarefa da interpretação, sob a perspectiva subjetiva (referindo-nos à atividade do intérprete), consiste em concretizar a lei em cada caso, no momento de sua aplicação.⁴¹ É por isso que a atividade do juiz, sujeita à lei, compreende a complementação produtiva do direito.⁴²

Assim, o juiz, como intérprete que deve ser, embora vinculado ao conteúdo mínimo de normatividade de determinado dispositivo, servir-se-á da hermenêutica para complementar o sentido normativo; produzindo, criativamente, a realização do direito. Conclusão esta que será melhor complementada quando este trabalho versar sobre a distinção entre texto e norma.

É relevante, ainda, reconhecer a possibilidade de realização valorativa do direito a partir da decisão judicial, no sentido de que “cabe ao juiz, ao decidir os casos concretos, considerar os aspectos normativos-fáticos-axiológicos que lhe são apresentados”, como esclarece Gouveia. Isso porque a atividade judicante deve se portar valorativamente, possibilitando que a aplicação do comando normativo se dê em “sua forma mais justa e adequada à realidade social atual, utilizando-se das estratégias hermenêuticas viáveis, chegando a uma decisão justa, equitativa ou razoável.”⁴³

É que a decisão judicial deve ser analisada sob dois aspectos no sistema de precedentes: enquanto fonte para aplicação do direito, mas também enquanto resultado da atividade criativa do direito.⁴⁴

De outro lado, não se pretende permitir que a irracionalidade tome lugar no âmbito das decisões judiciais. Ou seja, “O juiz não pode sempre decidir de acordo com suas conveniências, com seu estado de espírito momentâneo, para a posteriori buscar uma fachada

⁴⁰ No âmbito da compreensão filosófica, Gadamer tem razão quando enfrenta a ideia de que a hermenêutica jurídica possuiria tarefa dogmática alheia ao nexa da hermenêutica histórica, pois, para ele, faz-se necessário manter a relação entre passado e presente. Assim, afirma: “quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 487.

⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 489.

⁴² Para Gadamer: “Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. (...) Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo a que nos atermos. Qualquer advogado ou conselheiro está em princípio capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 489.

⁴³ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000. p. 164.

⁴⁴ Sobre a dupla acepação do precedente judicial conferir tópico que trata do conceito de precedente.

de justificação para suas decisões, como quer Sobota.”⁴⁵ A evolução da teoria da interpretação importou o aumento das opções interpretativas com as quais o julgador passou a se deparar.

Nessa mesma linha, Marinoni, sob a perspectiva de reconhecimento da atividade criativa do direito, alerta que:

A decisão deixa de se situar no local da procura do sentido exato da lei e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja, da racionalidade da interpretação. O direito então é interpretação e prática argumentativa e, assim, ganha autonomia em relação à lei.⁴⁶

Por tudo acima exposto, ainda que superada a incerteza com relação à possibilidade de criação do direito a partir das decisões judiciais, a atividade de realização do direito, no entanto, esbarra na questão da efetividade. Isso porque não raramente os julgadores ignoram as regras que cuidam da metodologia jurídica necessária à formação da decisão. Assim, “muitas vezes os tribunais superiores são provocados para que modifiquem, mantenham ou anulem suas decisões”. Ocorrem ainda situações inversas, em que sobre o mesmo tema existem interpretações adequadas em instancias inferiores e inadequadas na Corte Suprema do país.⁴⁷

O fato é que a evolução da teoria da interpretação direcionou às Supremas Cortes a responsabilidade por determinar a interpretação adequada do texto legal, atribuindo sentido ao direito.⁴⁸

Impõe-se, assim, o urgente amadurecimento com relação ao reconhecimento de que, para além da atividade interpretativa, é atribuído ao julgador também a atividade criativa do direito. Deve-se, portanto, balizar a amplitude dessa liberdade, reconhecendo-se na sistematização dos precedentes judiciais um importante instrumento de reconquista da segurança jurídica. Razão pela qual firmamos algumas premissas no tocante à delimitação conceitual de sistema normativo e de interpretação jurídica, as quais usaremos para delinear o que se propõe a seguir.

Como bem revela o conceito de Freitas, exposto neste trabalho há pouco,⁴⁹ sistema normativo compreende uma rede de normas, estruturadas em razão dos valores que carregam e do grau de hierarquia que detêm. Além disso, a sistematização desse conjunto normativo

⁴⁵ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000. pp. 167-168.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 66. No mesmo sentido também se posiciona Zaneti. ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante do precedente**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015 p. 182.

⁴⁷ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000. p. 168.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 65.

⁴⁹ Cf. tópico “Delimitação conceitual do vocábulo “sistema jurídico”.

tem por objetivo principal de dar cumprimento aos princípios fundamentais, especialmente aqueles encartados na Constituição.

Ocorre que, para se dar cumprimento às normas de um sistema, estas devem, antes, ser interpretadas. Neste ponto, então, a hermenêutica jurídica carrega o mérito por uma grande contribuição dada ao Direito: a atividade interpretativa como ferramenta de consecução dos objetivos e princípios fundamentais do sistema normativo. É um fato reconhecido pela doutrina, tal como afirma Freitas:

Inegável, pois, o valor para a hermenêutica jurídica da chamada ordenação sistemática, a qual decididamente não pode ser confundida com um mero elemento ou método interpretativo, porque somente uma exegese que realize tal ordenação é capaz de estabelecer o alcance teleológico dos dispositivos, realizando o mister de harmonizar os comandos, de sorte a resguardar e manter a unidade em meio à multiplicidade axiológica.⁵⁰

Nesse sentido, a relevância não está na atividade interpretativa vista genericamente. Na realidade, quando se interpreta um dispositivo imerso em um sistema normativo, há que se observar, em especial, a interpretação sistemática, pois, para alguns casos, é possível afirmar: “a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação.”⁵¹ O que pode ser considerada interpretação sistemática, então? É o que se pretende responder a seguir.

1.3 Da interpretação sistemática do direito

Ainda com o propósito de firmar as premissas deste trabalho, cumpre-nos agora visitar o tipo de interpretação que melhor serve aos fins ora propostos, cujo objeto está na análise de alguns dos dispositivos normativos encartados no CPC/15.

Conforme delineado no tópico anterior, a doutrina pós-positivista já reconhecia o contributo da linguagem na atividade interpretativa, não se podendo, com isso, olvidar dos demais fatores influentes no resultado da interpretação. Considerando não apenas a linguagem, mas também o historicismo e a relevância da sistematicidade, Larenz assenta que não haveria de se falar em interpretação absolutamente correta, tampouco em interpretação definitiva e válida para todas as épocas. Ele explica que não pode ser definitiva porque imersa no contexto de permanente mutação das relações da vida, colocando aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões. Também não pode ser considerada válida para todas as épocas porque a interpretação “tem sempre uma referência de sentido à totalidade do

⁵⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. pp. 53-54.

⁵¹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 56.

ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhe são subjacentes.”⁵² Mais a frente, o autor acrescenta:

Quem interpreta a lei em certo momento busca nela uma resposta para as questões do seu tempo. A interpretação tem isto em conta; acontece com isto que a própria lei participa até certo ponto do fluir do tempo (histórico) (13). Todavia, está presa à sua origem. A interpretação não deve descurar a intenção reguladora cognoscível e as decisões valorativas do legislador histórico subjacentes à regulação legal (14), a não ser que estejam em contradição com as ideias rectoras da Constituição actual ou com os seus princípios jurídicos reconhecidos. Se assim fizesse, deixaria de se poder falar de «interpretação», mas apenas de «mistificação».⁵³

Ter-se em consideração todo o ordenamento para dele extrair o sentido mais completo da norma é relevante pressuposto para a realização da atividade interpretativa sob o aspecto sistemático. No entanto, antes de cuidarmos da efetiva análise da interpretação sistemática, cumpre fazermos um breve introito.

Ferraz Jr. elenca os métodos interpretativos,⁵⁴ dentre os quais destacamos as regras de interpretações gramatical, lógica e sistemática,⁵⁵ destinadas, respectivamente, à solução de problemas sintáticos, à necessidade de conexão de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto; e à conexão de sentenças tomando-se em consideração um todo orgânico.⁵⁶ Interessa-nos este último problema, cuja solução pode ser encontrada a partir da incidência da técnica de interpretação sistemática.

Em primeiro plano, há que se considerar, sob o ponto de vista hermenêutico, a existente pressuposição de unidade do sistema jurídico do ordenamento.⁵⁷ Nesse sentido, para demonstrar a sistematicidade do ordenamento, Ferraz Jr. apresenta, como exemplo, a figura da revogação da norma, que pode ser expressa ou tácita, a primeira quando a revogação é manifesta; e a segunda quando a norma de revogação está implícita. Nesta última, o efeito revogador resta condicionado à verificação de incompatibilidade ou produção de nova

⁵² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 443.

⁵³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 448.

⁵⁴ Para o autor, os métodos de interpretação são, na realidade, regras técnicas. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 252.

⁵⁵ São referenciais que podem ser encontrados em Savigny, que distinguia os elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático. Nesse sentido, conferir: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 449-450. Além disso, Ferraz Jr. elenca ainda as interpretações histórica, sociológica, evolutiva, teleológica, axiológica, com as quais não trabalharemos em razão de uma necessária delimitação no presente trabalho.

⁵⁶ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 252.

⁵⁷ Sobre o tema, conferir o tópico “delimitação conceitual do vocábulo “sistema normativo””, no início deste capítulo.

disciplina integral da matéria. No exemplo exposto, o resultado de que uma das normas foi revogada só é alcançado por consequência da interpretação sistemática.

Cumprir destacar que o escopo da atividade interpretativa há de ser o sentido normativo válido no momento em que se opera a interpretação. Ou seja, deve estar conformado com o sentido da lei vigente.⁵⁸

Para identificar um conceito aplicável à expressão “interpretação sistemática” Freitas parte da premissa por ele firmada com relação ao conceito de sistema normativo. Em seguida, considera o ponto de vista do intérprete, que, ao interpretar, aplica uma norma individual, mas sem poder olvidar da necessidade de “colocá-la, formal e substancialmente, em harmonia com o sistema jurídico, concebido e pressuposto como garantidor da coexistência das liberdades e igualdades no presente vivo em que se dá a operação hermenêutica.”⁵⁹

Com isso, acertadamente, o autor propõe uma ótica ampliadora acerca da interpretação sistemática, afirmando que deve ser definida como:

uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos.⁶⁰

Ademais, cumpre lembrar o alerta de Vilanova, para quem o sistema de Direito não é sistema científico, ou seja, não é sistema guiado pela irreduzível lógica da não contradição; ao ponto de se afirmar, assim, que só seria sistema se não houvesse contradição. Assim, não sendo sistema científico, e, por isso, não vinculado à lei da não contradição, é de grande relevo considerar que o sistema normativo, em si, não é prontamente coerente e coeso. Ele é proposta, pois propõe-se, com o sistema, uma uniformidade, mas a tarefa de torná-lo e mantê-lo coerente, uniforme e, sobretudo, efetivo, é papel daqueles que com ele interagem.⁶¹

⁵⁸ “Mas o sentido da lei que há de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo à intenções de regulação e às ideias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo nenhum, independentemente delas. (...) A expressão «vontade da lei» encerra uma personificação injustificada da lei, que só é apropriada para encobrir a relação de tensão que a cada momento pode surgir entre a intenção originária do legislador e o conteúdo «em permanente reformulação» da lei, conteúdo que hoje deve ser considerado como determinante. O «sentido normativo da lei» não exclui, antes inclui, esta relação de tensão; está, portanto, sempre referido também à vontade do legislador.” LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. pp. 448-449.

⁵⁹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 57.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 60.

⁶¹ “A missão principal da hermenêutica reside não em tratar o intérprete como apenas passivamente reagente a um sistema posto, mas, sim, em cuidar de prepará-lo para o árduo, penoso e nem sempre bem efetuado exercício de vigilância contínua quanto à conformidade fundamentada de suas decisões e subsunções normativas ao sistema jurídico vigente”. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 57.

Deste modo, o sistema normativo acolhe as proposições normativas teóricas, convertendo-as em normas. Com isso, tem-se que “o juiz, o legislador, o intérprete que não é órgão de Estado, devem suprimir a contradição entre normas do mesmo sistema positivo.”⁶²

Aquele que interpreta as normas de um sistema é responsável pela vigia e pelo funcionamento de sua normatividade, seja o intérprete um magistrado – enquanto aplicador do direito; seja um jurisdicionado – estando sujeito aos contornos da segurança jurídica. Para isso, então, a interpretação sistemática vem funcionar como importante ferramenta.

Ao se falar em interpretação da norma é inevitável tocar no tema que se refere à confusão entre texto e norma, porquanto – embora discutida haja muito – ainda persiste na doutrina.

Além disso, o presente trabalho pretende desvelar a função normativa do precedente judicial, considerando-o fonte do direito. Para isso, faz-se necessário que nos debruçemos sobre a compreensão do sentido de “norma” e bem como sobre a compreensão da distinção entre texto normativo, fonte do direito e norma.

1.4 Da distinção entre texto normativo, norma e fonte do Direito

O enunciado normativo é manifestação linguística, que pode se expressar em documentos textuais ou visuais, ou pode ainda não ser documentada, manifestando-se por gestos ou sons.⁶³ A este trabalho interessa abordar a expressão linguística textual normativa, uma vez que o tema ora aventado revela-se indissociável da dogmática jurídica, cujo objeto está predominantemente nos textos dos dispositivos normativos.⁶⁴

As distinções entre texto normativo, norma e fonte do direito podem bem ser alcançadas a partir da linguística. Sendo certo que, especialmente na virada do século XX

⁶² VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de Direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 194-195.

⁶³ Nesse sentido, Paula Sarno Braga afirma que um enunciado normativo: “Pode consistir, por exemplo, em simples conteúdo prescritivo de um ato linguístico, de natureza consuetudinária ou negocial, selado gestualmente (ex.: quando se toma um ônibus ou se compra um refrigerante em máquina eletrônica). Os exemplos trazidos pela autora nos remetem ao âmbito das obrigações, onde uma parte espera receber o serviço contratado e a outra espera receber o valor a ser pago sem que qualquer documento tenha sido emitido por uma delas. A autora ainda registra: “A rigor, nem todo enunciado normativo (ou reunião de enunciados) é representado em documento ou um texto documentado – i.e., em uma coisa. O enunciado não é, necessariamente, sequer textual, muito menos documentado”. BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 33.

⁶⁴ Há ainda enunciados normativos que podem ser gestuais, tais como os gestos emitidos pelo guarda de trânsito, cujo sentido é interpretado pelos receptores que trafegam nas ruas e recebido como norma a ser cumprida segundo as regras do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, abeberando-se da doutrina de Bobbio e de Guastini, Braga conclui que “enunciado normativo é manifestação linguística de natureza prescritiva, emanada de sujeito competente, que se exterioriza por símbolos fonéticos-visuais – podendo ou não ser textualizada/documentada”. BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 33

para o século XXI, a referida ciência impulsionou o amadurecimento do pensamento jurídico, verificado, sobretudo, pelo reconhecimento de que a atividade de interpretação seria inerente à aplicação do direito.⁶⁵

Guiado também por esse pressuposto, Tercio Sampaio Ferraz Jr. analisa a teoria da norma imersa no campo da linguagem e esclarece que aquela é o produto que resulta das interações entre quem emite e quem recebe o conteúdo extraído da mensagem. Para o autor, as normas são discursos que constituem um sistema interacional, evidenciando a relação entre quem fala e quem ouve; num processo constante de definição das suas relações e sentidos.⁶⁶

Ferraz Jr. também menciona a estreita relação entre norma e discurso: norma é linguagem, bem como, e – consequentemente – o elo entre a mensagem (oral ou escrita) e a interpretação extraída pelo seu receptor (a mensagem).⁶⁷ Tal descrição bem pode ser ilustrada pela variabilidade de sentido atribuído à norma quando a interpretação se dá em diferentes contextos sociais, políticos e/ou históricos; pois o produto da relação entre norma e discurso está condicionado ao que se poderá produzir a partir do processo de emissão e recepção da mensagem.

Sob outra perspectiva, embora atacada por aqueles que enfrentam o positivismo, tem-se a doutrina de Hans Kelsen. Ele também reconhece que as normas são o sentido extraído a partir da interpretação que incidu sobre o material normativo exposto ao intérprete, e constrói seu raciocínio envolto na dicotomia “ser *versus* dever-ser”. Nesse sentido, o autor alerta:

(...) urge distinguir um ato de comando, de prescrição, de fixação de norma, que é um ato de vontade e, como tal, tem o caráter de evento, isto é, do ser, e entre o mandamento, a prescrição, a norma, como também entre o sentido desse ato, e isto significa: um dever-ser. Mais corretamente diz-se: a norma é um sentido, em vez de: a norma tem um sentido. O ato de vontade, como ato do ser, “tem” o sentido de um dever-ser. Este dever-ser é a norma⁶⁸.

Cuidaremos, então, da distinção entre texto e norma, pois, como já mencionado, a interpretação jurídica não analisa normas propriamente ditas, mas textos que compreendem formulações normativas, ou enunciados que expressam normas. Nesse sentido, Guastini defende que:

La interpretación jurídica tiene por objeto no “normas” sino textos o documentos normativos. En otros términos, se interpretan (no exatamente normas, sino más bien)

⁶⁵ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 194.

⁶⁶ Os discursos normativos constituem um sistema interacional no sentido de que comunicadores normativos estão, ao falar, num processo constante de definição das suas relações, que determinam as suas falas como *quaestiones*. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 140.

⁶⁷ **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 140.

⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 34.

formulaciones de normas, enunciados que expresan normas: disposiciones, como se suele decir. Así es que la norma constituye no el objeto, sino el resultado de la actividad interpretativa.⁶⁹

Guastini acrescenta que o vocábulo “norma” é amplamente utilizado para se referir tanto aos enunciados presentes nas fontes do direito quanto aos seus significados, mas é imperativo considerar que são distintos, sendo falso ainda afirmar que todo dispositivo corresponda a apenas uma norma, ou ainda que toda norma corresponda a um só dispositivo.⁷⁰

Ainda no mesmo sentido, Martín Orozco Muñoz insurge-se contra a postura da doutrina tradicional, que concebe a norma como um dado prévio, objeto da interpretação – o que, registramos, tinha certa motivação na confusão que se fazia entre texto e norma. Como consequência, Muñoz defende a norma como resultado ou produto do processo interpretativo,⁷¹ fato que atribui a cada caso concreto o dever de revelar o sentido extraído do texto.

Com efeito, no âmbito do positivismo, que caracterizava o universo jurídico dos países desenvolvidos desde meados do século XIX, Friedrich Müller também anota que o jurista confunde texto e norma e, por essa razão, “pretende aplicar a norma jurídica conclusivamente ao caso jurídico – de forma mais ou menos conforme à lógica formal, mais ou menos hermenêutica, mais ou menos sociológica ou crítica.”⁷² Nesse sentido, o autor propôs uma teoria pós-positivista do direito, mas a solução não seria um antipositivismo.⁷³

A teoria de Müller considera que os enunciados das codificações são textos de normas, como se fossem pré-formas legislatórias da norma jurídica, suscetível a ser produzida no decurso temporal do processo de decisão. “Isso quer dizer que a norma jurídica não existe *ante casum*: o caso da decisão é co-constitutivo. O texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado “concretização.”⁷⁴

⁶⁹ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madri: CEPC, 2014. p. 26.

⁷⁰ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madri: CEPC, 2014. p. 77-78.

⁷¹ “(...) frente a la postura tradicional que concibe a la norma como um dato prévio, preexistente y passivo que padece o es el objeto de la interpretación, la postura que aqui se mantiene concibe a la norma no como objeto sino como el resultado o produto del proceso interpretativo, vinculado, además, a cada caso concreto.” MUÑOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y el precedente vinculante**. Pamplona, Espanha: Thompson Reuters, 2011. p. 58.

⁷² A proposta está em conceber o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo, ao passo que os enunciados nas codificações sejam concebidos como textos de normas. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria estruturante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 10.

⁷³ Trecho em que o autor esclarece que a expressão “texto de normas” é usado no sentido da linguística como “formulários de textos”, e usado no sentido da filosofia da linguagem, de Charles Sander Pierce, como expressões com “significância”, mas ainda não com “significado”. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria estruturante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 10.

⁷⁴ Pretende-se, com isso, demonstrar que os dualismos irrealistas como “norma/caso”, “direito/realidade” tornaram-se obsoletos, e merecem ser aposentados, tal como a aplicação do direito por meio da subsunção ou do

Sobre o tema, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud convergem com o que Müller defende na introdução à sua teoria estruturante, pois aqueles afirmam que a norma decisória precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Isso porque, para Streck e Abboud, a norma é o resultado; se é resultado, não precede à sua própria interpretação, e também anunciam: “não há norma em abstrato, ou seja, ela nunca é *ante casum*”.⁷⁵

Cumpramos, no entanto, que a ideia defendida pelos autores melhor se adequa diante de casos que ensejam a criação decisória da norma. Ou seja, hipóteses fáticas que não tenham sido previstas pelo legislador, impondo ao julgador a tarefa de criar a norma a ser aplicável. Nesses casos, por óbvio, não haveria norma *ante casum*, mas apenas após a interpretação dos enunciados normativos disponíveis no ordenamento.

Para evitar esse tipo de conclusão generalizadora (a de que nunca haveria norma *ante casum*), há que se tomar a lição de Guastini, no sentido de que a interpretação, no âmbito jurídico, ora se apresenta como ato de cognição, ora como ato de decisão, ou ainda como ato de criação normativa.⁷⁶ A primeira interpretação consiste em identificar os distintos significados possíveis em um texto normativo, tendo-se em conta as regras de linguagem, as técnicas interpretativas e as teses existentes na doutrina. A segunda pressupõe a primeira e consiste em escolher um significado determinado em detrimento dos demais existentes. A terceira resulta de uma ramificação da segunda, pois algumas vezes não há texto normativo, enquanto outras vezes se faz necessário atribuir a um texto um novo significado.⁷⁷

De fato, a norma que não existia *ante casum* é aquela que resulta da atividade de interpretação realizada por meio dos instrumentos de integração do direito,⁷⁸ razão pela qual não haveria que falar na sua preexistência.

Sigamos, então, com a análise do contributo de Müller.

O autor embasa sua teoria tendo por pressuposto um novo paradigma do direito, que concebe a atividade dos juristas como atividade social; e, com vistas ao seu enfoque

silogismo, cuja limitação da atividade ao teor literal contido no dispositivo tolhe a atividade de concretização da norma pelo intérprete. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria estruturante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 11.

⁷⁵ “A norma decisória não existe por si só porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há norma em abstrato, ou seja, ela nunca é *ante casum*.” STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. Publicado em: 18 ago. 2016. Disponível <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 18 ago. 2016.

⁷⁶ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madri: CEPC, 2014. p. 45.

⁷⁷ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madri: CEPC, 2014. p. 46.

⁷⁸ Sobre os instrumentos de integração do direito, já mencionados no tópico anterior, conferir: FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 280; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Liboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000. pp. 22-23.

linguístico, abrange a dimensão pragmática.⁷⁹ Assim, o autor desenvolve um paralelo entre texto e norma, cuja diferenciação pode ser evidenciada, dentre outros modos, pelo normologismo, caracterizado, sobretudo, pela tendência de enxergar a lógica normativa como lógica do texto normativo e ainda caracterizado pelo seu contexto linguístico e conceitual. Nesse sentido:

A “norma pura” não possui uma normatividade concreta, já que não possui um conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas o texto de norma. No sentido do conceito normativo aqui desenvolvido, entretanto, não constitui nem mesmo isso, mas apenas um texto que deve ser visto como forma linguística de uma norma⁸⁰.

O autor reduz a “norma pura” a um texto que apenas se veste de norma, negando que a ela pertença qualquer elemento de normatividade concreta, como se toda a relevância do texto normativo estivesse apenas no seu conteúdo. No entanto, alertamos - e mais adiante o próprio autor reconhecerá⁸¹ - que os elementos relevantes do texto não se resumem ao seu conteúdo.

Como exemplo, o diploma legal no qual o texto normativo está inserido pode ser um elemento meramente formal, mas dotado de grande relevância, pois dele pode decorrer a amplitude de aplicabilidade do texto, antes mesmo que se aprecie seu conteúdo. A título de exemplo temos os dispositivos constantes no Estatuto dos Servidores do Estado de Pernambuco, que não se aplicam aos Juízes Federais, por sua vez regidos pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional.⁸²

Assim, a estrutura da norma compreende forma e conteúdo – tendo cada elemento a sua respectiva relevância. Isso porque “uma norma pode tornar-se obsoleta sem que seu texto literal tenha sido alterado e sem que haja uma revogação formal, ou seja, sem que tenha deixado de ser uma norma. A norma “pura” assim originada é apenas texto”. Nesse sentido, o Müller advoga que a norma, ao se tornar obsoleta, perde “não apenas seu âmbito normativo determinado, mas também todo e qualquer âmbito normativo”.⁸³

⁷⁹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria estruturante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 12.

⁸⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 192.

⁸¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 205.

⁸² Não pretendemos sobrepor a forma ao conteúdo, no entanto, cumpre-nos registrar que negar sua importância não é o melhor caminho para valorizar o papel do estudo da linguagem na atividade interpretativa, sobretudo com relação ao pensamento jurídico.

⁸³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 202. Além disso, referido exemplo acerca da mutação da norma sem que o texto sequer tenha sido alterado, reflete, a nosso ver, a melhor ilustração acerca da distinção entre texto e norma, comumente citada nos trabalhos acadêmicos que pretendem esclarecer a temática. Traz-se, como exemplo, uma placa em uma praia com o seguinte texto: “proibido usar traje de banho”. No ano de 1940, a norma extraída do referido texto seria a de que não é permitido usar traje de banho na praia. No entanto, do mesmo texto, se interpretado no ano de 2017, é possível que extraíamos a norma de que se trata de uma praia naturalista, onde os banhistas não podem usar qualquer traje.

Compreende-se, então, que a expressão “norma jurídica” engloba dois elementos: estrutura e conteúdo. Enquanto o texto (enunciado) revela a estrutura; a norma revela o conteúdo, o sentido. Nessa toada, a teoria estruturante de Friedrich Müller contribuiu fortemente para a construção da ideia de que é possível se falar em uma pré-compreensão⁸⁴ normativa inerente ao texto normativo, vista como chave fundamental para se pressupor a distinção entre texto e norma.⁸⁵

No entanto, há de se levar em consideração que o enunciado normativo carrega alguma normatividade desde o seu nascimento, ou seja, antes mesmo de incidir a atividade interpretativa.⁸⁶

Anteriormente registramos a pertinência de se considerar relevante o conteúdo, ao passo que também devemos enxergar a importância dos elementos formais presentes no texto normativo. Cumpre acrescentar agora que o sentido normativo depositado no texto preexiste à atividade interpretativa de extração da norma. É essa peculiaridade que faz normativo o texto! No entanto, registre-se, essa normatividade reconhecida não serve para tornar o texto imediatamente aplicável, pois sua aplicabilidade só será aferida a partir da interpretação.

Embora tenha defendido que a norma inexistia até que se verifique o ato de sua concretização, Müller reconhece, já em obra superveniente, que o elemento textual, quando carrega alguma normatividade, ao menos representa um ponto de partida normativo.⁸⁷

Apesar de resumida abordagem, é forçoso concluir que sobre o enunciado textual dito “normativo” há prévio depósito de uma norma.⁸⁸ Com isso, tem-se que o texto já carrega um

⁸⁴ “O problema da pré-compreensão não é especificamente jurídico; partindo da teoria das condições gerais do conhecimento nas ciências humanas, ele se estende de maneira específica também até a metodologia jurídica adentro”. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria estruturante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 79.

⁸⁵ Para Müller, no entanto, “a norma não existe, não é aplicável. Ela é produzida apenas no processo de concretização. O operador do direito se vê incluído nesse processo de construção de normatividade, normativa e materialmente vinculada, da mesma maneira como a estrutura do problema do caso ou do tipo de caso.” MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria estruturante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 101.

⁸⁶ Em sentido convergente com o aqui defendido, Braga firma o posicionamento de que: o enunciado legislativo, por exemplo, carrega consigo um significado pré-concebido pelo legislador, assim como o conteúdo da sentença do juiz e do contrato selado entre suas partes. Não é só ao final do processo de interpretação que surge a norma jurídica, há um sentido normativo prévio a ser considerado e reconstruído. BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 34

⁸⁷ “Mesmo se a formulação não for clara e apesar da diferença fundamental entre norma e texto literal, o texto normativo é geralmente o primeiro ponto de partida e ponto de referência da concretização.” MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 205.

⁸⁸ O que não significa dizer que ela permanecerá estática quanto ao seu sentido sob o ponto de vista do intérprete. Isso porque o texto (literal) da disposição indica, ainda que de modo incompleto, um âmbito normativo. Para Müller: “Tomados como estruturas meramente linguísticas, os contextos conceituais do texto normativo apontam apenas pontos de referência para relações reais da vida humana, para circunstâncias reais específicas. Eles não possuem teor de validade autônomo, nem um campo semântico determinado na realidade,

conteúdo normativo mínimo⁸⁹ antes mesmo de ser interpretado, reconhecendo nele (o texto normativo) ao menos um ponto de partida dotado de normatividade.⁹⁰

Por fim, embora saibamos que o relevo doutrinário do autor não está sedimentado nas teorias da distinção entre texto e norma, encontramos em Fazzalari um bom caminho para equalizar os contrapontos expostos neste trabalho; para quem as normas incorporam “valores” traduzidos em verba, isto é, em sinais e conceitos. Nesse sentido, o autor afirma que há valores normativos estáveis e há valores normativos elásticos. Explicamos.

Os valores normativos estáveis e inelásticos são aqueles sobre os quais o intérprete geralmente procede mediante esquema lógico “formal”. Nesse sentido, “pensa-se, justamente, na derivação da norma, por via lógica, de uma série de “constantes”, de “formas” (por exemplo, “direito subjetivo”, “contrato”, “procedimento”)”.⁹¹

Tratando-se, de outro lado, dos valores menos estáveis, o autor tem razão quando observa que:

Há outros e mais numerosos valores que são menos estáveis, ou possuem um halo de indeterminação, ou são mutáveis (frequentemente com ritmo fechado) e que tem por isso mesmo necessidade de serem harmonizados e recompostos entre eles. Em relação a eles, o intérprete deve recorrer não somente à lógica formal (seja mesmo entendida em sentido amplo), mas também e especialmente àquela argumentativa que é própria do discurso entorno de valores.⁹²

É certo, então, que a norma possui um fragmento de conteúdo estático e um fragmento dinâmico. O fragmento estático é inserido na elaboração do texto normativo, enquanto que o dinâmico mudará de acordo com os influxos socioculturais que sobre o intérprete incidirem no momento da interpretação.

Fazzalari⁹³ foi feliz na correlação entre norma e a atividade de assinalar um significado, pois bem ilustrou a atividade do intérprete sem olvidar a preexistência de um

na relação com tipos legais concretos. Não é a proposição normativa que é vinculante, mas sim a norma que perfaz seu conteúdo enunciativo”. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp. 198-199.

⁸⁹ Tomados como estruturas meramente linguísticas, os contextos conceituais do texto normativo apontam apenas pontos de referência para relações reais da vida humana, para circunstâncias reais específicas. Eles não possuem teor de validade autônomo, nem um campo semântico determinado na realidade, na relação com tipos legais concretos. Não é a proposição normativa que é vinculante, mas sim a norma que perfaz seu conteúdo enunciativo. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp. 198-199.

⁹⁰ Posicionamento que coincide com o defendido por Bobbio, Guastini e Braga.

⁹¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 465.

⁹² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. pp. 465-466.

⁹³ Cumpre registrarmos que fincar premissas em Fazzalari não aprisiona este trabalho em 1975, época na qual o autor publicou a primeira edição de *Istituzioni di diritto processuale*. Absolutamente. Esse fato, sim, revela a conexão que há entre o que se pretende construir a partir de um “novo” diploma legal e o que restou sedimentado há mais de quarenta anos, antes mesmo da *guinada interpretativa da teoria do direito*. Sobre esta nota, *cf.*

sentido normativo inserido no texto. Nesse sentido, a contemporaneidade⁹⁴ conservada no que foi sedimentado há muito imprime a importância de termos, ainda que sucintamente, analisado a distinção entre texto e norma, porquanto relevante contributo na compreensão de que a atividade judicante engloba variáveis inerentes também à atividade de interpretação e aplicação da lei ao caso concreto.

Tendo-se em vista tais considerações, a segunda metade deste tópico cuidará da problemática da distinção entre fonte do direito e norma, que, por sua vez, conecta-se também à frequente confusão entre esta última e o texto normativo. Vejamos, a seguir.

As origens modernas da teoria das fontes encontram suas bases na tomada de consciência do direito não como um dado, mas como resultado da construção elaborada no interior da cultura humana. Porém, como assevera Ferraz Jr., criou-se “um problema teórico, pois o reconhecimento do direito como uma construção não exclui seu aspecto como dado, posto que, afinal, se o direito é feito, é obra humana, a matéria prima não se confunde com a própria norma”.⁹⁵

Além disso, o vocábulo *fonte do direito* é polissêmico.⁹⁶ Nesse sentido, Ferraz Jr. afirma que por *fonte* às vezes se pretende significar ou até mesmo confundir “a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução de regras obrigatórias, ou, ainda a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação”.⁹⁷

No entanto, fazendo-se necessário um corte metodológico, cumpre registrar que parte do presente trabalho é dedicada à análise da estrutura, da formação e das técnicas de aplicação

CARPI, Federico. **Elio Fazzalari**. Disponível em: <http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/gottwald/iapl/obituaries/Elio%20Fazzalari.pdf>. Acesso em: 20 de dez. 2016; Sobre a expressão “guinada interpretativa”, foi cunhada no fim dos anos setenta para registrar o que seria o advento de um novo paradigma das ciências sociais, um paradigma talvez sobretudo epistemológico.” JUST, Gustavo. **O Direito como ordem e hermenêutica: a filosofia do direito de Nelson Saldanha**. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 181, p. 7-16, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194890/000861663.pdf?sequence=3>. Acesso em: 20 de dez. 2016. P. 7.

⁹⁴ Com efeito, é possível identificar pontos convergentes entre a doutrina do mencionado autor e a doutrina mais atualizada, tal como a de Paula Sarno Braga, que se propôs a enfrentar o tema e também findou por defender a existência de um enunciado legislativo prévio à atividade interpretativa. Acrescentando ainda o alerta de que essa norma prévia limita e subordina a atividade do juiz, mesmo com a ressalva de que este “goza de certa dose de liberdade interpretativa na reformulação do seu sentido e criação da norma do caso.” BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 35.

⁹⁵ FERRAZ Jr., Tércio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 190.

⁹⁶ Para Ferraz Jr. “na verdade, a expressão *fonte do direito* é uma metáfora cheia de ambiguidades. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese.” FERRAZ Jr., Tércio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 192.

⁹⁷ FERRAZ Jr., Tércio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 192.

e superação dos precedentes judiciais, enquanto que outra parte versará sobre a aplicabilidade destes como fundamento para concessão da tutela da evidência.

Com isso em consideração, um dos objetivos específicos deste trabalho é analisar a possibilidade de categorização do precedente como norma e como fonte do direito, centrando-se neste tópico a firmar mais algumas premissas. Assim, o tema das fontes do direito é relevante porque demonstra o novo paradigma no qual se insere a processualística brasileira, enxergando-se para além da valorização do precedente judicial, a construção de um sistema que o tem como cerne. Não se pretende, com isso, afirmar que o sistema normativo brasileiro se reduziria ao sistema de precedentes, pois este último é apenas parte daquele. Na realidade, no âmbito do ordenamento brasileiro como um todo, tratar-se-ia de um subsistema.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza acertadamente destacam que, na relação entre a construção do sistema de precedentes judiciais e a teoria das fontes do direito, tem-se: “o abandono da teoria clássica das fontes do Direito, que teve que ser reconstruída, contribuiu para a também necessária reconstrução da Teoria Geral do Processo”.⁹⁸ Como resultado, a reconstrução da Teoria Geral do Processo implicou no aporte de novos conceitos jurídicos fundamentais e a redefinição de outros que se tornaram obsoletos.⁹⁹

Sob outra perspectiva, tem-se mais uma das incontáveis contribuições de Bobbio para a teoria das fontes do Direito: o reconhecimento de que são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas.¹⁰⁰ Com isso deve-se entender que o autor pretende conceituar as fontes do direito sob o aspecto funcional, qual seja o de servir de subsídio para a extração da norma jurídica. Com efeito fonte do direito se confundiria com enunciado normativo, que, para o autor, é manifestação linguística de natureza prescritiva, por meio do qual o intérprete alcançará a norma.¹⁰¹

Muñoz acrescenta que fontes do direito:

son los actos, hechos o valores con vocación normativa establecidos por un determinado sistema como elementos de los que derivan las normas jurídicas, siendo

⁹⁸ DIDIER Jr., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do Direito brasileiro**. In: Revista de Processo comparado. Ano 1, vol. 2. Jul-dez. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁹⁹ Sobre a temática, mister se faz a obra “Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida”, de Fredie Didier, sobre a qual nos debruçaremos oportunamente para tratar da distinção entre processo e procedimento.

¹⁰⁰ BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 45.

¹⁰¹ Nesse mesmo sentido, abeberando-se da doutrina de Bobbio, Paula Sarno Braga vai além e conceitua fonte como “ato normativo, textualizado ou não, documentado ou não, que expressa linguisticamente (por símbolos fonético-visuais) enunciado ou disposição normativa, que, uma vez interpretado, se traduz em norma” BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 54.

éstas, por tanto, un producto o resultado derivado de las fuentes. La ley (o disposición escrita), la costumbre, los principios generales del Derecho o la actuación judicial (cuando es fuente del Derecho) son, como tales, fuentes del Derecho, los elementos de los que son derivables las normas, jurídicas, pero no son, propiamente, normas jurídicas, y no lo son por la sencilla razón de que la derivación de normas jurídicas es una actuación humana necesaria, que no puede llevarse a efecto, por sí misma y sobre sí, por la propia fuente, sino que precisa la intervención o intermediación de un operador jurídico.¹⁰²

Dentre as fontes do direito no âmbito jurídico brasileiro, são comumente elencadas: a lei, referida como a fonte do direito que emana do Poder Legislativo, ou do Executivo; a jurisprudência assim como os precedentes judiciais, que representam o conjunto das manifestações normativas do Poder Judiciário no exercício típico da função jurisdicional; os costumes, consubstanciados em condutas reiteradas dos membros da comunidade.¹⁰³

Considerando o acima exposto, e com cuidado de não lançar mão da doutrina clássica, é possível atendermos à pretensão de que os precedentes judiciais se adequam à delimitação conceitual de fonte do direito. O que necessariamente nos impulsiona a analisá-los sob a perspectiva de um sistema. Para tanto, já assentamos o significado de sistema normativo, restando agora compreender o que são precedentes judiciais sob a perspectiva da realidade jurídica brasileira, para se poder indicar a existência de um sistema de precedentes judiciais no Brasil.

2. Dos precedentes judiciais no âmbito da realidade jurídica brasileira

2.1 Conceito de precedente judicial

Para além da perspectiva jurídica, os precedentes são portadores de argumentação e de justificação, servindo como elemento persuasivo ou de orientação. Frederick Schauer explica que, em havendo um tipo de tratamento prévio X na hipótese Y, este constituirá, só por ter formado um histórico de tratamento, uma razão para que se use o tratamento X quando a

¹⁰² Nos termos apresentados pelo autor: “são os atos, fatos ou valores com vocação normativa, estabelecidos por um determinado sistema como elementos dos quais derivam as normas jurídicas, sendo estas, portanto, um produto ou resultado derivado das fontes. A lei (ou disposição escrita), o costume, os princípios gerais do Direito ou a atuação judicial (quando for fonte do direito) são, como tais, fontes do Direito, os elementos dos quais são deriváveis as normas jurídicas, mas não são, propiamente, normas jurídicas, e não o são pela simples razão de que a derivação de normas jurídicas é uma ação humana necessária, que não se pode levar a efeito, por si mesma e sobre si, pela própria fonte, porque precisa da intervenção ou intermediação de um operador jurídico.” MUÑOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y el precedente vinculante**. Pamplona, Espanha: Thompson Reuters, 2011. p. 27-28. p. 27.

¹⁰³ Nesse sentido, “A exteriorização dos enunciados normativos dá-se, assim, por esses atos jurídicos, como a lei, o precedente e o negócio jurídico, atos jurídicos normativos que são, e o costume que se consolida por sucessão de atos reiterados no tempo (ainda que materiais, informais) que resultam nesse comando normativo consuetudinário.” BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 51-52.

hipótese Y ocorrer novamente.¹⁰⁴ O precedente, portanto, constitui uma razão para dedicar a fato similar que lhe suceda o mesmo tratamento anteriormente conferido. Essa caracterização bem aproveita ao mundo do direito, mas não pertence exclusivamente a ele.

Dentro da perspectiva jurídica, os precedentes – chamados precedentes judiciais, embora também possam circular no meio jurídico-administrativo – somam outras qualidades, e agregam a fixação de alguns critérios para viabilizar sua caracterização e classificação.

Para Hermes Zaneti Jr. os precedentes:

consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente com o caso atual.¹⁰⁵

A proposta de delimitação conceitual do autor imprime a descrição do precedente enquanto fenômeno, mas não é só isso. Com efeito, ainda que o precedente fosse o resultado da referida “densificação de normas”, essa característica no máximo serviria ao aspecto funcional, não tendo pertinência com a esfera conceitual para os fins aqui propostos. Além disso, o autor não deixa clara a distinção entre a noção de precedente como fonte do direito e a noção de precedente como norma criada para o caso concreto.

De outro lado, Fredie, Braga e Oliveira fazem expressa referência à existência de um sentido mais amplo e têm razão ao afirmarem que, *lato sensu*, “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.”¹⁰⁶

De fato, no âmbito do sistema de precedentes, não se pode afirmar que todas as decisões formarão um precedente. No entanto, a imersão nessa sistemática impõe levarmos em conta que as decisões precisam ser construídas em condições de garantir a potencialidade de se tornarem precedentes.

¹⁰⁴ Nas palavras do autor: “An appeal to precedent is a form of argument, and a form of justification, that is often as persuasive as it is pervasive. The bare skeleton of an appeal to precedent is easily stated: The previous treatment of occurrence X in manner Y constitutes, solely because of its historical pedigree, a reason for treating X in manner Y if and when X again occurs”. SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, Stanford, vol. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-606. p. 571.

¹⁰⁵ ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante do precedente**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015 p. 325.

¹⁰⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2015. p. 441.

Tendo-se esse pressuposto, é possível justificar a utilização do vocábulo “precedente judicial” tanto para se referir à decisão que foi identificada como pretérita ao caso concreto levado ao judiciário (fonte do direito), quanto para se referir à decisão que cria a norma.¹⁰⁷

Sob uma percepção analítica, Lucas Buril se propõe a conceituar o precedente judicial considerando seu duplo sentido:

É importante por em paralelo os sentidos que o termo precedente pode ser utilizado tecnicamente. Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Já precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo “norma do precedente”, que é precisamente a “*ratio decidendi*”, esse sentido é também o substancial.¹⁰⁸

Para Buril, então, precedente é a “decisão judicial que pode servir como fonte de normas jurídicas. A criação do precedente, portanto, é efeito anexo da própria decisão”.¹⁰⁹

O autor tem razão ao afirmar que precedente é decisão judicial¹¹⁰ que pode servir como fonte de normas jurídicas. Isso já foi assentado neste trabalho. Ele acrescenta que, em seu sentido impróprio, precedente judicial é norma. Para ele, sob esse aspecto, a norma do precedente é sinônimo de *ratio decidendi*, cuja natureza jurídica será de princípio ou regra.

Três esclarecimentos merecem ser feitos a partir do que Buril propõe.

Primeiramente, há que se tomar em conta que a decisão judicial é, antes de tudo, uma manifestação linguística expressada em documento textual.

Em segundo lugar, impõe-se considerar a distinção entre texto e norma, já delineada no primeiro capítulo. Sendo certo que textos normativos são sinônimos de formulações de normas ou enunciados que expressam normas. São, como afirma Guastini: disposições normativas.¹¹¹ As normas, de outra banda, são o resultado da atividade interpretativa.

Quando o julgador identifica uma decisão aplicável ao novo caso concreto, tem-se que a norma nela contida é a *ratio decidendi*, esta construída a partir da interpretação desenvolvida no processo de decisão (ou seja, na construção da decisão que precedeu

¹⁰⁷ Embora firmado em premissas distintas das que aqui foram sedimentadas, Streck e Abboud também reconhecem que o precedente judicial possui duas acepções: “ assim, há que se ter presente que um precedente (súmula ou acórdão que exprima a posição majoritária) é (também) um texto ao qual deve ser atribuído um sentido a partir do caso concreto sob análise.” STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1203.

¹⁰⁸ MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 92-93. Cumpre destacar que Didier, Braga e Oliveira aderiram à referida distinção em DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador, JusPodivm, v. 2, 2015. p. 442.

¹⁰⁹ MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 98.

¹¹⁰ Embora não se possa afirmar que toda decisão judicial seja precedente.

¹¹¹ GUASTINI, Ricardo. **Interpretar y argumentar**. Madri: CEPC, 2014. p. 26.

(precedente) o novo caso concreto); em seguida, quando o julgador aplica a referida decisão precedente, a norma-*ratio decidendi* é tomada como fonte do direito que, por haver sido interpretada como aplicável, torna-se elemento substancial na construção de outra norma decisória. Esse processo cíclico se repete sempre que os precedentes são aplicados.

Por essa razão, a *ratio decidendi* da decisão precedente não se confunde com o texto da decisão subsequente que a ela se refere, a qual terá sua própria *ratio decidendi*. Além disso, quando a razão de decidir figurar como fonte do direito para o caso superveniente, passa a ser, então, disposição normativa, deixando de representar simplesmente o resultado da interpretação para se tornar objeto de análise de um novo processo interpretativo. Afinal, a atividade interpretativa é inerente ao processo decisório, inclusive no julgamento de caso concreto que sucede o precedente.

Esse processo revela uma peculiaridade da sistematização do respeito aos precedentes que podemos chamar de efeito cíclico normativo jurisdicional.¹¹²

O terceiro esclarecimento impõe que somemos as duas primeiras considerações ao que foi construído, notadamente a partir da doutrina pós-positivista que se debruçou sobre o tema,¹¹³ acerca da distinção entre regras e princípios, bem como quanto à classificação de ambos como espécies de normas.

Nesse sentido, ao afirmar que a *ratio decidendi* ora terá natureza jurídica de princípio, ora terá natureza jurídica de regra, Buriel finda por conferir ao precedente judicial a qualidade de mero portador de normas. Tal proposta contraria, inclusive, a própria delimitação conceitual do autor, no tocante ao reconhecimento de que precedente é, por si próprio, uma norma.

Nesse sentido, não enxergamos obstáculos para afirmar, sem quaisquer amarras às demais espécies de normas, que o precedente judicial, enquanto enunciado normativo, detém sua própria natureza jurídica normativa, assim como as regras e os princípios.

¹¹² Explicamos a escolha das nomenclaturas: 1) efeito por ser produzido em razão da existência de um sistema que permite aplicação de precedentes como fonte do direito; 2) cíclico porque se retoma periodicamente; 3) normativo jurisdicional por se tratar da produção de norma decisória judicial.

¹¹³ Sobre a temática, relevantes são as obras da sequência Dworkin-Alexy-Ávila-Neves, bem como a rica análise de Álvaro Ricardo Souza Cruz. Conferir: DWORKIN, RONALD. **Levando os direitos a sério**; tradução: Nelson Boeira,- 3ª ed.- São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009; NEVES, MARCELO. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

Por tudo acima exposto, tendo-se em consideração que o núcleo normativo sempre será a *ratio decidendi*, o vocábulo “precedente judicial” no Brasil abarca duas acepções: 1) refere-se à decisão primeira que cria a norma decisória aplicada ao caso concreto, sendo, assim, precedente enquanto norma casuística original, apta a ser aplicada em casos futuros; 2) também é a decisão identificada como pretérita ao caso concreto levado ao judiciário, sendo, portanto, precedente enquanto fonte do direito, a ser aplicado no julgamento do caso que o identificou e também nos casos futuros que com ele se identificarem.

2.2 A estrutura do precedente judicial

É possível remontar as origens do respeito aos precedentes com base na formação do pensamento prudencial desenvolvido ainda no Direito Romano.¹¹⁴ A verticalização dessa temática histórica não tem relevante pertinência com o que se pretende construir neste trabalho, no entanto, cumpre anotar a distinção de Ferraz Jr. no que se refere à identificação da estrutura do precedente judicial. É que o autor anotou certo distanciamento entre os procedimentos decisórios concretos e a ordem normativa, fato que possibilitou identificar uma distinção marcante na sociedade romana daquela época.

Referimo-nos à distinção entre as questões de Direito e as questões de fato, ou seja: o desenvolvimento da prudência permite que não se veja o Direito como assentado concretamente nos próprios eventos, mas em normas tomadas como critério para posterior julgamento à vista dos fatos.¹¹⁵

A partir dessa passagem, é relevante notar que, desde o Direito Romano, há um substrato do qual se pode extrair o surgimento da distinção entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. Aproveitando-se daí a identificação da estrutura do precedente judicial.

Com efeito, a estrutura do precedente judicial compreende a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. Enquanto a primeira representa os motivos determinantes da decisão, a segunda seria o conjunto dos demais aspectos ligados apenas periféricamente àquela.

¹¹⁴ Sobre o tema, Ferraz Jr. esclarece: “A verdade é que nos países de tradição românica o conhecimento do Direito tomou, inicialmente, a forma de uma técnica elaborada que os romanos chamaram de *jurisprudencia*¹¹⁴, caracterizada como um modo peculiar de pensar problemas sob a forma de conflitos a serem resolvidos por decisão de autoridade, mas procurando sempre, fórmulas generalizadoras que constituíram as chamadas doutrinas. Na Idade Média, sobretudo na época dos glosadores, àquela técnica jurisprudencial acrescentou-se ainda, como um ponto de partida para qualquer discussão, a vinculação a certos textos romanos, especialmente o Código Justinianeau, o que foi dando às disciplinas jurídicas uma forma de pensar eminentemente exegética, base da Dogmática Jurídica. Com o advento do Racionalismo, nos séculos XVII e XVIII, a crença nos textos romanos acabou substituída pela crença nos princípios da razão, os quais deveriam ser investigados para serem aplicados de modo sistemático. No entanto, foi no século XIX que as grandes linhas mestras da Dogmática Jurídica se definiram. A herança jurisprudencial, a herança exegética e a herança sistemática converteram-se na base sobre a qual se erigiu a Dogmática Jurídica, tal qual a conhecemos hoje, à qual o século XIX acrescentou a perspectiva histórica e social.” FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 10-11.

¹¹⁵ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 32

Taruffo alerta para o fato de que, por vezes, trata-se de difícil tarefa a distinção entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. No entanto, o autor acrescenta que a distinção é fundamental:

quando nos faz compreender como apenas por meio da referência direta aos fatos da causa se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, a *ratio* que somente pode ter eficácia de precedente. Os *obiter dicta* não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedente nas decisões de casos subsequentes vez que não condicionaram a decisão do caso anterior.¹¹⁶

José Rogério Cruz e Tucci refere-se à estrutura do precedente judicial considerando que é formado pelas: “a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.¹¹⁷ A relevância pragmática de se conhecer a referida subdivisão está, dentre outras razões, na compreensão do caráter persuasivo ou vinculante dos precedentes, bem como das técnicas de aplicação e de superação que serão analisadas mais adiante.

A norma jurídica é o fundamento normativo da decisão, ou mesmo a própria decisão, nos casos nos quais o legislador não tenha previsto regramento específico. Sobre o tema, é relevante abrimos um breve parêntese para trazermos interessante paralelo entre a *ratio* de uma norma e a *ratio* de uma decisão normativa. É que Fazzalari, ao tratar sobre a distinção entre texto e norma, esclarece o teor da *ratio decidendi* da própria norma jurídica. Vejamos:

De resto, quem não se recusa, e ninguém se recusa, a indagar sobre a “ratio” da norma e utilizá-la não faz mais que resguardar os valores incorporados na norma, se bem se creia de mover-se sob o plano da lógica formal; e não se vê que “ratio” é tradução, em termos conceituais, de “valor” e “interesse” (no sentido ao qual se refere a “*interessenjurisprudenz*” segundo Jhering)¹¹⁸ e ela é até mesmo óbvia, constituindo o interesse um modo específico – do ângulo do limite da ofensa – de assinalar significado e importância e, portanto, valores, a qualquer coisa.¹¹⁹

Fazzalari foi feliz na correlação entre norma e a atividade de assinalar um significado, pois bem ilustrou a atividade do intérprete sem olvidar a preexistência de um sentido normativo inserido no texto. A relevância do trecho citado se dá pelo fato de que o mesmo pode se aplicar à análise da *ratio decidendi* de uma decisão judicial.

Com efeito, esse elemento normativo que sustenta a decisão é também identificado pela *ratio decidendi* ou *holding* do precedente judicial, devendo ser considerado a premissa

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. 20 jul. 2016. p. 7.

¹¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.12.

¹¹⁸ Mais adiante veremos que a tradução de *ratio* apresentada por Fazzalari, com base em Jhering, não coincide com a da *ratio decidendi*, expressão que se apresenta como elemento do precedente judicial para se referir às razões de decidir.

¹¹⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 466.

normativa determinante do julgamento.¹²⁰ Com isso, é possível extrair das decisões judiciais um cerne carregado de motivação jurídica que vincula os julgamentos dos casos similares supervenientes, pois é elemento que revela o caráter persuasivo ou vinculante na aplicação dos precedentes judiciais.

De outro lado, a *ratio decidendi* tal como concebida na *common law* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois naquela tradição jurídica, a *ratio decidendi* é extraída não só da fundamentação da decisão, mas também do dispositivo e do relatório, ou seja, de todo o conjunto de elementos desta.¹²¹ Ao passo que a *ratio decidendi* pode ser encarada como imprescindível na identificação da fundamentação central, também existe algumas questões que “são indiscutivelmente desnecessárias ao alcance da decisão, e, assim, são certamente *obiter dicta*”,¹²² ou seja, compõem o precedente judicial nos moldes que não se encaixam ao que se propõe no Brasil.

Quando se fala em conceito de precedente judicial, leva-se em consideração, principalmente, o seu cerne normativo – a *ratio decidendi* – de modo que, muitas vezes, afirma-se que precedente é o mesmo que aquela.¹²³ Tal posicionamento não coincide com o nosso, conforme restou assentado no tópico que versa sobre o conceito de precedente.

O fato é que o CPC/15 propõe um novo paradigma, especialmente no tocante à projeção das decisões judiciais no ordenamento. É relevante, portanto, que consigamos diferenciar e identificar a *ratio decidendi* presente nas decisões judiciais, contando inclusive com a doutrina estrangeira.

Com efeito, fundamento normativo (norma jurídica que fundamenta o julgamento) é constituído pela *ratio decidendi*, que por sua vez, diferencia-se dos outros elementos contidos na sentença. Sobre o tema, Muñoz esclarece que:

En concreto: a) se diferencia, en primer lugar, de la fuente del Derecho aplicada, ya que la *ratio decidendi* no es dicha fuente, sino una norma jurídica derivada de la interpretación y, en su caso, construcción, de la fuente preexistente. (...) b) se diferencia, en segundo lugar, la *ratio decidendi* o norma jurídica que sirve de fundamento normativo a la sentencia, de cualquier otra consideración o fundamento

¹²⁰ Esse comparativo pode ser conferido em Muñoz: “si toda sentencia, en un Estado de Derecho, debe resolver la cuestión planteada con arreglo al ordenamento jurídico, esto es, ajustando-se al sistema de fuentes establecido, concebimos la norma jurídica com el fundamento normativo, derivado previamente de una fuente del Derecho, que sustenta la decisión o fallo, fundamento, este constituido por lo que tradicionalmente se denomina la *ratio decidendi* o holding de la sentencia y al que concebimos como la premissa normativa establecida en la sentencia o resolución como fundamento normativo determinante del fallo.” MUÑOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y el precedente vinculante**. Pamplona, Espanha: Thompson Reuters, 2011. p. 27-28.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 220.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 233.

¹²³ MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 98.

normativo contenido en la sentencia pero que no sea determinante del fallo o decisión, configurándose tales fundamentos colaterales o irrelevantes como *obiter dictum* o *dicta o gratis dictum*; c) difere, en tercer lugar, de la decisión o fallo, en que éste, a lo sumo, podrá ser configurado – según veremos seguidamente – como norma particular pero no, propiamente, como fundamento normativo o norma general que sustenta la própria decisión o fallo de la sentencia. (...) d) finalmente, la *ratio decidendi* constituye el fundamento normativo de la decisión, no su fundamento factico, si bien, dada su conformación casuística, para la resolución de un caso concreto (*individual case*), los elementos conformadores de dicho caso o supuesto enjuiciado (*factual contexts*) son determinantes para hallar e interpretar la *ratio decidendi* de la sentencia.¹²⁴

A partir do que o autor esclarece, torna-se mais evidente que a *ratio decidendi* não se confunde com fonte do direito, pois é resultado da interpretação de uma fonte existente; não se confunde com os demais fundamentos que não sejam determinantes para o julgamento ou decisão (tal como a *obiter dictum*); também não é o mesmo que a decisão ou julgamento que não sirva como base normativa ou regra geral para outra decisão; e ainda não se confunde como os fundamentos meramente fáticos da decisão.

Superada a delimitação da estrutura e do conceito, importa enfatizar que o precedente judicial é uma decisão, sendo, assim, uma manifestação linguística expressada em documento textual. No entanto, além de se identificarem com as decisões judiciais, os precedentes vêm sendo equivocadamente confundidos com os institutos da jurisprudência e da súmula. Por isso, demonstra-se necessário o levantamento de alguns pontos distintivos.

2.3 Precedente x decisão judicial

Embora a decisão final da demanda seja identificada como ponto de chegada, no sistema de precedentes ela representa também um ponto de partida, pois é através deste que o julgador identificará os elementos vetores de sua decisão. Assim, é possível afirmar que todo precedente nasce de uma decisão, todavia, nem toda decisão dará frutos a um precedente.

Há decisões judiciais que não formam precedentes, pois versam apenas sobre pontos de direito e “muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal.”¹²⁵ Neste caso, não se pode identificar a construção de um precedente, pois para sua formação e caracterização é necessário, além de outros requisitos, que o julgador solucione uma questão judicial na decisão.

¹²⁴ MUÑOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y el precedente vinculante**. Pamplona, Espanha: Thompson Reuters, 2011. p. 27-28. p. 29-30.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 213.

Com efeito, Marinoni defende que a formação de um precedente exige o enfrentamento de todos os principais argumentos que se relacionam à questão de direito apresentado no caso concreto, e, além disso, deve se apresentar como a primeira decisão que soluciona a referida questão.¹²⁶

Seguindo o mesmo sentido, Zaneti acrescenta duas principais razões para esclarecer que nem toda decisão forma precedente:

a) não será precedente a decisão que aplicar a lei não-objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa, e não depende da força do precedente para ser vinculativa; b) a decisão pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso, e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da decisão presente no caso-atual.¹²⁷

Para o autor, então, apenas será precedente a decisão que resultar efeitos jurídicos normativos para os casos futuros, mas não só isso, ela também deve ter inovado juridicamente. Pois, não pode ser considerada precedente aquela decisão que simplesmente aplicar decisão já firmada em caso anterior. Tampouco serão precedentes judiciais aquelas decisões que não contiverem a enunciação de uma inédita regra jurídica ou de um princípio universalizável. Zaneti ainda acrescenta: “não será precedente, a decisão que apenas se limitar a indicar a subsunção de fatos ao texto legal, sem apresentar conteúdo interpretativo relevante para o caso-atual e para os casos futuros.”¹²⁸

Do exposto decorre, portanto, que decisões e precedentes judiciais não se confundem, embora estejam intimamente relacionados, uma vez que aquelas estão contidas nestes.

2.4 Precedente x jurisprudência

No âmbito do sistema de precedentes, há institutos que se conectam, mas não se confundem. A reiterada aplicação de um mesmo precedente, por exemplo, resulta no que se chama de jurisprudência, cuja predominância pode dar ensejo à edição de uma súmula, ou seja, de um enunciado que (con)firma a tese daquele precedente originário.¹²⁹

Sobre o tema, Michele Taruffo, bem aponta que a distinção entre precedente e jurisprudência possui um aspecto de caráter quantitativo e outro de ordem semântica. Isso porque enquanto precedente significa a decisão relativa a um caso particular, jurisprudência se

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 214.

¹²⁷ ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante do precedente**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015 pp. 328-329.

¹²⁸ ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante do precedente**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015 p. 329.

¹²⁹ “Há, pois, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2015. p. 487.

refere a uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.¹³⁰ Nesse sentido, no momento de identificação e seleção da referida fonte do direito, a mencionada distinção impõe tomar em consideração se o objeto normativo a ser aplicado está presente na tese firmada em decisão de um caso particular ou se é tese reafirmada em várias decisões.

A confusão entre ambos os institutos também se deve ao fato de que o termo jurisprudência abarca mais de um significado, o que equivocadamente poderia denotar flexibilidade semântica ao conceito do instituto. Nesse sentido, Buriil colaciona ao menos três significações para que facilitem a consecução da tarefa distintiva ora proposta:

A uma, noção dada pelo próprio Ulpiano e comum entre os romanos, designa toda a ciência do direito, assim os *juris prudentes* seriam os homens que sabiam o direito aplicável aos casos concretos, nesse sentido ainda se utiliza o termo para designar várias escolas de direito ao redor do mundo; a duas, a partir da etimologia, pode-se afirmar tratar-se do conjunto de pareceres dos juriconsultos sobre problemas jurídicos que lhes foram submetidos; finalmente, em um sentido mais estrito e mais usual, indica o corpo de decisões dos juizes e Tribunais sobre questões jurídicas que lhes foram apresentadas mediante casos concretos.¹³¹

Ocorre que nenhuma das acepções supracitadas coincide com a noção de precedente judicial, já firmada neste trabalho, no entanto, é de se reconhecer nele a potencialidade de se tornar coparticipante do processo de formação da jurisprudência.¹³²

Por fim, Zaneti anota que os precedentes não se confundem com a jurisprudência porque aqueles não se traduzem em tendências do tribunal, como estas, mas na própria decisão (ou decisões) do judiciário com respeito à matéria. Além disso, a jurisprudência atua apenas de forma persuasiva.¹³³

Ocorre que este trabalho destina-se a desenvolver a temática dos precedentes, assim aproveitaremos a referida distinção para servir como uma das premissas por ora levantadas.

2.5 Precedente x súmula

Os precedentes judiciais também não se confundem com as súmulas, pois, esclarece Marinoni, o que as particulariza “é a circunstância de serem enunciados do tribunal acerca das suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente”. Nesse sentido, o autor

¹³⁰ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. 20 jul. 2016. p. 3. Ravi Peixoto e Hermes Zaneti Jr. também anotam que a diferenciação é essencialmente quantitativa. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 159. – No mesmo sentido, ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante do precedente**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015 p. 328.

¹³¹ MACEDO, Lucas Buriil de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 84.

¹³² FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1120.

¹³³ ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante do precedente**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015 pp. 326-327.

acrescenta que a súmula é elemento pertencente à esfera da linguagem que descreve as decisões, sendo, assim, considerada uma metalinguagem, pois voltada a enunciar algo que já faz parte da linguagem da decisão judicial.¹³⁴

As súmulas podem ser formadas a partir da reiteração da tese firmada em um precedente, mas não significa dizer que sempre reunirão as características essenciais de um. A súmula é um enunciado acerca de uma questão jurídica, mas para que fosse considerada precedente, deveria reunir as mesmas garantias e características deste, tais como a participação das partes com influência na decisão e ainda a decorrência de um processo judicial.

Em se tratando da figura das súmulas vinculantes, cumpre destacar que “são o resultado de um ou vários processos judiciais, nos quais, a partir dos casos concretos, extraiu-se uma regra universalizável aplicável a casos análogos.”¹³⁵ Complementa-se com as palavras de Buriil, para quem: “as súmulas têm como hipótese fática permissiva de sua constituição a existência de vários precedentes – ainda que conflitantes, como no caso de incidente de uniformização de jurisprudência”¹³⁶

No tocante ao aspecto formal, Buriil acrescenta que a criação, modificação e extinção das súmulas decorrem de um procedimento específico. Elas são atos jurídicos autônomos e não se confundem com as decisões judiciais (sejam elas precedente judicial ou não). De outro lado, o autor assinala que o precedente judicial obrigatório baseia-se no ato decisório, visto como fonte do direito e gerado a partir de uma eficácia anexa da decisão.¹³⁷

As súmulas, na realidade, podem ser consideradas produto da aplicação dos precedentes, cujo destinatário não é determinado caso concreto (como ocorre com os precedentes ao serem aplicados), mas o próprio ordenamento jurídico.

Um interessante paralelo pode ser feito entre as Súmulas Vinculantes no direito brasileiro e a figura dos “assentos”¹³⁸ no direito português, pois ambas denotam o fortalecimento do poder das Cortes Supremas em cada país. Sobre o tema, Castanheira Neves

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 215.

¹³⁵ ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante do precedente**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015 p. 76.

¹³⁶ MACEDO, Lucas Buriil de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 87

¹³⁷ MACEDO, Lucas Buriil de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 87

¹³⁸ Sobre o instituto dos “assentos”, nas palavras de Castanheira Neves: “com os assentos que nossos Supremos Tribunais, funcionando em tribunais pleno, podem emitir, para resolver um “conflito de jurisprudência” – e que se vem a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por que o tribunal se dedica na solução desse conflito, numa prescrição normativa “com força obrigatória geral” – oferece-nos o nosso direito um instituto jurídico original e dificilmente compreensível.” NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 1.

anota a originalidade do instituto no direito português, sob a perspectiva de que confere a tarefa:

1) a um órgão judicial (a um tribunal) de prescrever 2) critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de 3) normas (no sentido estrito de normas gerais, ou de “preceitos gerais e abstratos”), que, como tais, 4) abstraem (na sua intenção) e se destacam (na sua formulação) dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de 5) estatuírem para o futuro, de se imporem em ordem a uma aplicação futura.¹³⁹

Outra distinção que pode ser apontada entre precedentes e súmulas está no aspecto funcional destas que apenas se preocupam em delimitar um enunciado jurídico, enquanto aqueles se ocupam em orientar a atividade jurisdicional no caso concreto. Sobre a perspectiva funcional, Schauer explica que precedente deve ser entendido como uma orientação ao magistrado quando do momento da decisão. O julgador (*decision maker*) deveria decidir da mesma forma como foi decidido previamente em casos similares.¹⁴⁰

Ademais, nos termos do enunciado 166 do FPPC,¹⁴¹ “a aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.” Ora, a afirmação de que os precedentes foram responsáveis pelo resultado do enunciado constante nas súmulas já revela peculiaridades suficientes para impedir a confusão entre ambos os institutos.

¹³⁹ NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 2-4.

¹⁴⁰ Na literalidade do autor: “Precedent is centrally about the (not necessarily conclusive) obligation of a decision maker to make the same decision that has been made on a previous occasion about the same or similar matters. SCHAUER, Frederick. **Precedent**. University of Virginia School of Law. Maio de 2011. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384. Acessado em: 20 de mar de 2013. p. 2.

¹⁴¹ Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

CAPÍTULO 2 – Dos precedentes judiciais como fonte do direito brasileiro: mecanismos de vinculação, aplicação e superação

1. Precedentes de eficácia vinculante na tradição de *civil law* brasileira.

Sob a perspectiva do sistema de precedentes, é imperativo ponderar que as decisões judiciais carregam o papel de funcionar “como ponto de partida metódico, como fator de segurança jurídica, de publicidade e clareza normativa na democracia do Estado de Direito.”¹⁴² Por hora, o registro é de que qualquer análise sobre o tema deve partir desse pressuposto.

De outra banda, sob o aspecto da eficácia atribuída aos precedentes judiciais, há que se refletir sobre a distinção entre vinculantes ou persuasivos, pois se trata de importante referencial acerca da eficácia do sistema. Assim, pergunta-se: quais diferenças há entre eles?

Inicialmente, cumpre notar que não se trata, propriamente, de distinção na estrutura ou mesmo no conteúdo da decisão, de modo que, para se identificar um precedente como vinculante ou persuasivo, algumas peculiaridades devem ser observadas. Vejamos.

Com relação aos precedentes persuasivos, o julgador não está obrigado a decidir da forma como fora anteriormente decidido, sendo certo que o julgamento superveniente poderá dissentir da decisão anterior sem que o resultado seja maculado por erro.¹⁴³ Não significa, com isso, afirmar que a não vinculação a um precedente persuasivo prescindia de fundamentação; não apenas em observância à coerência do sistema, mas, e, principalmente, por respeito ao dever de fundamentação, inerente a qualquer decisão judicial (art. 489, II, CPC/15). Assim, embora a eficácia persuasiva não vincule o julgador, a necessidade de fundamentação em caso de rejeição da orientação jurisdicional não está dispensada.

Na tradição da *common law*, são consideradas meramente persuasivas as decisões de órgãos de outra jurisdição – tais como aquelas proferidas em diferentes Estados, no âmbito norte-americano – bem como as decisões de cortes de outros países ou organismos internacionais, ou ainda aquelas proferidas por tribunais hierarquicamente inferiores.¹⁴⁴

¹⁴² Isso porque “como ponto de partida metódico, como fator de segurança jurídica, de publicidade e clareza normativa na democracia do Estado de Direito, o texto normativo apresenta confiabilidade apenas limitada e partilha a relativização da metódica própria à ciência jurídica, sem, contudo, mostrar-se com isso dispensável ou secundário.” MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 205.

¹⁴³ MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 101.

¹⁴⁴ MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 101-102.

De outro lado, há os precedentes vinculantes, cuja observância é obrigatória por ocasião dos julgamentos que lhes sucedam. No *common law*, os precedentes vinculantes são aqueles dotados de *binding authority* (autoridade vinculante), por possuírem eficácia vinculativa em relação aos julgados análogos que lhes forem supervenientes.¹⁴⁵

Assim, de um lado, são considerados persuasivos aqueles precedentes cuja eficácia não vincula os casos que lhe sucederem. Sendo certo afirmar que a aptidão de projetar eficácia vinculante sobre os casos que lhe sucederem é atributo dos precedentes obrigatórios (ou vinculantes). Com efeito, Buril acrescenta que a não observância da norma contida no precedente obrigatório revelará no julgamento a presença de *error in judicando* ou *error in procedendo*.¹⁴⁶

É relevante ainda notar que, no âmbito do *common law*, o sistema de precedentes judiciais é tradicionalmente fortalecido pelo princípio do *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido),¹⁴⁷ cuja doutrina exige que o órgão jurisdicional encarregado de proferir decisão não apenas examine os precedentes como subsídio persuasivo, mas que reconheça estar vinculado a eles ao construir a sentença.¹⁴⁸

A teoria do *stare decisis*, também chamada de *doctrine of binding precedent*, na realidade, foi paulatinamente construída. Isso porque, embora signifique uma relevante característica do *common law*, ela só veio fazer parte da tradição jurídica britânica a partir das primeiras décadas do século XIX. Tendo-se como ponto de transição para o *stare decisis* o caso *London Tramways Company versus London Country Council*, quando a *House of Lords* inglesa estabeleceu o efeito auto-vinculante dos precedentes (ano de 1898) e determinou a eficácia vinculativa vertical do precedente.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Sobre a temática: “Deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (*ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2015. p. 389.

¹⁴⁶ MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 102.

¹⁴⁷ A teoria do *stare decisis* não se contenta em que o órgão jurisdicional encarregado de proferir decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante a considerar no momento de construir a sentença. O caráter rotulador deste princípio é a vinculação do julgado atual às decisões pretéritas. É visível, portanto, a forte característica da coercitividade do precedente no sistema do *case law*. ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Lisboa: Editorial Juruá, 2012. p. 70.

¹⁴⁸ ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Lisboa: Editorial Juruá, 2012. p. 70.

¹⁴⁹ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161.

Não obstante, Taruffo salienta o fato de que mesmo no direito inglês, no qual o precedente parece ser aquele dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas, entre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, objetivando livrarem-se da vinculação ao precedente que não pretendem seguir.¹⁵⁰ Técnicas para as quais dedicamos um tópico mais adiante.

Já no Brasil, o fortalecimento do sistema de precedentes é recente, embora tenha se manifestado muito antes da vigência do CPC/15, o que bem pode ser observado com a crescente utilização das Súmulas Vinculantes, cuja produção já denotava o ganho de maturidade das decisões e também do judiciário, disposto a atribuir uniformidade a seus próprios julgados. Todavia, a figura da Súmula Vinculante não encontra equivalente em quaisquer outros sistemas jurídicos contemporâneos.¹⁵¹

O fato é que, no *common law* inglês ou no *common law* americano, o efeito vinculante restringe-se apenas ao elemento da *ratio decidendi* do precedente, não atingindo as afirmações gerais ou princípios abstratos declarados pelo Poder Judiciário, que figuram apenas como *obiter dictum*. Além disso, “o precedente (o do *common law*) não nasce como precedente. Ele contém um DNA de historicidade que somente surge se houver adesão de seu entendimento pelas instâncias inferiores do Judiciário.”¹⁵²

Por fim, a distinção entre precedentes vinculantes ou persuasivos pode ser aferida a partir da intensidade de sua eficácia perante os casos supervenientes. Com efeito, “observa-se que a tradicional e corrente distinção entre precedente vinculante, que seria típico dos ordenamentos de *common law*, e precedente *persuasivo*, ou *de fato*, que seria típico dos ordenamentos de *civil law*, é pouco confiável”.¹⁵³ Com isso, Taruffo acrescenta que a distinção não mais seria satisfatória tomando-se por base a tradição jurídica, mas a partir da análise da força que ele possui para influenciar as decisões sucessivas.

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>>. Acessado em 20 jul. 2016. p. 7.

¹⁵¹ No entanto, um interessante paralelo pode ser realizado entre o instituto das Súmulas Vinculantes no direito brasileiro e a figura dos “assentos” no direito português, pois ambas denotam o fortalecimento do poder das Cortes Supremas em cada país. Sobre o tema, Castanheira Neves anota a originalidade do instituto no direito português, sob a perspectiva de que confere a tarefa: “1) a um órgão judicial (a um tribunal) de prescrever 2) critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de 3) normas (no sentido estrito de normas gerais, ou de “preceitos gerais e abstratos”), que, como tais, 4) abstraem (na sua intenção) e se destacam (na sua formulação) dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de 5) estatuírem para o futuro, de se imporem em ordem a uma aplicação futura.” NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. pp. 2-4.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1192.

¹⁵³ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>>. 20 jul. 2016. p. 1-15.

É de se ressaltar que o contexto no qual o ensaio de Taruffo está inserido refere-se ao ordenamento jurídico italiano, também vinculado à tradição de *civil law* como a nossa, mas que carrega algumas peculiaridades; dentre as quais se pode apontar, por exemplo, a existência de um Tribunal de Cassação. Apesar disso, alguns trechos do ensaio do autor demonstram que as chagas suportadas pelo nosso sistema de *civil law* em pouco diferem do sistema de *civil law* italiano, pois, em alguns pontos, ele parece descrever a situação na qual o judiciário brasileiro está inserido.¹⁵⁴

No ordenamento pátrio, ao tempo do CPC/73, as decisões judiciais ordinárias possuíam apenas eficácia persuasiva com relação aos casos supervenientes,¹⁵⁵ pois a adesão à decisão pretérita era apenas faculdade de quem julgava, que exercia um juízo de oportunidade e conveniência. Nesse sentido, Marinoni esclarece que a ausência de norma impondo a vinculação ao precedente resultava no enfraquecimento de sua eficácia persuasiva, razão pela qual poucos eram os casos nos quais havia referência a ele. Assim, antes da vigência do CPC/15, o autor afirmava que “embora constitua uma patologia, os tribunais e juízes muitas vezes não se julgavam obrigados a respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores”.¹⁵⁶

Na realidade, é notável que a necessidade de respeito aos precedentes sentida no Brasil nada tem a ver com o *common law*, pois revela uma tentativa de controlar o “caos” que vivemos no nosso sistema de *civil law*.¹⁵⁷ Nesse sentido, Tereza Wambier, tempos antes da vigência do CPC/15, teceu críticas acerca da insistente afirmação de que a vinculação aos precedentes no Brasil indicaria a migração para o sistema de *common law*.¹⁵⁸ Isso porque a nossa ideia de vinculação aos julgados pouco tem a ver com a daquela tradição jurídica.

¹⁵⁴ Como exemplo, o trecho que segue: “Aqui (na Itália), portanto, visualiza-se uma primeira diferença muito relevante: em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto de decisão, de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos fatos, mas na subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral.” TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffè. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. 20 jul. 2016. p. 1-15.

¹⁵⁵ A figura da Súmula vinculante (art. 103-A, caput da CF/88) não se confunde com o precedente judicial, embora figure como um dos elementos do sistema de precedentes e, mesmo assim, só veio compor o ordenamento jurídico brasileiro a partir da EC/45.

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 118.

¹⁵⁷ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Em direção ao common law? Palestra – Rio de Janeiro – 2012 in Processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 376.

¹⁵⁸ Streck e Abboud também criticam a ideia comumente defendida de que o CPC/15 nos conduziria ao *common law* brasileiro, sobretudo com relação à suposta criação de um sistema de precedentes, por eles rechaçada, mas acolhida por este trabalho. Os autores também atentam para o fato de que a sistemática de vinculação à algumas decisões judiciais bem como a doutrina do *stare decisis*, tal como vistas na *common law*, não surgiram e se consolidaram repentinamente, pois são frutos do desenvolvimento histórico daquelas comunidades pautadas pela mencionada tradição jurídica. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES,

No *common law*, por exemplo, a identidade que existe entre precedente e caso subsequente (decidido à luz do anterior) é de núcleo, de essência, de core. Não se trata de identidade visível a olho nu. Trata-se de uma identidade descoberta como fruto de trabalho, de sensibilidade e de inteligência. (...) no Brasil, quando se diz que os casos são iguais é porque são absolutamente idênticos.¹⁵⁹

Por isso, o respeito aos precedentes no Brasil significa, para a autora, um fenômeno muito mais conectado ao *civil law*. Trata-se de forçosa correção de uma deformação cultural fruto da desordem que se instalou no judiciário com relação à uniformidade de posicionamento em casos concretos similares.

Não se pode negar que a sistemática de respeito aos julgados no âmbito do direito brasileiro pretende, então, estabelecer uma ordem. De outro lado, reconhecer esse fenômeno não significa afirmar que o estado das coisas ora buscado só seria alcançado no *common law*. Na realidade, importante mesmo é que o intercâmbio de institutos advindos de outras tradições jurídicas ou até de mesma tradição jurídica, sendo distinto o sistema normativo (ex.: do *common law* britânico para o *common law* americano) aconteça para somar qualidades e não defeitos. Para isso, as adequações são indispensáveis.

O fato é que a já reconhecida e mencionada crescente valorização dos precedentes judiciais alcançou o nosso diploma processual. Hoje, além de diversos dispositivos que imprimem a importância desse instituto, o CPC/15 encarta o regramento que viabiliza a identificação de um verdadeiro sistema, impondo aos julgadores a necessária observância aos precedentes judiciais obrigatórios. Dispositivos que serão apreciados no tópico a seguir.

2. Diretrizes normativas para a consolidação do sistema de precedentes judiciais no CPC/15.

Imprime-se, a partir deste tópico, o desenvolvimento de uma problematização dogmática, pois há de se reconhecer nela a sua “função social”, tal como acertadamente defendido por Ferraz Jr.:

(...) uma problematização da Dogmática urge nos dias de hoje. Tal problematização, entretanto, não significa a substituição da Dogmática por uma problemática, mas uma proposição de novas bases para a reflexão sobre sua função e sobre seu próprio conceito. Esta reflexão não pode ignorar que a Dogmática está ligada a uma dupla abstração; a própria sociedade, na medida em que o sistema jurídico se diferencia como tal, constitui, ao lado das normas, regras para a sua manipulação.¹⁶⁰

Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1192.

¹⁵⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Em direção ao common law? Palestra – Rio de Janeiro – 2012 in Processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 377.

¹⁶⁰ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 12.

O art. 926 cuida do respeito aos precedentes judiciais no âmbito de vinculação horizontal interna. Desse modo, prevê que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Para isso, determina a edição de enunciados de súmula que indiquem a jurisprudência dominante e prescreve que as circunstâncias fáticas motivadoras do precedente originário sejam observadas nesta tarefa.

Ora, a existência de um sistema de precedentes pressupõe o cumprimento, por parte dos tribunais, do dever de manutenção da uniformidade, da estabilidade, da integridade e da coerência da jurisprudência. Com relação ao mencionado dever, Fonseca Costa comenta que não há previsão expressa de sanção ao tribunal que descumpra um dos seus elementos, o que implica aceitarmos que “ao fim e ao cabo, a respeitabilidade dos precedentes horizontais infelizmente dependerá da boa vontade dos respectivos tribunais. *Auctoritas* não é algo que se pode impor.”¹⁶¹

Para Streck e Abboud, a melhor leitura do art. 926 indica que “o julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu”¹⁶² – mas ressaltam os casos nos quais se reconheça que os argumentos constantes nas decisões anteriores estavam errados ou não fazem mais sentido, quando seria possível falar em novo direcionamento na argumentação do julgado.

Além disso, o art. 926 pode (e deve) ser interpretado em conformidade com o art. 10, cuja garantia de vedação à decisão surpresa inclui também as questões que abarcam matéria sobre a qual o juiz deva decidir de ofício. Na mesma toada, reconhecendo a necessária correlação entre os mencionados artigos, os autores afirmam:

Em qualquer decisão judicial, a fundamentação – incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas – deve respeitar a coerência e a integridade. De primeiro grau à mais alta Corte do país. Nesse sentido o próprio CPC (art. 927, V) manda que “os juízes e os tribunais observarão (...) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. O poder público deve ter uma só voz.¹⁶³

Os autores acrescentam que a garantia de vedação à decisão surpresa encartada no art. 10 potencializa a necessidade de coerência e integridade do julgado, pois consideram que estas últimas são vetores principiológicos do CPC. Demonstra-se, com isso, que o CPC

¹⁶¹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1120.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1187.

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1187; Nesse sentido também se posiciona Fonseca Costa: FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1134.

pretende elevar o patamar de prioridade conferido ao poder de influência das partes na construção das decisões judiciais.

Em seguida, o art. 927 vem delinear a sistematização dos precedentes no tocante à vinculação vertical. Prevê, então, que os juízes e tribunais deverão observar: 1) as decisões do STF firmadas em controle concentrado de constitucionalidade; 2) os enunciados de súmulas vinculantes; 3) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; 4) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; 5) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ora, resta evidente que o CPC/15 propõe a vinculação dos juízes e tribunais ao rol de provimentos judiciais elencados no art. 927, considerando-os vinculantes.¹⁶⁴ Não se pode olvidar, no entanto, que a sistemática de precedentes judiciais precisa ser observada em conformidade com a Carta Magna, vetor fundamental de todo o ordenamento.¹⁶⁵ Nesse sentido, almejando alinhar este trabalho à proposta de amadurecimento sobre o tema, cumpre colacionar a crítica de Streck e Abboud:

O CPC-2015 elenca determinados provimentos judiciais, que independentemente da sua qualidade, consistência e integridade, passarão a ser vinculantes para o enfrentamento de nossa litigiosidade repetitiva. Mas não se trata *de sistema-precedentes*. O que não significa que o artigo 927 não possa contribuir para resolução de diversas mazelas judiciais contemporâneas. Contudo, para que essa contribuição não seja feita às custas das garantias constitucionais do jurisdicionado, o CPC-2105 deve ser lido conforme à Constituição — não o contrário! — e para tanto, precisamos parar de iniciar sua leitura como se fosse um dado a instituição do sistema de precedentes no Brasil.¹⁶⁶

Ainda sobre o art. 927, vale lembrar o que Fonseca Costa destaca: o referido artigo não suprime ou desfigura o sistema de *civil law* vigente em nosso país, cuja principal fonte de norma de comportamento continua sendo a lei em sentido amplo. Com isso, o autor se refere

¹⁶⁴ Como visto no capítulo anterior, o rol constante no art. 927 não versa apenas sobre precedentes em sentido estrito, pois súmulas e precedentes não se confundem. Na realidade, aquele dispositivo faz referência a enunciados normativos dotados de eficácia vinculante.

¹⁶⁵ Zaneti alerta que devemos, no entanto, ficar atentos para a necessidade de se repensar a separação de tarefas entre legislador, juiz e doutrina em ordenamentos mistos ou híbridos como o brasileiro, nos quais a tendência é a autorização constitucional e legal para a vinculação aos precedentes. Tentando, com isso, evitar a insegurança da atuação solipsista fruto das liberalidades que geram contrastes irracionais. ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante do precedente**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 316.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. Publicado em: 18 ago. 2016. Disponível <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 18 ago. 2016.

aos os textos normativos escritos de direito positivo, editados e impostos à observância de todos pelo Estado.¹⁶⁷

Por fim, tem-se o art. 928, prevendo que as decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em recurso especial e extraordinário repetitivos são consideradas, para os fins do diploma processual, julgamento de casos repetitivos. Assim, ele serve, no aspecto processual, ao chamado “microssistema de enfrentamento de causas repetitivas ou de massa”¹⁶⁸, somando-se aos demais regramentos processuais que compõem o referido microssistema.¹⁶⁹

Com efeito, a jurisprudência firmada no STF, no STJ e também nos TJ’s, TRF’s, TRT’s e TM’s ganhou maior relevo e amplitude, sobretudo com relação aos precedentes firmados em resolução de demandas repetitivas.¹⁷⁰

Não se pode olvidar, no entanto, do iminente risco de engessamento que os dispositivos do código acabam por legitimar ao terem previsto alguns obstáculos à revisão das teses firmadas. Como exemplo, tem-se: 1) a manutenção do juízo de admissibilidade do REsp e do REx nos tribunais *a quo*, impedindo a realização do exame de admissibilidade diretamente pelo STF ou STJ; 2) o mecanismo do julgamento liminarmente improcedente da lide com fundamento em precedentes (art. 332 CPC/15); 3) o cabimento de julgamento monocrático em sede recursal fundado em precedentes (art. 557 CPC/15); 4) a inexistência de reexame necessário quando sucumbente a fazenda pública; 5) até mesmo o risco de multa por litigância de má-fé, cujo fundamento também pode se basear em existência de precedentes em sentido diverso da tese levantada pela parte.¹⁷¹

Para além do risco de engessamento, que, de fato, não pode ser ignorado, Streck e Abboud também alertam para o grande perigo que há em atribuir efeito vinculante às decisões

¹⁶⁷ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1131.

¹⁶⁸ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1137.

¹⁶⁹ Com relação aos regramentos que, de algum modo, vêm a compor o chamado “microssistema de enfrentamento de causas repetitivas ou de massa”, tem-se o art. 12, § 2º, II; art. 311, II; art. 927, §2º-§3º e §4º, art. 521, IV; art. 988, IV; art. 1.022, par. Único, I; art. 955, par. Único, II; art. 1.035 § 3º, II. Nesse sentido, conferir: FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1137.

¹⁷⁰ Neste sentido, *cf.* PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/15 - uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)**. Revista de Processo, v. 248, p. 331-354, 2015. p. 338.

¹⁷¹ Esse é também um alerta dos autores Streck e Abboud, que complementam as críticas: “a atribuição desmedida de efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores impede a formação da própria jurisprudência, que se torna engessada e artificial”. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1193.

dos Tribunais Superiores, pois há, a partir daí, uma perigosa pressuposição de que estariam “habilitados a, primeiro, formular teses em abstrato e, segundo, julgar levando em conta essas teses, obnubilando os casos concretos, além de, em muitos casos, o julgamento atropelar os limites semânticos (expressão aqui empregada a partir da hermenêutica jurídico-filosófica) do texto legal.”¹⁷²

Não obstante a crítica seja de mais valia, os próprios autores sugerem o que pode ser também considerada uma solução ao não engessamento em sede de sistema de precedentes:

nem tudo que estiver contido numa decisão vinculante (seja uma súmula, um acórdão jurisprudencial ou um precedente) é efetivamente vinculante, da mesma forma que o fato de estar previamente delimitado aquilo que é vinculante (por exemplo uma SV) nunca será dispensável a interpretação do julgador para precisar seu sentido perante o caso concreto.¹⁷³

Nesse sentido, sempre que o precedente servir de fundamento a um caso superveniente, faz-se necessário operar um “ajuste jurisprudencial”¹⁷⁴ Assim, o juiz, verificando a viabilidade de aplicação de um precedente, “pode e deve submeter o resultado interpretativo anterior ao teste de fundamentação racional – vale dizer, o juiz não deve aceitar cegamente o resultado alcançado pelo provimento vinculante anterior”¹⁷⁵

Ainda que sob muitas críticas e muitos elogios (a doutrina é dissonante em alguns pontos e convergente em outros, apontando, inclusive, inconstitucionalidades), é relevante notar que os dispositivos mencionados propõem a sistematização do respeito aos precedentes judiciais, cuja finalidade pode ser extraída do art. 926 e cujos parâmetros de operacionalização podem ser extraídos nos arts. 927 e 928. Finalidade esta que bem pode ser equiparada ao propósito de consolidação de um *stare decisis* brasileiro.

É necessário, por isso, compreender quais são aqueles enunciados jurisdicionais que o CPC/15 elevou ao patamar de vinculantes, além daqueles que já possuíam tal qualidade conferida pela EC 45/2004, cuja obrigatoriedade foi apenas ratificada pelo mencionado diploma processual (o que, convenhamos, necessário se fez para evitar que apontassem esta lacuna).

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1194.

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1199.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1199.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1199.

2.1 As decisões do STF firmadas em controle concentrado de constitucionalidade

As decisões do STF firmadas em controle concentrado de constitucionalidade são consideradas, para fins de vinculação, a decisão definitiva do STF em ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. O caráter vinculante de tais decisões, para além do diploma processual, decorre de previsão constitucional (art. 102, §2 CF/88).

Em primeiro passo, Fonseca Costa anota que o rol de precedentes descritos no inciso I, por terem efeito vinculante e oponibilidade *erga omnes*, “ultrapassam os limites da *jurisdictio* e adentram os quadrantes na *legislatio*. Eles são, decididamente, normas escritas gerais e abstratas; portanto, leis em sentido material.”¹⁷⁶

Marinoni critica o rol previsto no CPC/15, pois considera que o regramento faz referência a hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Para ele, a previsão de que os juízes e tribunais observarão as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade chega a ser absurda, uma vez que tais decisões já produzem coisa julgada *erga omnes* e, apenas por isso, por ninguém podem ser questionadas. O autor esclarece que “a *ratio decidendi* das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade têm, por exemplo, valor precedental diante de caso em que se questiona lei estadual que possui o mesmo teor da lei estadual já declarada inconstitucional”.¹⁷⁷ É por isso, então, que elas possuem eficácia vinculante; não sendo o inciso I da lei infraconstitucional que lhe confere originalmente tal *status*.

Vale notar que a vinculação se dá em relação ao dispositivo dos acórdãos que julgaram as ações em controle concentrado, sendo este o que pode ser acobertado pela coisa julgada material.¹⁷⁸ Não se pode afirmar, no entanto, que o art. 927 tenha englobado no rol de vinculação os fundamentos determinantes da sentença constitucional, pois incorreríamos no enorme risco de tolher a evolução da interpretação, inerente à atividade judicante.

2.2 Os enunciados de súmulas vinculantes

A análise deste tópico requer revisitarmos o que fora assentado no tópico que distingue precedentes judiciais de súmulas, bem como nos remete ao que construímos no primeiro capítulo no tocante à distinção entre texto e norma. Isso porque a melhor aplicação

¹⁷⁶ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1125.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 21.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1203.

desse dispositivo requer a compreensão de que a norma é o sentido apreendido do texto, sendo este estático e aquela é dinâmica.

Embora Streck e Abboud defendam que a norma só existe a partir da interpretação, não acolhendo a ideia de conteúdo normativo mínimo carregado pelo texto,¹⁷⁹ eles têm razão quando afirmam que o mencionado dispositivo deva ser interpretado considerando a distinção entre texto e norma, “porque, caso ocorra uma aplicação meramente subsuntiva da súmula ou dos acórdãos, não estará atendida a exigência constitucional do dever de motivação dos atos judiciais, inciso IX do art. 93 da CF. E haverá flagrante violação do art. 489 CPC/15.”¹⁸⁰

Embora o CPC/15 tenha olvidado da distinção entre súmulas não-vinculantes e súmulas vinculantes, especial atenção mereceram estas últimas, que resultam da interpretação e aplicação da norma no âmbito de um ou vários processos judiciais, ocupando-se com a delimitação de um enunciado jurídico com *status* constitucional. A edição das SV, no entanto, exige quórum qualificado de aprovação (2/3 dos membros), embora o CPC/15 tenha olvidado, trata-se de relevante distinção entre essas e as súmulas não-vinculantes.

A súmula vinculante constitui uma regra universalizável aplicável a casos análogos,¹⁸¹ no entanto, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a eficácia vinculante atribuída aos enunciados de algumas Súmulas do STF e do STJ se deu a partir do art. 103-A da CF (inserido via EC 45/2004).

O *status* constitucional do enunciado presente nas súmulas vinculantes as diferencia das normas contidas no IRDR, na assunção de competência, nos precedentes judiciais e nas demais súmulas (não-vinculantes). Há duas distinções relevantes: a primeira está no processamento da edição da súmula vinculante; a segunda, que decorre da primeira, está na aptidão para reger casos futuros de modo mais geral e abstrato.

Embora Streck e Abboud não considerem as SV “regras gerais ou abstratas”, explicam que – ressalvados os inciso I e II, que são, para eles, normas de primeiro grau – os demais enunciados previstos no rol do art. 927 são normas de segundo grau e servem, especificamente, à composição do DNA do caso; para eles, estes últimos são provimentos vinculatórios e precisam ter pertinência com o caso ao qual serão aproveitados.¹⁸²

¹⁷⁹ Tema melhor enfrentado no primeiro capítulo

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1200.

¹⁸¹ ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante do precedente**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 76.

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1204.

2.3 Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é técnica processual cujo objetivo é criar uma solução para a questão infiltrada em casos que se repetem ou se multiplicam.¹⁸³ Além do IRDR, os Recursos Especial e Extraordinário repetitivos também são instrumentos dedicados à solução uniforme de casos pendentes de julgamento que abarquem questão(ões) idêntica(as).

Dentre as muitas críticas¹⁸⁴ que tece sobre o tema em questão, Marinoni indica um importante ponto distintivo entre as decisões firmadas em IRDR e aquelas construídas com o escopo de formarem precedentes judiciais. Com efeito:

diversos casos, marcados por diferenças razoáveis, podem ser resolvidos por um precedente que resolve uma questão de direito. Mas as decisões firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas não têm qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros, porém objetivam regular uma questão litigiosa que está presente em vários casos pendentes.¹⁸⁵

Ressalte-se que esta questão deve carregar prejudicialidade com relação à solução dos casos pendentes, pressuposto que importa, inclusive, para aferir a própria utilidade da decisão firmada em casos repetitivos.

De outra banda, no que se refere aos recursos extraordinário e especial repetitivos, Marinoni também alerta quanto ao fato de que

O STF tem a função de elaborar precedentes que outorguem unidade ao direito mediante a afirmação do sentido da Constituição ou que desenvolvam o sentido da Constituição, tornando a legislação infraconstitucional com ela conforme. O recurso extraordinário e o litígio constituem apenas meios que dão ao STF oportunidade de colaborar para o desenvolvimento e a frutificação do direito. O que realmente tem

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos.** Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015. p. 401. No mesmo sentido, Sofia Temer também alerta para o fato de que, na realidade, não servem restritivamente à resolução de demandas repetitivas, e sim para a solução questões repetitivas. A autora afirma que “o incidente de resolução de demandas repetitivas visa à prolação de uma decisão única que fixe tese jurídica sobre uma determinada controvérsia de direito que se repita em numerosos processos”. TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 39.

¹⁸⁴ Embora não tenhamos a oportunidade de aprofundar a temática, deixaremos o registro de que o autor aponta inúmeros problemas relacionados à sistemática de resolução de demandas repetitivas, tais como: a restrição da possibilidade de participação dos litigantes na discussão das questões submetidas aos tribunais e às Cortes Supremas; olvidou-se o fato de que a decisão elaborada sob a perspectiva do IRDR não é elaborada a partir da regra da universabilidade; a restrição quanto à possibilidade de revisão, de modo que só os novos litigantes estão autorizados a discutir as questões decididas em IRDR, caso em que o instituto da coisa julgada parece ter sido esquecido pelo legislador; o fato de que no incidente de resolução de demandas repetitivas julga-se questão de muitos em processo de apenas alguns; dentre outros. MARINONI, Luiz Guilherme. **O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos.** Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos.** Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015. p. 401.

relevância para o Supremo é o conteúdo da sua decisão, que não pode deixar de espelhar questão relevante para a sociedade e para o Estado, seja do ponto de vista jurídico, social, econômico ou político.¹⁸⁶

Já o STJ, por sua vez, conta com atributos semelhantes, não se podendo olvidar que “os recursos extraordinários e especiais repetitivos devem ser pensados (como) meios para a fixação de precedentes que atribuem sentido ao direito e, apenas por essa razão, devem regular os demais casos.”¹⁸⁷ Além disso, a qualidade de precedente obrigatório é atribuída às decisões que resolvem recursos extraordinário e especial repetitivos porque elas carregam *rationes decidendi* elaboradas pelas Cortes Supremas e não por constituírem resoluções de casos de que derivam recursos em massa.¹⁸⁸

Vale lembrar que, enquanto a Súmula vinculante, objeto analisado no item anterior, ostenta status constitucional, a previsão na legislação processual (infraconstitucional) de vinculação aos enunciados do inciso III, ora em comento, têm sido taxada de inconstitucional. E, por preocupante que seja, convergem as vozes de Marinoni, Fonseca Costa, Streck e Abboud nesse mesmo sentido.¹⁸⁹

Marinoni também tece críticas de cunho mais analítico, em outra obra, ao afirmar que o enunciado do inciso terceiro diz pouca coisa, porquanto “a palavra “acórdão” nada diz sobre a sua substância e, assim, sobre a porção da substância do acórdão que realmente pode obrigar os juízes e tribunais”. O autor observa, acertadamente, que a referência a “acórdão” no texto legal não especifica que a porção vinculante do julgamento ou da decisão propriamente dita só pode ser a *ratio decidendi* ou o fundamento determinante do alcance do resultado.¹⁹⁰ No mesmo sentido converge Buriel e anota que a interpretação do inciso III deve se desenvolver no sentido de que a vinculação se dá com relação aos precedentes formados a partir dos acórdãos do IRDR e do IAC que vinculam.¹⁹¹

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos**. Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015. p. 411.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos**. Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015. p. 413.

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos**. Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015. p. 413.

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. pp. 1200-1206.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 21.

¹⁹¹ MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. pp. 338-339.

Saliente-se, todavia, que as mencionadas críticas ao inciso III, embora pertinentes, não configuram razão suficiente para rechaçarmos a aplicabilidade do referido regramento. Afinal, a doutrina tem relevante papel a ser desempenhado nestes casos: auxiliar a completude de sentido a ser alcançado a partir da interpretação dos textos legais. Dos problemas indicados no art. 927 talvez esse seja o menor.

Por fim, Marinoni ainda acrescenta o alerta de que não são apenas as decisões proferidas em recurso extraordinários repetitivos que obrigam os juízes e tribunais, mas as proferidas em todo e qualquer recurso extraordinário. Assim, afirma:

As *rationes decidendi* dos julgados proferidos pelo STF têm claro e inocultável efeito vinculante, conforme algumas decisões da própria Corte Suprema já puderam esclarecer. É um grosso equívoco imaginar que apenas as decisões proferidas em recurso repetitivos têm eficácia obrigatória.¹⁹²

Quanto ao posicionamento de Streck e Abboud, mais uma vez os autores invocam a distinção entre texto e norma, agora para esclarecer que, a despeito da necessária declaração de inconstitucionalidade do inciso III, em não sendo declarada, deve-se tomar em consideração que nenhum acórdão-paradigma possui a norma pronta a solucionar caso futuro. Com isso os autores defendem que o enunciado previsto no inciso III é elemento a ser previamente interpretado para que então possa servir de solução para o caso concreto.¹⁹³

2.4 Os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional

O inciso IV também comporta a mesma crítica referida ao inciso III, no que se refere ao fato de que, na realidade, a vinculação se dá à *ratio decidendi* dos precedentes que serviram à construção da súmula e não meramente ao enunciado da súmula.¹⁹⁴ Eis o ponto no qual esta parece sofrer desvantagem qualitativa em relação àqueles, qual seja: a árdua tarefa de sintetizar toda a significância dos termos jurídicos espalhados em muitas laudas das decisões que deram base à edição da súmula.

De certo modo, a seleção das expressões que melhor se adequem ao universo argumentativo estruturado nos vários julgados precedentes pode resultar em súmulas pobres, mas não só isso – também pode provocar o empobrecimento das próprias teses jurídicas nelas encartadas.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 21-22.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1205.

¹⁹⁴ MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 339.

Assim, a metodologia de produção, bem como o resultado da edição das súmulas pode acarretar a má aplicação da tese enunciada; por outro lado, a aplicação dos precedentes pode ter o condão de estimular o amadurecimento da tese que restaria estagnada com a edição da súmula. Trata-se de consequência bem observada por Gustavo Nogueira:

A partir do momento em que um precedente – verdadeiro *leading case* – é decidido pelo Tribunal com a consciência de que está diante de um *leading* e paradigmático *case*, a tendência desse Tribunal é debater com mais intensidade as questões de direito que ali se colocam, produzindo assim um julgamento mais rico e de mais qualidade.¹⁹⁵

No entanto, Nogueira sugere a iminente extinção da figura das súmulas, ponto no qual não concordamos, uma vez que ainda podem ser consideradas ferramentas de garantia da estabilidade e da previsibilidade no nosso ordenamento. Ao menos enquanto o sistema de precedentes judiciais ganha corpo e maturidade no Brasil.

Partindo para um viés analítico, é de se observar que Streck e Abboud alertam sobre a possível inconstitucionalidade do inciso IV do art. 927, que eleva ao patamar de precedente obrigatório os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional. É que, em um paralelo com os dois parágrafos do art. 926, observa-se que eles estabelecem marcos regulatórios acerca da formatação de súmulas por todos os tribunais da República, e que não carregam caráter vinculante. Pois bem.

Seguindo para a análise do art. 927, IV, tem-se a necessidade de observância das súmulas não vinculantes, editadas pelo STJ e pelo STF. A partir de tais previsões e confrontando com a consolidada previsão das Súmulas Vinculantes do STF, os autores questionam: “como podem ser vinculantes também as outras súmulas que não as emitidas nesse caráter pela suprema corte e os acórdãos de incidentes de repetição de demandas, de recurso extraordinário e especial repetitivos?”¹⁹⁶

Os autores, acertadamente, separam o joio do trigo, pois não há que se confundir a vinculação no sentido formal, sendo aquela prescrita via Emenda Constitucional – e aquela que eles chamam de “orgânico-material”, decorrente da necessidade de manutenção de coerência e integridade das decisões judiciais. Com isso, os autores demonstram não ser necessário elevar-se a vinculação prevista nos art. 926 e 927 ao mesmo status conferido às Súmulas Vinculantes do STF apenas com fito de garantir que haja uniformidade e coerência

¹⁹⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 248.

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1190.

nos tribunais, pois, para alcançar esse propósito, bastaria aplicar o que prescreve o art. 926: aplicar os princípios da coerência e integridade.¹⁹⁷

2.5 A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados

Um das interpretações admissíveis do inciso V do art. 927 trata de hipótese que bem poderia representar natural decorrência do art. 926, o que dispensaria a própria existência do mencionado inciso. No entanto, já que a redundância se fez presente, não custa trazer o alerta (também redundante) de Streck e Abboud, no sentido de que o dispositivo deverá ser interpretado conforme a Constituição, apenas para lembrarem de que tal vinculação prevista na referida legislação processual só teria cabimento quando a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados não tiver confrontado orientação tomada pelo STF.¹⁹⁸

No entanto, outra interpretação também pode ser conferida ao inciso em comento, que, por sua vez, englobaria a primeira hipótese e acrescentaria a vinculação à orientação das cortes superiores. Ela parte da premissa de que a vinculação se dá não apenas aos órgãos diretamente superiores, mas considera toda a pirâmide hierárquica, de modo que a vinculação vertical alcançaria as orientações firmadas pelo pleno do STF e pela Corte Especial do STJ. Para Buriel, esta última seria a interpretação mais adequada, pois confere relevo a uma verdadeira construção do sistema de precedentes obrigatórios, efetivando a garantia de segurança jurídica e figurando como elemento de caracterização do *stare decisis* brasileiro.¹⁹⁹

Apesar de a interpretação proposta pelo autor figurar como a mais adequada aos fins o objetivados pelo CPC/15, Buriel não olvida o fato de que a condução de algumas matérias à corte especial do STJ é obstaculizada uma vez que as turmas especializadas do referido órgão já possuem a mesma competência daquela.²⁰⁰ Com isso, as matérias que alcançariam status de orientação da corte especial acabam por ser decididas nas turmas especializadas, não se enquadrando à literalidade do inciso V. Nesse sentido, Buriel pondera que:

não há justificativa para limitar a atribuição de eficácia obrigatória aos precedentes da Corte Especial do STJ quando a imensa maioria das matérias será decidida com

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. pp. 1190-1191.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1206.

¹⁹⁹ MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 339.

²⁰⁰ MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 340.

ares de definitividade pelas Seções Especializadas, em detrimento da confiança legítima e dos direitos fundamentais dos jurisdicionados.²⁰¹

Sobre a mesma crítica, Ravi Peixoto acrescenta que não seria coerente conferir vinculação aos precedentes de tribunais inferiores sem atribuir a mesma qualidade às turmas e sessões dos tribunais superiores, sobretudo porque o entendimento das turmas do STJ devem prevalecer sobre posicionamento firmado em matéria infraconstitucional nos tribunais inferiores.²⁰²

De fato, a legislação processual vigente está para ser aplicada, mas não veio completa; não compreende todos os pormenores inerentes à complexa máquina judiciária. Para atuar em conformidade com a efetividade, o judiciário requer esforços que vão além da simples vontade de interpretar e aplicar um regramento processual. Nessa quadra, a atividade interpretativa deve tomar essas considerações, buscando não apenas aplicar um dispositivo legal, mas identificar qual norma dele poderá ser extraída em melhor conformidade com todo o sistema.

3. Das técnicas de aplicação e de superação dos precedentes judiciais

O fato é que, no momento de aplicação, cabe ao julgador realizar a interpretação do precedente judicial para saber se há identidade e/ou vinculação entre a decisão pretérita e a solução que deva ser dada ao caso superveniente. O julgador também deve identificar qual a origem do precedente para verificar se a vinculação se dará na forma horizontal – ou seja, quando a própria corte está vinculada a seus precedentes; ou vertical – quando os precedentes obrigam as instâncias hierarquicamente inferiores.

Taruffo levanta algumas peculiaridades no que se refere à aplicação dos precedentes judiciais. Vejamos, a seguir:

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre *os fatos* do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevalecentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso

²⁰¹ MACEDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 341.

²⁰² PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/15 - uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)**. Revista de Processo, v. 248, p. 331-354, 2015. p. 339.

posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – “cria” o precedente.²⁰³

Com isso, cumpre notar que a atividade de identificação e aplicação do precedente judicial baseia-se em uma análise dos fatos. Assim, após a referida análise é que o julgador identificará se a *ratio decidendi* que foi firmada no primeiro caso pode ser aplicada no segundo. Havendo alto grau de identidade entre ambos os casos, basta um precedente para a solução deles, o que não acontece quando os fatos confrontados possuem menor grau de identidade. Na última hipótese, a aplicação dos precedentes deve agregar técnicas que permitam a solução do caso em julgamento sem que seja necessário abandonar os mandamentos de estabilidade, integridade e coerência do sistema.

De fato, os precedentes não são decisões que, de pronto, foram formadas com o objetivo de servirem à solução de casos futuros. As decisões resolvem casos concretos e podem adquirir o *status* de precedentes, preenchidos os elementos consubstanciais. Tornar-se precedente é algo que acontece depois, a partir do caso superveniente. Afinal “precedentes não são feitos para decidir casos futuros”.²⁰⁴

Para Streck e Abboud, o precedente judicial terá dois níveis de análise:

em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida/seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos/similares. (...) há sim, uma diferença qualitativa que sempre exsurgirá a partir da *applicatio*.²⁰⁵

Isso porque o julgador pode identificar a necessidade de afastar a aplicação do precedente quando verificar que se tornou obsoleto ou inadequado, contanto que o faça cumprindo o já mencionado dever de fundamentação. Trata-se do fenômeno “superação” ou, na *common law*, do chamado “*overruling*”: técnica que permite a revogação do precedente quando constatado que há equívocos na sua construção ou que se tornou inadequado em virtude de mudanças sociais.

Quanto ao aspecto funcional do *overruling*, os autores Spriggs e Hansford apontam que é uma técnica de superação com a função de apontar as inclinações da justiça sobre

²⁰³ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. 20 jul. 2016. p. 1-15.

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1195.

²⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1198.

determinado precedente.²⁰⁶ A superação de um precedente consolidado deve ser fato raro, dada a grande relevância que o fenômeno possui no sistema. Isso porque, além de demonstrar uma nova percepção das cortes sobre a legislação e sobre as questões jurídicas integradas à decisão, representa um importante instrumento de mutação de perspectiva jurídica no âmbito jurisdicional.

Com efeito, a superação de um precedente projeta reflexos políticos e econômicos nas relações da sociedade, uma vez que, aos jurisdicionados, a atuação das cortes é importante referência acerca da previsibilidade e da segurança jurídica no ordenamento.

Streck e Abboud ponderam que não faz sentido falar-se de *overruling* no Brasil, pois não consideram haver sistema de precedentes pátrio, afirmação tal que este trabalho já rechaçou no primeiro capítulo, com todas as devidas vênias. No entanto, interessante é a solução mencionada pelos autores, que, por sua vez, consideram mais adequado falar-se em controle difuso de constitucionalidade²⁰⁷. Ocorre que tal solução não haveria de ter aplicabilidade com relação a todos os enunciados elevados ao patamar de precedente obrigatório nos termos do CPC/15, mas somente se aplicaria aos enunciados que já possuam *status* constitucional.

Com efeito, os mecanismos de controle de constitucionalidade limitam-se a conformar ou rechaçar enunciados em face de normas constitucionais; o que não se pode afirmar em relação aos precedentes obrigatórios nos moldes previstos no CPC/15, desprovidos desse *status*.

É possível, no entanto, que o caso a ser julgado se mostre distinto daquele descrito na decisão-precedente. Quando isso ocorre, esclarece René David:

Ser-lhe-á possível, com frequência, considerando as circunstâncias dos diversos casos, descobrir na lide que lhe foi submetida, um elemento particular que não existia, ou que não fora considerado nos casos precedentes e que, se não lhe permite descartar a regra precedentemente estabelecida, pelo menos lhe possibilita precisá-la, completá-la, reformulá-la, de maneira que dê ao litígio a solução “razoável” que ele quer. (...) Graças à técnica das distinções que lhes é própria, os juristas ingleses podem conviver com a regra do precedentes rígida em tese.²⁰⁸

Assim, quando o magistrado identificar que a questão a ser julgada tem elementos distintivos, ou os fatos alegados revelam que o direito não é o mesmo tratado na solução

²⁰⁶ SPRIGGS II, James F.; HANSFORD, Thomas G.. **Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent**. The Journal of Politics, Vol. 63, No. 4. Novembro de 2001, p. 1091-1111. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0022-3816%28200111%2963%3A4%3C1091%3AETOOUS%3E2.0.CO%3B2-0>. Acesso em: 03 de abr. 2015. p. 1092.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1207.

²⁰⁸ DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.14.

jurídica contida do precedente, é possível realizar um juízo comparativo entre os casos, diferenciando-os.

A técnica da “distinção” no *common law* equivale ao “*distinguishing*”. Sobre a técnica no âmbito daquela tradição, Jaldemiro Ataíde afirma que se trata de circunstância que revela a inadequação da aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento, por haver diversidade fática entre eles.²⁰⁹ A referida descrição aplica-se também ao direito brasileiro.

Há de se aplicar o *distinguishing* quando se verifica que o caso a ser julgado apresenta um afastamento de ordem fática com relação ao precedente. Na realidade, “há um ônus argumentativo para se demonstrar que existem particularidades do caso concreto que não permitem sua solução parametrizada pelo precedente”.²¹⁰ Isso porque, a existência de um fato diverso figura elemento distintivo entre os casos confrontados e deve gerar uma ramificação do entendimento firmado naquela decisão-precedente para melhor adequar a solução ao novo caso apresentado.

Vale ressaltar que nem toda particularidade tem o condão de significar o *distinguishing*, há de se ter em consideração o percurso interpretativo tomado pelo julgador que formou aquele precedente. Assim, cabe ao julgador realizar um juízo comparativo entre os fatos e apreciar também a interpretação que lhes foi dada, de modo que se possa, a partir disso, analisar o grau de vinculação à decisão pretérita ou operar o manejo da técnica da distinção.

Supondo que a formação de determinado precedente tenha se dado a partir alguns fatos relevantes, Peixoto anota que a técnica da distinção poderá ser usada tanto nos casos nos quais se verifica o acréscimo de um fato relevante, quanto naqueles em que se verifica a ausência de um fato relevante.²¹¹ Assim, o *distinguishing* é técnica que se pode aplicar para a formação de nova *ratio decidendi* ampliativa ou restritiva, conforme seja delineada pelos fatos que ensejaram a mencionada técnica.

Ademais, o julgador poderá também identificar que o caso em julgamento não se adéqua ao precedente ou que estaria ultrapassado em relação àquele, mas entende que ainda

²⁰⁹ ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Lisboa: Editorial Juruá, 2012. p. 90.

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1207.

²¹¹ Ravi menciona um exemplo que bem ilustra tal necessidade de interpretação dos fatos para além de mero juízo comparativo: a decisão firmada que proíbe uma pessoa de entrar em um recinto com um cachorro não poderia incidir sobre a circunstância fática de uma pessoa com deficiência visual ter acesso ao mesmo recinto acompanhada de seu cão-guia. PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/15 - uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*)**. Revista de Processo, v. 248, p. 331-354, 2015. p. 342.

não há maturidade para realizar o *overruling* ou o *distinguishing*. É, portanto, através da técnica da *sinalização* (*signaling*) que o tribunal aponta um equívoco no precedente ou indica que este não deve ser observado, mas não o revoga. Por motivos de segurança jurídica, o tribunal prefere apontar que este entendimento vai perder a consistência paulatinamente e sofrerá uma futura revogação.²¹² O *signaling* seria uma técnica de superação prévia ao *overruling*, visto que – neste caso – as cortes mandam os sinais de que aquele entendimento não perdurará por muito tempo.

Também há a técnica “transformação”, chamada de *transformation* no *common law*. Esta técnica viabiliza a compatibilização da solução do caso em julgamento ao precedente, transformando-o ou reconstruindo-o sem declarar o *overruling* ou o *distinguishing*, mas conferindo relevância aos elementos de fato que não haviam sido considerados anteriormente. Marinoni expõe que “mediante a *transformation*, a corte nega o conteúdo do precedente, mas deixa de expressar isso formalmente através do *overruling*”.²¹³

Já na técnica *overriding* a Corte limita ou restringe a incidência do precedente, de modo similar a uma revogação parcial.²¹⁴ Esse último pode ser classificado como um caso especial de desvinculação da decisão pretérita. Contudo, a técnica do *overriding* não significa revogação, pois reafirma as razões do precedente. Ou seja, a técnica em análise não pretende apontar o erro na construção da *ratio decidendi*, mas assume um novo tratamento, uma nova perspectiva na aplicação daquele mesmo precedente. Trata-se, portanto, de uma nova interpretação para as mesmas razões.

As técnicas apresentadas têm permitido a flexibilização do sistema de precedentes sem afastar o caráter vinculativo imposto pela doutrina do *stare decisis*. Dessa forma, confere-se o dinamismo merecido ao *common law* sem macular a segurança jurídica buscada em qualquer ordenamento de estado de direito.

Ressalte-se que os conceitos aqui expostos referem-se à aplicação das técnicas de superação importadas dos sistemas de tradição *common law*. Não olvidemos, portanto, que no Brasil, a doutrina só amadurecerá na medida em que a construção do sistema de precedentes também evoluir; o que só será possível identificar após maturação da vigência do CPC/15.

O fato de que os precedentes sofrem mutações ao longo dos anos não significa que estes eram equivocados ou que não pudessem ser identificados como fonte do direito.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 335.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 343.

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 347.

Significa, porém, que a sociedade, sob novas condições, influências e perspectivas, também sofreu mutações, exigindo, para além de uma nova interpretação, uma alteração significativa no cerne do precedente. Talvez essa seja uma das características de grande relevância dos julgados: eles denotam a realidade jurídico-social vivenciada no país em determinado momento histórico e possuem o condão de se adequar às novas condições fáticas.

É relevante perceber que as técnicas da distinção e superação são previstas no CPC/15 com certa timidez, o que não pode, de modo algum, ofuscar a relevância de ambas para a sistematização do respeito aos precedentes judiciais.

O diploma processual usa a expressão “superação do entendimento” apenas no art. 489, §1º, VI, dispositivo que também fala da distinção, conferindo a ambas as técnicas aptidão para justificar a desvinculação do julgador ao precedente invocado pela parte. Nesses casos, o legislador previu que qualquer decisão judicial não será considerada fundamentada se tiver deixado de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem que tenha demonstrado a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Mais adiante, no §5º do art. 966, o código novamente dá voz à técnica da distinção, quando prevê cabimento da ação rescisória contra decisão que, ao se basear em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. Já no §6º do mesmo art. A técnica da distinção ganha outro relevo, pois figura como ônus da parte que pretenda ajuizar a ação rescisória com fundamento no §5º.

O CPC/15 refere-se também à técnica da distinção no âmbito do processamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Lá no art. 1.037, §9º, a parte, se pretender dar prosseguimento ao seu processo, suspenso pela afetação, novamente deve suportar o ônus de demonstrar a distinção. Desta vez a técnica incide entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado.

Por fim, é de se notar que falar em formação e/ou aplicação do precedente judicial é versar sobre a atividade decisória, sendo relevante a observância dos arts. 10, 11 e 489, caput, II, §1º e incisos, todos do CPC/15. Nesse sentido, julgador não pode olvidar que a vedação à decisão surpresa (o contraditório qualificado), a publicidade dos julgamentos e os fundamentos de fato e de direito são relevantes atributos em um sistema de precedentes que pretenda se conformar à garantia de segurança jurídica e aos princípios norteadores encartados no art. 926, quais sejam: estabilidade, integridade e coerência.

Diante do exposto, é possível vislumbrar, ainda que superficialmente, o contexto em que será inserido o sistema de precedentes no Brasil. Ainda clamando por várias adaptações, questionamentos e reconsiderações.

CAPÍTULO 3 – Das tutelas provisórias no regime jurídico brasileiro.

1. Delimitações conceituais do vocábulo “tutela jurisdicional”

A tutela jurisdicional pode se estruturar sob três modalidades básicas: de cognição ou conhecimento; de execução; e de assecuração ou cautelar.²¹⁵ É relevante, portanto, esclarecermos o conceito de tutela jurisdicional para que possamos discorrer sobre as técnicas disponíveis ao operador do direito na atividade de solução das questões jurídicas a ele apresentadas.

Inicialmente, considerando como ponto de vista o fim perseguido pelo deslinde processual, Fazzalari se baseia na premissa de que a tutela jurisdicional tem por objeto o direito subjetivo. Nesse sentido, o autor afirma que o processo civil é institucionalmente endereçado a tal tutela do direito subjetivo, ainda que, em alguns casos, aconteça de a demanda chegar ao final sem que atinja esse resultado.²¹⁶

Embora as delimitações conceituais não tenham adquirido uniformidade na doutrina, é importante destacar a tradicional lição de Cândido Rangel Dinamarco, que afirma:

Tutela jurisdicional não é mero exercício da jurisdição, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto do poder de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável.²¹⁷

Dinamarco acrescenta a distinção entre tutela jurisdicional e jurisdição. Ele afirma que esta última nada mais é que o serviço realizado pelos juízes no exercício da função jurisdicional; enquanto aquela é o resultado do processo em que essa função se exerce para além do mero provimento jurisdicional.²¹⁸ A tutela jurisdicional, portanto, é o amparo estatal em torno da proteção dos direitos e dos valores do homem.

Já Roberto P. Campos Gouveia Filho toma a noção de tutela jurisdicional sob a perspectiva quinária das eficácias sentenciasais²¹⁹. Nessa toada, o autor esclarece que são

²¹⁵ “A jurisdição não se limita à operação de subsunção do conflito à regra abstrata reguladora do conflito. Anota-se em sede doutrinário-histórica que a jurisdição compreendia cinco elementos, a saber: *notio, vocatio, coertitio, iudicium e executio*.” FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 5-6.

²¹⁶ “Por exemplo, o juiz declara que o direito não subsiste; ou, antes, que ele não é competente; ou porque o direito controverso não é objeto do processo.” FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. pp. 156-157.

²¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo II. 5. ed. rev., atual. Tradução de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. p. 797.

²¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo II. 5. ed. rev., atual. Tradução de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 811

²¹⁹ Embora não seja possível verticalizar a temática sobre a classificação das ações, é relevante transcrever um trecho esclarecedor no qual Watanabe também reflete sobre a doutrina de Pontes de Miranda no que se refere às eficácias das ações. Vejamos: “Pontes de Miranda classifica as ações segundo a carga de eficácia. Leva e conta a

possíveis as eficácias declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva, mas acrescenta que:

Embora tenham a ver com o direito material (especialmente se se adotar a ideia de que a materialidade do direito está no fato de ser ele objeto de um processo jurisdicional), constituem – por força do monopólio estatal – objeto do dever do Estado-juiz: quem declara, constitui, condena, manda e executa é ele.²²⁰

Para Gouveia Filho, “prestar tutela jurisdicional, portanto, é, antes de tudo, constatar a ocorrência (ou inoocorrência) de algo.”²²¹ É que o autor, acertadamente, toma por premissa o fato de que as eficácias sentencias são a expressão da tutela jurisdicional, de modo que se teria atrelado à ideia de prestação jurisdicional o dever do Estado-juiz de constatar algo.

Trata-se de noção da tutela jurisdicional com a qual concordamos. O autor teve o cuidado de delimitar o ponto sobre o qual se debruçou, ciente de que o instituto não se limita a esse aspecto. Cuidaremos, então, da análise do tema sob outras perspectivas, pois o conceito de tutela jurisdicional não se limita ao fato de que ela carrega o conteúdo eficaz das sentenças. Há outras características a serem consideradas.

Também sob uma perspectiva analítica, Flávio Luiz Yarshell apresenta, inicialmente, um conceito tradicional de tutela jurisdicional, sendo aquela que “se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do vencedor”. Nesse sentido, produzia-se a afirmação de que a tutela jurisdicional seria aquela prestada em favor de quem tem razão, ou seja, de quem está respaldado no plano material do ordenamento²²². Mas o autor não para por aí.

Yarshell observa que enquadrar a tutela jurisdicional apenas naqueles provimentos de mérito pressuporia a afirmação de que ela equivaleria à tutela dos direitos. Essa reflexão motiva o autor a levantar alguns questionamentos que merecem destaque. Ele propõe que se

preponderância de uma das cinco pretensões de direito material, a cuja tutela são criados os remédios técnicos processuais. Tais pretensões são de condenação, de declaração, de constituição, de execução e de mandamento. Por esse critério, cria uma classificação quinária: ações de condenação, de declaração, de constituição, de execução e de mandamento. Não despreza, porém, o estudo da cognição e as executivas, e cada uma delas com subclasses, correspondendo aquelas à pretensão à sentença ou conhecimento pelo juiz, e estas, à pretensão à execução.” O autor alerta, ainda que Ovídio também segue a classificação de Pontes. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 28.

²²⁰ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Uma crítica analítica à ideia de relação processual entre as partes**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBD-Pro, Edição n. 93 (janeiro/março de 2016). Fórum. 2016.

²²¹ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Uma crítica analítica à ideia de relação processual entre as partes**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBD-Pro, Edição n. 93 (janeiro/março de 2016). Fórum. 2016.

²²² YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 28. De outra banda, sob o ponto de vista do fim perseguido pelo deslinde processual, vejamos que Fazzalari baseia-se na premissa de que a tutela jurisdicional tem por objeto o direito subjetivo. Nesse sentido, o Fazzalari afirma que “à tal tutela do direito subjetivo o processo civil é institucionalmente endereçado, ainda que, no concreto, ele possa concluir-se sem atingir o resultado.”

reconheça a tutela dos direitos como fenômeno situado originariamente no plano substancial do ordenamento, pois é mais amplo que a tutela jurisdicional que se referia apenas àquele que tem razão. Assim, o autor se refere à tutela jurisdicional em sentido amplo como:

conceito intimamente relacionado com a própria efetividade do ordenamento jurídico e seu exame conduz necessariamente à reflexão acerca dos meios de tutela predispostos pelo sistema, para as hipóteses de violação. (...) Pode ela ocorrer dentro ou fora do processo, isto é, mediante intervenção estatal – pelo exercício da jurisdição – ou não. Daí falar-se, nessa segunda hipótese, em tutela jurisdicional dos direitos, isto é, a tutela de direitos mediante o exercício da jurisdição.²²³

A reflexão do autor nos conduz a perceber que incorreríamos em erro se delimitássemos o conceito de tutela jurisdicional àquele compreendido no provimento jurisdicional apenas de quem tem razão. Ou seja, é equivocado vincular o conceito de tutela jurisdicional ao resultado favorável destinado ao vencedor, pois a tratativa do conflito em sede jurisdicional aproveita a todas as partes envolvidas. Com isso, vale a nota do autor, que afirma:

É inegável que esse “resultado” – que direta ou indiretamente advém do provimento final – é proveitoso tanto ao vencedor, quanto ao vencido. Vale dizer: a superação da controvérsia, e mesmo a estabilidade do regramento imposto pelo provimento estatal, significam formas de tutela também para o vencido.²²⁴

Ora, a proteção jurisdicional também alcança o vencido, sobretudo por resultar na promoção da segurança jurídica, garantia constitucional que não se confunde com o resultado vitorioso em âmbito processual. Nesse sentido, a própria solução dada à relação jurídica material é de per se uma tutela jurisdicional, que pode, assim, dizer-se prestada tanto ao vencedor quanto ao vencido.

Em sentido diverso, no entanto, podemos apontar a doutrina Marcos Destefenni, para quem a tutela abrange o provimento almejado e devido à parte que possui razão na esfera do direito material. Sob a perspectiva deste autor, o cerne do conceito de tutela jurisdicional está no concreto resultado oferecido pelo processo ao jurisdicionado que demonstrou, em juízo, ser o titular do direito postulado.²²⁵

Para Alexandre Freire Pimentel e Sérgio Torres Teixeira, a tutela jurisdicional também “representa a espécie de provimento judicial aplicado em cada caso concreto com o escopo de solucionar o conflito de interesses que ensejou a propositura da demanda”. Os autores partem da doutrina de Pontes de Miranda para afirmarem que “a delimitação da tutela, que permite a

²²³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.p. 29.

²²⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.p. 35.

²²⁵ DESTEFENNI, Marcos. **Natureza Constitucional da Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2002. p. 146.

caracterização da espécie de ação utilizada pelo autor, pressupõe a procedência do pedido”. No entanto os autores não negam o fato de que a tutela jurisdicional não se limita ao resultado, mas também traduz os meios para alcançá-lo.²²⁶

Por fim, há de se acrescentar a contribuição de José Joaquim Calmon de Passos, que faz distinção entre tutela jurisdicional e tutela jurídica, sendo esta a salvaguarda definida pelo direito posto (para ele, leis e dispositivos normativos) e aquela a aplicação do direito posto em um processo jurisdicional.²²⁷ Para o autor, então, a tutela jurisdicional é apenas um “dizer” sobre a tutela jurídica. Distinção essa que, adiantamos, não merece prosperar.

A distinção proposta por Calmon de Passos não se adequa à atual percepção que se tem acerca da atividade jurisdicional pelo fato de que o ato decisório jurisdicional também pode ser atividade criativa do direito, como já restou assentado neste trabalho. Com isso, por muitas vezes a tutela jurisdicional pode corresponder ao que ele chama de “direito posto”, ou seja, ela pode carregar as mesmas características das leis e dos dispositivos normativos que não tenham origem jurisdicional.

Por tudo isso é que nos firmamos ao lado de Yarshell, no sentido de que a tutela jurisdicional, para além do provimento de mérito conferido a quem tiver razão, consubstancia-se também nos meios de proteção dos direitos, servindo à solução do litígio, o que aproveita ao vencedor, ao perdedor e também às partes que compuseram suas pretensões.

2. A cognição processual como instrumento da segurança jurídica

Neste trabalho se levantou a tradicional concepção de que a tutela jurisdicional se apresenta enquanto ato de cognição ou de conhecimento; de execução; e ainda de asseguarção ou cautelar.²²⁸ Todavia, é por meio da cognição que o julgador verifica o caminho mais adequado ao exercício dos demais atos de tutela jurisdicional, até que se alcance a solução do caso concreto.

²²⁶ PIMENTEL, Alexandre Freire; TEIXEIRA, Sergio Torres. **Distinções conceituais entre: direito subjetivo, facultas agendi, pretensão, tutela jurisdicional e ação.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6480&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov. de 2016.

²²⁷ “No processo jurisdicional este momento de aplicação do direito posto, no tocante ao que é objeto do conflito, constitui o que denominamos tutela jurisdicional. Teoricamente, ela deve ser a atualização, no caso concreto, daquela tutela jurídica que o direito posto instituiu.” CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Teoria geral dos procedimentos especiais.** In: Farias, Cristiano Chaves de; Didier Jr., Fredie (coords.). *Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante.* São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 4.

²²⁸ Já mencionamos, mas por apreço didático, lembramos que autores como Kazuo Watanabe e Ovidio Baptista cuidam do tema fazendo referência à teoria quinquária das eficácias sentenciasais, a qual tratamos em nota de rodapé do tópico anterior.

É de se observar, então, que a própria classificação em razão da natureza da ação perpassa também pela natureza da cognição nela apreciada²²⁹. Sobre a temática da cognição processual, Kazuo Watanabe a considera “uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada.”²³⁰

No mesmo sentido, Didier destaca o fato de que a cognição tem importante papel metodológico no estudo do processo contemporâneo, pois “basta ver que a própria noção que se tem de cada tipo de processo (conhecimento ou execução) estrutura-se a partir do grau de cognição judicial que se estabelece em cada um deles”.²³¹ Com isso, a natureza da técnica cognitiva usada tem íntima ligação com a natureza do processo judicial.

Na Lição de Watanabe, o conceito de cognição²³² pode ser tomado em seu caráter prevalentemente lógico, bem delineado pelo autor como um ato de inteligência. Ele esclarece que o ato de cognição consiste em “considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo”.²³³

Assim, ainda sob a perspectiva da doutrina da Watanabe, tem-se um esquema silogístico, colocando-se a regra jurídica abstrata como premissa maior, ao passo que os fatos representariam a premissa menor e o provimento do juiz seria a conclusão. Com isso, “a cognição abrangeria a premissa maior e a premissa menor, sendo assim um mecanismo preparador da conclusão última, vale dizer, do provimento do juiz”²³⁴.

Em sentido similar está a doutrina de Câmara, para quem a cognição é vista como técnica utilizada pelo juiz para formar juízos de valor a fim de decidir as questões suscitadas no processo.²³⁵

Por tudo isso, tem-se que a cognição processual viabiliza a solução das questões que o caso concreto oferece ao julgador. Nesse sentido, elas podem significar “qualquer ponto de

²²⁹ nesse sentido observa Watanabe, WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 27.

²³⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 26.

²³¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador, JusPodivm, v. 1, 2015. p. 439.

²³² No que se refere propriamente ao significado de *cognitio*, no âmbito do direito romano, Watanabe traz várias conotações que toma das lições de Biondo Biondi, das mais relevantes, destacamos duas: “*cognitio e cognoscere* indicam fundamentalmente, “em harmonia com seu significado ordinário, a percepção e o acerto dos fatos e sua relevância jurídica, como premissa de um provimento que alguém é solicitado a emitir” WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, pp. 37-38.

²³³ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 41

²³⁴ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 42.

²³⁵ Nos termos do autor: “cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris: 2009, pp. 263-264.

fato ou de direito controvertido, de que dependa o pronunciamento judicial”²³⁶ ou podem se referir à parte equivalente ao mérito, ou, noutros termos, à “questão principal do processo, o seu objeto litigioso”.²³⁷

A doutrina de Watanabe²³⁸ se debruça sobre a temática da cognição sobre o prisma horizontal e sobre o prisma vertical. É importante esclarecer que uma perspectiva da cognição não anula a outra: o fenômeno é bidimensional.

Assim, a natureza da cognição processual sob o plano horizontal refere-se à amplitude das questões que podem ser objeto de valoração no âmbito jurisdicional. Neste plano, a cognição pode ser plena ou parcial. Diz-se plena quando não houver limitação quanto ao que o juiz pode conhecer. De outro lado, diz-se parcial, ou limitada, quando houver limitação do que o juiz pode conhecer.²³⁹

Sobre o tema, Proto Pisani elenca algumas peculiaridades da técnica processual que busca a cognição plena. Para ele, caracteriza-se, em geral, pela predeterminação legal das formas e dos termos, bem como pelos poderes, deveres e faculdades processuais conferidos às partes e ao juiz. Para o autor, a técnica de cognição processual plena compreende, em especial:

- 1) las alegaciones en la demanda, excepciones y hechos que constituyen su fundamento; 2) por la tipicidad de los medios de prueba preconstituidos o que se vayan a constituir, por la predeterminación de las modalidades de asunción de las pruebas dentro del proceso y de los sujetos a iniciativa de los cuales las pruebas pueden ser adquiridas en el juicio.²⁴⁰

De outra banda, a cognição processual também pode ser analisada sob o plano vertical, revelando a forma pela qual as questões serão conhecidas pelo julgador. A cognição aferida no plano vertical diz respeito à completude do exame das questões apresentadas ao juízo.²⁴¹ Sob o plano vertical, a cognição processual pode ser sumária (superficial) ou exauriente (profunda).²⁴²

²³⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador, JusPodivm, v. 1, 2015. p. 440.

²³⁷ Nesse sentido, Didier acrescenta a relevante distinção: “há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (*cognitio*); em relação às últimas, haverá também julgamento. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*) ou objeto da declaração.” DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador, JusPodivm, v. 1, 2015. p. 440.

²³⁸ Importante frisar que a construção teórica de Watanabe serviu de base para muitos dos autores que tratam do tema, tal como os já citados Câmara e Didier.

²³⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador, JusPodivm, v. 1, 2015. p. 453.

²⁴⁰ PISANI, Andrea Proto. **La tutela jurisdiccional**. Perú: Palestra Editores, 2014. p. 324.

²⁴¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador, JusPodivm, v. 1, 2015. p. 453.

²⁴² Sobre a cognição exauriente, Zavascki alerta: “não é sinônimo de cognição ilimitada, ou de cognição própria do procedimento comum ordinário. É, isto sim, cognição formada à base dos meios de contraditório e de defesa

É relevante a distinção entre cognição sumária e exauriente, pois diz respeito à verticalidade dos atos de valoração do julgador acerca das alegações trazidas ao processo. No entanto, se reunirmos a projeção dos dois planos de perspectiva da cognição - horizontal e vertical – é possível estabelecermos combinações, das quais destacaremos algumas: a cognição pode ser, sob a perspectiva horizontal, plena e, sob a perspectiva vertical, exauriente; sob a perspectiva horizontal, parcial, e, sob a perspectiva vertical, exauriente; sob a perspectiva horizontal, plena e, sob a perspectiva vertical, sumária; pode ser ainda, sob a perspectiva horizontal, parcial e, sob a perspectiva vertical, sumária.

Essa perspectiva analítica nos permite observar que a relação entre a sumariedade e a exauriência da cognição nem sempre resultará na qualificação do procedimento e da tutela concedida. No entanto, deixaremos essa reflexão para o tópico no qual trataremos sobre distinção entre as tutelas definitivas e provisórias.

Por ora, importa considerar que a cognição processual é instrumento de grande relevo à consecução da segurança jurídica, garantia constitucional que pode ser extraída do art. 5º da CF/88, sobre a qual versará o segundo ponto a ser desenvolvido neste tópico. Vejamos.

Do art. 5º da CF/88 emanam várias das bases principiológicas do processo civil, servindo, assim, aos litigantes que dele necessitem. Desde o acesso à justiça (inc. XXXV) à garantia da segurança jurídica fruto da coisa julgada (inc. XXXVI); perpassando pelo aclamado devido processo legal (inc. LIV), que, por sua vez, está acompanhado do dever de fundamentação, do contraditório e da ampla defesa (inc. LV). O conteúdo é vasto e relevante, mas este tópico cuida apenas de duas das projeções constitucionais sobre o direito processual, pois são aquelas que mais interessam ao presente trabalho: 1) a conexão que se estabeleceu entre a implícita garantia constitucional da segurança jurídica e o grau de cognição adquirido no âmbito processual; e, em seguida, 2) a indispensável correlação entre o tempo e a efetividade da tutela jurisdicional. Vejamos, então.

Sob a perspectiva de que a segurança jurídica vincula-se ao instituto da coisa julgada, impõe esclarecermos alguns pontos acerca desta última, para, em seguida, cuidarmos da garantia constitucional que nela está implícita.

Precipualemente, há de se assentar: coisa julgada é um fato, não um efeito jurídico, pois se refere ao estado da decisão passada em julgado²⁴³. Outra coisa, então, é a eficácia da coisa julgada, que pode se manifestar enquanto coisa julgada formal ou coisa julgada material.

A coisa julgada formal é o estado de indiscutibilidade da decisão e se identifica com a impossibilidade de manejo de atos endoprocessuais que objetivem a alteração do conteúdo decisório. Tem-se coisa julgada formal quando a decisão se torna indiscutível no âmbito do processo no qual foi proferida.²⁴⁴

Por sua vez, a coisa julgada material projeta a indiscutibilidade para além dos limites da relação jurídica apreciada no processo. Confere imutabilidade aos efeitos da declaração²⁴⁵ inserida na decisão de mérito que transitou em julgado²⁴⁶. Por ser indiscutível (em razão de se ter operado a coisa julgada formal), torna-se imutável. Os efeitos da coisa julgada material têm amplitude extraprocessual, de modo que se opera a indiscutibilidade da decisão para além do processo no qual foi proferida.

É relevante acrescentar que a cognição exauriente a qual nos referimos no início deste tópico é considerada pressuposto para formação da coisa julgada. Desse modo, tradicionalmente, tinha-se a ideia de que a cognição exauriente, somada à formação da coisa julgada, revelaria uma perfeita equação, resultando no estado de segurança jurídica. Ocorre que esta aparente garantia nem sempre revela a melhor solução do caso concreto. É cediço concordar que a busca pela cognição exauriente pode demandar exagerado desperdício de tempo, prejudicando a tutela do bem jurídico entregue ao judiciário. No entanto, como ficaria o estado de segurança jurídica?

²⁴³ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. II. p. 278.

²⁴⁴ Interessa aos fins didáticos propostos neste ensaio a lição que bem se pode extrair da doutrina de Pontes de Miranda, o qual há muito alertou sobre a distinção entre a coisa julgada (formal) e a coisa julgada material, *in verbis*: “A imutabilidade que caracteriza a coisa julgada material é efeito atribuído à coisa julgada. A imutabilidade da sentença como ato de prestação da tutela jurídica que o Estado prometera e cumpriu é a coisa julgada, dita por isso formal. A coisa julgada material é a eficácia da coisa julgada consistente em não se poderem mudar seus efeitos.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de processo civil. t. V** Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 108.

²⁴⁵ Nesse sentido, afirma Ovídio: “A pretensa imutabilidade dos “efeitos” da sentença outra coisa não é senão o que a doutrina clássica denomina “eficácia preclusiva” da coisa julgada, formada sobre a declaração contida na sentença. Certamente os efeitos serão sempre intocáveis porque o segundo juiz que os modificar, haverá de fundamentar a sentença numa nova declaração inversa àquela coberta pela coisa julgada.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Coisa julgada relativa?** In: *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 278.

²⁴⁶ Em sentido convergente: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. t. V, p. 123; ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 523.

O estado de segurança, antes de tudo, é um fato, pois dotado de concretude.²⁴⁷ Simbolicamente, para Carlos Aurélio Mota de Souza,²⁴⁸ a segurança jurídica é como uma estrada “legalmente” sinalizada, na qual o transeunte faz uso das marcações, da iluminação, e das limitações para mirar, com tranquilidade, o seu destino. Percebe-se, então, que não basta uma direção. Para se dizer que há segurança jurídica, aquele que caminha pela estrada deve se munir da certeza de estar no caminho certo, usando de critérios objetivos; ou, no âmbito jurídico, critérios normativos.

Nesse sentido, enquanto fato,²⁴⁹ a segurança jurídica é constituída, primeiramente, pelo elemento da previsibilidade, na qual os sujeitos de direito percebem as possíveis causas e consequências das relações sociais. Mas outro elemento também constitui o aludido princípio: a estabilidade, situação na qual será possível aferir diferentes graus de satisfação. Assim, na medida em que aumenta ou diminui a densidade da estabilidade, por consequência, tem-se maior ou menor o grau de segurança jurídica.

De outro lado, enquanto valor, a garantia da segurança jurídica assume a função de direcionar a atividade criativa do direito. Saliente-se que, neste ponto, entende-se por atividade “criativa” não só aquela que nasce no legislativo, mas também aquela que é fruto da atividade jurisdicional. Nesta última, veremos que o grau da cognição adquirida pelo juízo acerca dos elementos abarcados na demanda figurava como um importante instrumento à consecução da segurança jurídica, vinculação que tem sido superada nos últimos anos, como veremos a seguir.

Miguel Reale aborda a perspectiva subjetiva que o tema carrega, de modo que a segurança remete à ideia de sentimento, sendo, para ele, “atitude psicológica dos sujeitos perante o complexo de regras estabelecidas como expressão genérica e objetiva da segurança mesma”.²⁵⁰

Nesse sentido, seja sob os aspectos objetivo ou subjetivo, é comum que se estabeleça certa contraposição entre a cognição sumária e o estado de segurança jurídica. Sobre o tema,

²⁴⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996. p. 25.

²⁴⁸ “então, alguém que caminhasse à noite contaria com elementos objetivos para lhe dar segurança: o concreto do solo, as defensas laterais, as lanternas reflexivas, as linhas brancas da divisão da pista e das bordas; seguindo tais indicações, pode “pre-ver” que chegará a seu destino, pois elas valem, têm valor normativo, dão, portanto, segurança. A estrada sinalizada não será uma incógnita e interiormente saberá se guiar por ela. Sabe que, observando os sinais (positivos ou permissivos), nada lhe ocorrerá; mas se desatender às indicações (negativas ou proibitivas), poderá sofrer ou causar dano a ser responsabilizado por seus atos.” SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996. p. 26.

²⁴⁹ Essa abordagem parte da teoria tridimensional de Miguel Reale e é também proposta por Ravi Peixoto, circunstância em que o autor direciona seu trabalho à análise do aspecto normativo da segurança jurídica. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 47.

²⁵⁰ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 86.

Arruda Alvim bem esclarece que, ao tempo do liberalismo, a valorização desta última imperava sobre aquela com o propósito de que a realização prática do direito – ou a execução – só pudesse ser realizada após o término da cognição. Nessa ambiência, também ganhou relevância o instituto da coisa julgada, sendo esta última considerada condicionante para que se pudesse, em regra, proceder com a execução do direito.

Desse modo, era praticamente inconcebível a produção de efeitos jurídicos satisfativos, *i.e.*, ingresso no patrimônio do demandado, no âmbito do processo de execução, antes do trânsito em julgado, porque só a partir da coisa julgada havia certeza do direito²⁵¹.

Zavascki observa a referida correlação com a coisa julgada considerando que a cognição exauriente é promovida pela execução do contraditório e da ampla defesa. Assim, o autor afirma que:

Formado o juízo em processo em que as partes tiveram oportunidade de exercer o direito à cognição exauriente, a tutela jurisdicional que daí decorre assumirá caráter definitivo em relação ao seu postulante e à parte em face da qual foi postulada. Essa, pois, a segunda característica, a ser salientada, da tutela jurisdicional padrão prometida pelo Estado: a sua imutabilidade.

Por tudo isso, era comum a preferência pela prestação da tutela definitiva, porquanto também se visava a segurança jurídica por sua vez garantida pela coisa julgada.

No entanto, é de se perceber que a prestação da tutela definitiva não se dá instantaneamente, sendo necessário reconhecer que, “entre o pedido e a entrega efetiva – período durante o qual se exercerão o contraditório e a ampla defesa – decorrerá, necessariamente, um razoável espaço de tempo, por mais sumário que seja o rito procedimental e por mais eficiente que sejam os serviços judiciários”.²⁵² É certo que os pressupostos necessários à atribuição da definitividade da tutela jurisdicional nem sempre revelam a solução mais efetiva ao jurisdicionado, pois – por muitas vezes – provoca dilações indesejadas, sendo prejudicial à proteção do direito pleiteado.

Com efeito, a gestão do tempo no deslinde processual, como afirma Didier-Braga-Alexandria de Oliveira, tem atormentado o processualista contemporâneo, porquanto seja perene a necessidade de se manter olhos fixos na:

i) demora irrazoável, o abuso do tempo, pois um processo demasiadamente lento pode colocar em risco a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo em casos de urgência; e na ii) razoabilidade da escolha de quem arcará com ônus do passar do

²⁵¹ ALVIM, Arruda. *A evolução do direito e a tutela de urgência*. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

²⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 25.

tempo necessário para concessão de tutela definitiva, tutelando-se provisoriamente aquele cujo direito se encontre em estado de evidência.”²⁵³

O fato é que, por vezes, há imperativos da justiça que impedem o alcance da cognição exauriente em tempo hábil à solução efetiva do litígio, sendo necessário sopesar as estratégias disponíveis para que seja possível obter a prestação jurisdicional com efetividade. Nesse sentido, Luiz Fux afirma que:

Em regra, nas hipóteses em que o juízo provê sob urgência, sumariza-se a cognição para compatibilizá-la com as necessidades da causa. O exame vertical impediria ao juízo de atender ao postulado da “celeridade”. Essa cognição sumária pode ser *initio litis*, passível de ser confirmada ou reformada ao final do processo.²⁵⁴

Sob essa perspectiva – em que a demora do processo é elemento de potencial dano às partes –, Marinoni bem aponta que “se o processo é um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não a tem, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela”. Além disso, ao considerarmos que a espera de uma das partes, seja pela concessão ou pela revogação da medida de urgência, pode causar prejuízos imensuráveis. Assim, promover a tutela de forma antecipada, afirma o autor, “nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo”.²⁵⁵

3. Do manejo do tempo no processo e das técnicas que viabilizam a sumarização do procedimento e da cognição processual

Para o adequado manejo do tempo no processo, há de se contar com a importante função das técnicas que viabilizam tanto a sumarização do procedimento quanto a sumarização da cognição processual.

Nesse passo, Humberto Theodoro Jr. anota que entre a interposição da demanda e a providência satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo) medeia necessariamente certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto.²⁵⁶ Cumpre observar que a atuação jurisdicional e os

²⁵³ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Tutela provisória de evidência**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 415.

²⁵⁴ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 7-8.

²⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória e Julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda, 5. ed. rev., atual. e ampl. da obra Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.23.

²⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 349.

mecanismos e instrumentos a serem usados pelo magistrado ou pelas partes são responsáveis pela adequação do caso concreto ao procedimento escolhido.

Nesse sentido, Ovídio aponta, e não se pode negar que “o tempo é ineliminável do processo. Mas tempo é fundamentalmente um custo que deve ser suportado pelas pessoas que demandam a prestação de tutela jurisdicional.”²⁵⁷ Ressalvado pelo autor o fato de que o referido custo temporal deve ter medida suficiente para não sobrecarregar apenas um dos litigantes, contando em favor do outro.

É de se agregar também a acertada reflexão de Bedaque, ao afirmar, ao tempo do CPC/73, que a eficiência da justiça civil encontra amparo constitucional na efetividade da tutela jurisdicional, pois constitui elemento essencial do Estado de Direito. O autor acrescenta que a ideia de efetividade como garantia fundamental do processo pode ser extraída dos princípios constitucionais que, por sua vez, fundamentam o próprio sistema processual brasileiro.²⁵⁸

Ratificando o respeito às garantias constitucionais, vem o CPC/15 ressaltar o compromisso com o tempo razoável do processo e com a efetividade, que podem ser extraídos do princípio da cooperação insculpido no art. 6º, ao prever o dever de todos os sujeitos do processo cooperarem entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Ademais, como bem expressa seu art. 8º, o diploma de 2015 também se firma de mãos dadas com a eficiência, elencado entre os deveres do juiz ao aplicar o ordenamento jurídico.

Como visto nos tópicos precedentes, no âmbito das tutelas provisórias, a cognição processual é considerada um importante critério de classificação, uma vez que o grau de conhecimento do juízo sobre a demanda costuma ser o responsável pela identificação da natureza das tutelas jurisdicionais. Ainda que, como já se disse, não represente critério absoluto, com efeito, o pressuposto da sumariedade da cognição, por exemplo, é comumente atrelado à técnica de antecipação de tutela.

Compartilha dessa linha o autor Zavascki, para quem a cognição sumária serve de base à chamada tutela provisória, por sua vez, oposto da tutela definitiva, que, como dito, seria fundada em cognição exauriente.²⁵⁹ Ele acrescenta que:

Se a cognição exauriente presta-se à busca de juízos de certeza, de convicção, eis que o valor por ela privilegiado é o da segurança jurídica, a cognição sumária,

²⁵⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Processo de conhecimento e procedimentos especiais**. Revista dos Tribunais, vol. 692/1993, p. 40-47, jun/1993.

²⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 75

²⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 30-31.

própria da tutela provisória, dá ensejo a juízos de probabilidade, de verossimilhança, de aparência, de *fumus boni iuris*, mais apropriados à salvaguarda da prestação necessária a garantia de *efetividade* da tutela.²⁶⁰

Por ora é relevante observar que o paralelo traçado entre a tutela fundada em cognição superficial e aquela fundada em cognição profunda costuma resultar na distinção entre as tutelas provisória e definitiva.²⁶¹ Com isso, a correspondência entre a cognição exauriente e a segurança jurídica poderia levar qualquer jurisdicionado a preterir a cognição sumária e, conseqüentemente, a tutela dotada de provisoriedade.

No entanto, mais adiante veremos que também é possível haver tutela jurisdicional definitiva fundada em cognição sumária sem que seja necessário lançar mão da segurança jurídica. A solução pode bem ser extraída de Adroaldo Furtado Fabrício, *in verbis*:

Na impossibilidade de conciliar por completo os interesses da celeridade e da segurança jurídica, separam-se em dois momentos do processo o provimento jurisdicional provisório e o definitivo, com graus de celeridade e de certeza evidentemente diferentes, porque os níveis de aprofundamento da cognição judicial são necessariamente diversos, como distintos são, por razões de lógica inelutável, os meios de convencimento disponíveis para o juiz.²⁶²

Assim, pode incorrer em erro aquele que pretender sustentar a classificação das tutelas jurisdicionais com base na dimensão e/ou intensidade da cognição obtida pelo julgador. O tema não pode ser estruturado sob a eventual perspectiva que o juiz terá sobre a apreciação das alegações e dos documentos levados à demanda. Não há como se estabelecer uma régua que meça o grau cognitivo alcançado para se afirmar que, até certo nível, será considerada sumária, e, se ultrapassado, verificar-se-á a cognição exauriente.

Em razão disso, ao prever determinado tipo de tutela jurisdicional, o legislador não se preocupa em rotular qual a natureza da cognição que será manejada quando do preenchimento do suporte fático. Em vez disso, ele traça balizas normativas para que seja possível verificar o cabimento da incidência da norma sem que haja a necessidade rotular um determinado grau cognitivo que possa ser considerado suficiente.

Cumprido notar ainda que nem sempre a situação jurídica controvertida é levada ao judiciário com todos os pontos fáticos claramente delineados, de modo que, por vezes, a cognição processual encontra obstáculos para servir de base à formação de um juízo seguro sobre a solução do caso. Com isso, conta-se com a importância das técnicas de julgamento que são oferecidas pelo diploma processual, como observa Bodart: “para que se evite o *non*

²⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 32.

²⁶¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador, JusPodivm, v. 1, 2015. pp. 453-455.

²⁶² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre providimentos antecipatórios, cautelares e liminares**. In: Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 19.

liquet, então, o ordenamento jurídico estabelece diversas “regras de julgamento” – *onus probandi*, presunções –, que amparam e legitimam a decisão judicial, transformando a incerteza fática em uma certeza jurídica.”²⁶³

Ademais, cumpre esclarecer que a sumariedade da cognição não se confunde com a sumariedade do procedimento. É que, ao tempo do CPC/73, havia correspondência entre a sumarização da cognição e do procedimento. No entanto, como o CPC/15 não mais prevê o chamado “procedimento sumário”, tem ensejo outra perspectiva de análise, que nos leva à apreciação de uma questão basilar: quando tem cabimento o manejo das técnicas que compatibilizam a sumarização da cognição processual e do procedimento?

Castro, por exemplo, levanta alguns argumentos para justificar a adoção da cognição sumária. Ele considera que são razões para se adotar a sumarização da cognição processual: o custo do processo de cognição plena, quando a contestação não tenha apresentado conteúdo plausível; a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo a de conteúdo não patrimonial; o abuso do direito de defesa do réu, intencionalmente direcionado ao propósito protelatório do processo.²⁶⁴

Com efeito, não há dúvidas de que a investigação probatória tornar-se-ia supérflua diante da suficiência dos elementos de prova expostos ao juízo. Nesse sentido, anota Bapstita da Silva, que, em determinadas causas, “tendo em vista a evidência com que se apresenta a legitimidade da posição do demandante”; ou então a própria simplicidade do litígio, afasta-se a necessidade de um contraditório mais extenso e profundo. Ele acrescenta que, nesses casos se pode preconizar execução antecipada da futura sentença de mérito, “como acontece com as liminares interditaes e no mandado de segurança, nos quais o interesse cuja proteção de busca no processo seja extremamente relevante, a determinar uma reação pronta e eficaz da ordem jurídica”.²⁶⁵

Mais adiante trataremos do instituto da tutela de evidência, técnica aplicável para autorizar a concessão da tutela antecipada sem o requisito da urgência. Mas o mencionado instituto não é a única manifestação do CPC/15 que conjuga celeridade e segurança jurídica; há outras técnicas disponíveis ao magistrado para viabilizar a sumarização do procedimento quando estiverem presentes os seus respectivos pressupostos, como exemplo, há: o

²⁶³ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 23.

²⁶⁴ Pontos esses também vistos em Proto Pisani, como o próprio autor cita. CASTRO, Daniel Penteadado de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 33-35.

²⁶⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 123.

juízo liminarmente improcedente da lide (art. 332 CPC/15)²⁶⁶; o julgamento antecipado do mérito (art. 355 CPC/15); o julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 CPC/15); o cabimento de julgamento monocrático em sede recursal (art. 932 CPC/15). É de se observar ainda que a sumarização do procedimento não transita apenas em sede de primeiro grau de jurisdição, mas também alcança o âmbito recursal.

O julgamento liminarmente improcedente da lide está previsto no art. 332 do CPC/15, e tem cabimento nas causas cuja fase instrutória estaria dispensada, requisito que deve ser somado ao preenchimento de algum dos suportes fáticos elencados no aludido artigo. O art. 332 cuida, sobretudo, da manutenção da uniformidade da jurisprudência.

Já no julgamento antecipado do mérito, previsto no art. 355 CPC/15, o magistrado está autorizado a proferir sentença com resolução de mérito, quando: 1) não houver necessidade de produção de outras provas; ou 2) o réu for revel em casos nos quais seja possível haver a incidência dos efeitos da revelia.

Não muito diferente, o julgamento antecipado parcial mérito tem previsão no art. 356 CPC/15, que trata de simplificação do procedimento encarado sob o ponto de vista da cognição processual. A técnica tem cabimento nos casos em que se verifica a cognição exauriente suficiente à formação do convencimento do juízo; cabe também quando presentes os requisitos insculpidos no já mencionado art. 355, com a peculiaridade de se referir a parcela dos pedidos aduzidos.

Como observa Castro, o julgamento parcial possibilita o encurtamento do procedimento, pois “essa técnica, assim como o julgamento antecipado, também pode restar informada pelo esgotamento do exame de questão de direito, a autorizar o proferimento de decisão com o atributo da definitividade”.²⁶⁷

Ademais, o julgamento monocrático em sede recursal (art. 932 CPC/15) merece peculiar cautela, pois autoriza a apreciação do relator, sem formação de colegiado, quando as razões aduzidas pelo recorrente estiverem manifestamente contrárias a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; contrárias a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; ou ainda estiverem

²⁶⁶ Oportuno se faz mencionar o link que Castro faz entre a técnica de julgamento liminarmente improcedente com fundamento em precedentes judiciais, cuja decisão tem aptidão para transitar em julgado, e a utilização dos precedentes para fundamentar a antecipação de tutela de evidência. - CASTRO, Daniel Penteadó de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 53.

²⁶⁷ CASTRO, Daniel Penteadó de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 58.

contrárias a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

De outro lado, o julgamento monocrático em sede recursal poderá dar provimento ao recurso quando a contrariedade aos precedentes obrigatórios estiver demonstrada na decisão recorrida, nestes casos, só depois de facultada a apresentação de contrarrazões.

É de se concluir, portanto, que, na complexa malha social, há situações que demandam mecanismos aptos a acelerar o provimento jurisdicional. Com isso, o manejo das tutelas de urgência revela uma importante ferramenta para a consecução dessa missão.

O certo é que, no âmbito do exercício jurisdicional revestido pela urgência, o fator tempo passa a figurar em primeiro plano e o processo ganha novos mecanismos de apoio voltados à garantia de efetividade. Trata-se de fenômeno afeto ao âmbito das tutelas de urgência, mas também se encaixa na técnica antecipatória da tutela que toma por fundamento a evidência do direito, a qual se dedicará especial abordagem mais adiante.

4. A adequação da tutela jurisdicional à pretensão jurídica

Restou assentado neste trabalho que a tutela jurisdicional tanto pode se referir ao resultado pretendido quanto ao caminho percorrido pelas partes no deslinde processual. Ou seja, a tutela jurisdicional não se refere apenas ao resultado do processo judicial, pois se refere também ao meio pelo qual o órgão jurisdicional maneja a técnica que viabiliza a entrega do bem da vida, que pode se dar: 1) em tempo necessário à cognição exauriente, pelo chamado procedimento comum; 2) antecipadamente (tutela satisfativa); 3) ou para assegurar o resultado prático da entrega de futura tutela (tutela cautelar).²⁶⁸

O importante para este tópico é o fato de que a tutela jurisdicional, para ser adequada, deve estar comprometida com a adequação formal (procedimento) e com a razoável duração do processo, mas também deve estar relacionada à pretensão aduzida, cuidando, inclusive, da necessária imersão do direito processual na esfera da efetividade. Tal proposta pode ser extraída da orientação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no sentido de que, para adequarmos o processo e a tutela jurisdicional ao escopo da efetividade, devemos “romper de vez com as concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências

²⁶⁸ Sobre a temática de distinção que se faz entre a tutela jurisdicional enquanto resultado pretendido e enquanto meio para alcançá-lo, cumpre notar que Castro e Yarshell convergem com o posicionamento ora defendido. CASTRO, Daniel Pentead de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 38.

atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX.”²⁶⁹

A relação entre pretensão aduzida e a tutela jurisdicional merece destaque, sobretudo quando se objetiva abordar a temática ora proposta. Por isso é relevante delinear as premissas para esclarecermos o conceito de pretensão que adotaremos.

A imprecisão já marcou o conceito de pretensão, pois a doutrina que se produziu sobre o tema se dividia entre aqueles que não admitiam qualquer mescla entre o direito subjetivo processual e o direito subjetivo material²⁷⁰ e aqueles que admitiam haver um direito de ação no sentido material e outro no sentido processual. Para esta última corrente, tinha-se como sentido material a pretensão direcionada ao particular (parte adversa) do qual se demandava a prestação devida; já no sentido processual a pretensão estaria direcionada ao Estado, o qual deveria prestar a tutela jurisdicional.²⁷¹

Isso porque a construção histórica da concepção de ação se fez imersa ao que o direito oferecia em termos de ferramentas à solução dos litígios. Vejamos o breve apanhado histórico bem apresentado por Alvaro de Oliveira, que esclarece o porquê de o conceito de pretensão haver sido modificado com o passar dos anos:

“no período clássico do direito romano, o resultado do litígio dependia da *actio* concedida ao autor pelo Pretor, que foi adquirindo com o passar dos tempos também um significado material. (...) Na perspectiva do direito romano, a pretensão privada, para cuja realização a *actio* era outorgada, não aparecia como um direito subjetivo totalmente constituído. Via-se nela, pura e simplesmente, o reflexo da tutela jurídica inaugurada com a admissibilidade da *actio*. (...) Por tal motivo, em princípio, a *actio* não era um direito, mas o único direito concedido para a tutela dos interesses. Desse modo, o direito subjetivo processual não se mesclava com o direito subjetivo material, por ser instrumento para a constituição desse, que antes do processo não existia.”

A partir de então, muito se construiu no âmbito das teorias da Ação. Doutrinas das quais destacamos a de Adolf Wach, para quem a pretensão à tutela jurídica confundir-se-ia

²⁶⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e tutela jurisdicional**. In. Revista de direito processual civil 34. Curitiba: Gênese. Outubro – Dezembro de 2004. p. 170.

²⁷⁰ Na perspectiva do direito romano: “em princípio a *actio* não era um direito, mas o único direito concedido à tutela dos interesses. Desse modo, o direito subjetivo processual não se mesclava com o direito subjetivo material, por ser o instrumento para a constituição deste, que antes do processo não existia.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e tutela jurisdicional**. In. Revista de direito processual civil 34. Curitiba: Gênese. Outubro – Dezembro de 2004. p. 171.

²⁷¹ Sobre o conceito de ação, Alvaro de Oliveira relacionou algumas das construções doutrinárias clássicas de maior destaque: “Para Savigny, o direito de ação era considerado como uma forma especial assumida pelo direito material depois da lesão, uma espécie de metamorfose extensível a todo direito. Já na visão de Puchta, Arndts e outros, tratava-se de um acessório do direito material.” Em seguida o autor traz Windscheid, para quem, depois das críticas de Muther, o direito de ação no sentido material é a pretensão jurídica material, que se volta à contraposição entre o titular do direito e aquele que o detém, ou seja, o que dele se exige no sentido material. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e tutela jurisdicional**. In. Revista de direito processual civil 34. Curitiba: Gênese. Outubro – Dezembro de 2004. p. 172-173.

com a tutela jurídica favorável. Pretensão essa que partiria de uma das partes em face do Estado.

La pretensión de protección del derecho constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado, el cual debe otorgar tal amparo; y se dirige contra la parte contraria, frente a la cual debe ser otorgada dicha protección. Es de naturaleza de derecho público, y no es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo. Pero ella tampoco es aquella facultad, del derecho público, de demandar, que compete a cualquiera que, dentro de las formas establecidas y con fundamento jurídico, sostenga una pretensión de protección del derecho.²⁷²

Sua perspectiva sobre o tema rendeu várias críticas, sobretudo em razão de destoar da realidade vivenciada à época.²⁷³ Dentre os contrapontos com os quais concordamos, ressaltamos o de que entendemos a tutela jurisdicional como aquela que é prestada tanto ao vencedor quanto ao vencido, porquanto põe fim não só ao litígio, mas também faz cessar a incerteza que pairava sobre aquela relação jurídica. Por isto, não há que confundir a pretensão à tutela jurídica com o resultado favorável da demanda.

Não há ainda que confundir a pretensão de direito material, atinente ao titular do direito, com a pretensão de direito processual, que pode servir não apenas ao autor, mas também ao réu, pois se destina à solução do litígio.²⁷⁴

Acertadamente, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda²⁷⁵ defende que “pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa.”²⁷⁶ Assim,

²⁷² WACH, Adolf. **La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho**. Buenos Aires: E.J.E.A, 1962. p. 39.

²⁷³ Para mais detalhes acerca das críticas colocadas à doutrina de Wach: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e tutela jurisdicional**. In: Revista de direito processual civil 34. Curitiba: Gênese. Outubro – Dezembro de 2004. p. 174.

²⁷⁴ PIMENTEL, Alexandre Freire; TEIXEIRA, Sergio Torres. **Distinções conceituais entre: direito subjetivo, facultas agendi, pretensão, tutela jurisdicional e ação**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6480&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov. de 2016.

²⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo V, Rio de Janeiro, 1955. p. 451.

²⁷⁶ No mesmo sentido, Alexandre Freire Pimentel e Sergio Torres Teixeira, aderindo a Ovídio Baptista e Pontes de Miranda, acrescentam que “pretensão não é o direito subjetivo em si, é o poder de exigir uma prestação, delinea-se principalmente enquanto tutela jurídica pré-processual, trata-se, neste contexto, de instituto de direito material e não processual, embora possa vir a canalizar-se e incorporar-se na ação. Na pretensão estão contidas exigibilidades de pessoa para pessoa, e estas exigibilidades ou se concretizam através de um ato extrajudicial ou pelo exercício da jurisdição, que atua por provocação da parte autora pelo exercício da ação. Conquanto se conclua que não há exigibilidades sem pretensões, isso não veda a possibilidade de haver ação sem pretensão à medida que não se pode desconsiderar a existência de direitos inexigíveis.” PIMENTEL, Alexandre Freire; TEIXEIRA, Sergio Torres. **Distinções conceituais entre: direito subjetivo, facultas agendi, pretensão, tutela jurisdicional e ação**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6480&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov. de 2016.

a pretensão também não estaria ligada ao resultado, mas ao ponto de partida, como anota Alvaro de Oliveira.²⁷⁷

Em sentido convergente²⁷⁸, José Joaquim Calmon de Passos afirma que:

“fica demonstrada a existência de um poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado, poder que se concretiza no direito e essa atividade, pela demanda, independente de qualquer relação com o direito substancial, tanto que este direito se exercita exaustivamente inclusive quando não se obtém um pronunciamento favorável, ou quando não se obtém um pronunciamento sobre o mérito.”²⁷⁹

Registre-se que a intenção não é exaurir o tema ainda neste trabalho, tampouco se intenta desenvolver minuciosa análise das mais destacadas teorias da ação, desde as concretistas até a da asserção.²⁸⁰ Por ora, tomaremos apenas a premissa de que, ao falarmos em pretensão à tutela jurisdicional, referimo-nos ao poder de exigir do Estado a prestação jurisdicional, sem, no entanto, vincularmos a pretensão ao resultado favorável àquele que exerceu o direito de ação.

Também é relevante assentar que tutela jurisdicional e pretensão são institutos inconfundíveis. Sobre o tema, Pimentel e Teixeira, então, bem apontam que:

Pretensão não é o direito subjetivo em si, é o poder de exigir uma prestação, delinea-se principalmente enquanto tutela jurídica pré-processual, trata-se, neste contexto, de instituto de direito material e não processual, embora possa vir a canalizar-se e incorporar-se na ação. Na pretensão estão contidas exigibilidades de pessoa para pessoa, e estas exigibilidades ou se concretizam através de um ato extrajudicial ou pelo exercício da jurisdição, que atua por provocação da parte autora pelo exercício da ação. Conquanto se conclua que não há exigibilidades sem pretensões, isso não veda a possibilidade de haver ação sem pretensão à medida que não se pode desconsiderar a existência de direitos inexigíveis.²⁸¹

Cumprе salientar que a correlação entre a pretensão deduzida na demanda e a atividade jurisdicional tem ainda outra implicação: o modo como a decisão que resolve a

²⁷⁷ Alvaro de Oliveira ainda trás o conceito de pretensão formulado por Goldschmidt, afirmando que para ele “a pretensão à tutela jurídica pertence ao direito material, embora apresente natureza processual, constituindo assim um direito justicial material”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e tutela jurisdicional**. In: Revista de direito processual civil 34. Curitiba: Gênese. Outubro – Dezembro de 2004. p. 176.

²⁷⁸ No mesmo sentido: “La congruência de la resolución – dice – debe referirse a las pretensiones deducidas em el pleito, lo que equivale a afirmar que pretensión significa la petición de cualquier persona que se dirija em forma debida al tribunal para sea resuelta una controversia por lo que las peticiones del demandado, su resistência a la pretensión del actor, pueden considerarse como pretensiones.” BAUTISTA, José Becerra. **El principio de la congruência em las sentencias civiles. Boletim Mexicano de Derecho Comparado**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Año VIII, n. 22-23, Enero-Agosto/75, p. 89-110.

²⁷⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **A ação no processo civil brasileiro**. Editora Juspodivm: Salvador, 2014. p. 55.

²⁸⁰ Teoria cujo expoente é identificado na pessoa de Enrico Tullio Liebman e sua construção teórica sobre as condições da ação.

²⁸¹ PIMENTEL, Alexandre Freire; TEIXEIRA, Sergio Torres. **Distinções conceituais entre: direito subjetivo, facultas agendi, pretensão, tutela jurisdicional e ação**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6480&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov. de 2016.

demanda vai impactar nos casos futuros que lhe sejam semelhantes. Um ordenamento jurídico preocupado com a uniformidade das decisões que versem sobre casos similares deve cuidar das pretensões aduzidas considerando, sobretudo, a formação do ato decisório final bem como a repercussão dos efeitos aos jurisdicionados.

Nesse sentido é interessante observar como Martín Orozco Muñoz trata o tema acerca da íntima relação entre a declaração de vontade do jurisdicionado sobre um bem da vida e a atividade jurisdicional. Para ele, essa relação implica em quatro observações sobre os limites da atuação jurisdicional: o caráter casuístico, uma vez que a função jurisdicional só pode ser realizada em razão das pretensões formuladas; o caráter relativo, porquanto, em regra, limita seus efeitos às partes vinculadas à relação jurídica processual; o que emana do dever de congruência, que compreende a vinculação do conteúdo do ato jurisdicional ao objeto da pretensão; e, por fim, o caráter retrospectivo, por carregar toda a relevância das alegações de fato, da produção probatória e das normas aplicáveis, todos pré-existentes àquele ato jurisdicional, sem que se precise lançar mão da eficácia *pro futuro* das sentenças.²⁸²

Muñoz fala em “princípio ou dever de congruência entre o ato jurisdicional e o conteúdo das pretensões às quais deve satisfazer”.²⁸³ O referido dever de congruência é desenvolvido há muito no direito europeu e está implícito em toda decisão judicial (ao menos deveria) for força do também chamado princípio da adstrição do juiz ao pedido aduzido na demanda. Neste ponto se encontra um importante referencial de tutela jurisdicional adequada, vista como aquela que se molda à pretensão aduzida em juízo. Mas não é só isso. A adequação da tutela jurisdicional se afere em termos de resultado que soluciona o litígio, mas também tem relevância a adequação quanto ao procedimento eleito. O que trataremos a seguir.

Com efeito, cuidando-se do instituto da tutela jurisdicional adequada quanto ao procedimento, é importante notar que a adequação não versará, necessariamente, sobre a chamada tutela diferenciada, porquanto a entrega do bem jurídico tutelável pode, por exemplo, exigir o procedimento comum.

²⁸² No texto original: “En primer lugar, su carácter *casuístico*, que significa que el ejercicio de la función jurisdiccional sólo pueda hacerse con ocasión la formulación de tales pretensiones, esto es, sobre casos concretos y al objeto exclusivo de su satisfacción o resolución ; en segundo lugar, el carácter relativo del acto jurisdiccional, en cuanto circunscribe sus efectos, por regla general, a las partes afectadas por la propia pretensión ejercitada; en tercer lugar, la vinculación de su contenido al objeto de la pretensión, lo que se traduce em el principio o deber de *congruencia* entre el acto jurisdiccional y el contenido de las pretensiones a las que debe satisfacer; finalmente, y sin perjuicio de la eficacia *pro futuro* de las sentencias, se trata de una función de carácter retrospectivo.” MUÑOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y el precedente vinculante**. Pamplona, Espanha: Thompson Reuters, 2011. p. 27-28. p. 24.

²⁸³ MUÑOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y el precedente vinculante**. Pamplona, Espanha: Thompson Reuters, 2011. p. 27-28. p. 24.

Como exemplo, havendo necessidade de completa cognição sobre as alegações levadas ao juízo só será adequada a tutela jurisdicional prestada com os atributos do chamado procedimento comum, então acompanhado da complexidade que lhe é inerente, tal como a ampla dilação probatória, a demorada instrução processual, o contraditório efetivo, etc.

De outra banda, falar em tutela jurisdicional adequada também pode equivaler à tutela jurisdicional diferenciada. Assim, como assevera Yarshell:

Quando a doutrina fala, por exemplo, de uma *tutela jurisdicional diferenciada*, não cogita apenas do resultado substancial a ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem, mas também dos meios predispostos à consecução desse resultado.²⁸⁴

Em ambos os casos, a atuação do Estado deve convergir para a realização da pretensão aduzida pelo demandante, ou de quem demonstrar ter razão por ocasião do trâmite processual. O certo é que para a consecução de tal proposta de prestação jurisdicional efetiva, o julgador deverá fazer uso dos mecanismos e das técnicas disponibilizadas pelo legislador.

Nesse contexto são relevantes as chamadas tutelas provisórias, que, mesmo bem recepcionadas no âmbito do procedimento comum, ainda são vistas como meios diferenciados de prestação jurisdicional.²⁸⁵

Sobre o tema, Castro defende que, por estar inserida no contexto de tutela jurisdicional diferenciada, a antecipação de tutela deve ser classificada como meio pelo qual a tutela jurisdicional é prestada. Nesse sentido, o autor defende que “a antecipação de tutela jurisdicional está longe de ser concebida como uma nova modalidade de tutela jurisdicional, porém encontra respaldo na técnica aplicada como meio ou forma diferenciada em que aquela é concebida, a alcançar com maior celeridade o resultado pretendido.”²⁸⁶

De fato, sob essa perspectiva, diferenciado é apenas o curso percorrido pelo processo, embora o resultado seja, simplesmente, aquele pretendido pela parte, independentemente de haver sido concedido provisoriamente.²⁸⁷ Nesse sentido, tem-se que os meios dispostos à consecução do resultado pretendido pelas partes são instrumentos dos quais se serve o juiz para entregar a prestação jurisdicional adequada. Há, portanto, uma importante relação entre adequação e prestação jurisdicional, especialmente quando se tem em vista a consecução da efetividade do processo sob o ponto de vista do procedimento eleito.

²⁸⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998. pp. 31.

²⁸⁵ Em uma conversa havida com Fredie Didier, ele criticou o fato de que ainda se considera a tutela antecipada como tutela diferenciada, porquanto afirma não se poder considerar diferenciada a tutela inserida no procedimento que seja chamado de “comum”.

²⁸⁶ CASTRO, Daniel Penteadó de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 31.

²⁸⁷ CASTRO, Daniel Penteadó de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 38.

Essa relação foi bem observada por Galeno Vellinho Lacerda, que defendeu, há muito, a adequação como princípio fundamental e unitário do processo, porquanto considerava que ela era “requisito fundamental para que o instrumento possa atingir e realizar seu objetivo.”²⁸⁸ Para tanto, o autor apontava que se devia buscar realizar a adequação sob os aspectos subjetivo, objetivo e teleológico²⁸⁹. Sendo o primeiro relativo à imposição de que o instrumento (processo) se adapte ao sujeito que o maneja; o segundo se volta ao direito material levado a juízo; e, por fim, o terceiro se relaciona à escolha da espécie de instrumento (ordinário ou especial) disponível para se alcançar o fim pretendido.

A partir de Lacerda, foi possível observar que as adequações subjetiva, objetiva e teleológica são variáveis que precisam ser consideradas para se alcançar o liame entre a pretensão e a tutela jurisdicional a ser prestada pelo Estado.

Embora se refira ao contexto do Código de processo civil de 1973, ainda enquanto era considerado “novo código”, Galeno Vellinho Lacerda registrou o que pode ser aproveitado ainda hoje: “a fundamental importância do princípio da adequação do processo, como instrumento, aos sujeitos da relação processual, ao objeto da lide e à finalidade da prestação jurisdicional.”²⁹⁰

Sob o ponto de vista pragmático, Didier observa que o princípio da adequação pode ser visualizado em três dimensões:

- a) legislativa, como informador da produção legislativa das regras processuais; b) jurisdicional, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida; c) negocial: o procedimento é adequado pelas próprias partes, negocialmente. No segundo e no terceiro casos, a adequação é feita in concreto, em um determinado processo; há quem prefira, assim, designar o fenômeno de adaptabilidade, flexibilidade ou elasticidade do processo.²⁹¹

Por tudo ora analisado, o princípio da adequação, visto sob os três aspectos propostos em Lacerda (subjetivo, objetivo e teleológico), revela-se fundamental para se alcançar a efetividade da prestação jurídica. Assim, a efetividade da tutela jurisdicional estaria condicionada tanto à adequação entre a pretensão e o provimento jurisdicional quanto à adequação entre a tutela pretendida e o procedimento eleito.

Disso decorre notar que a tutela jurisdicional adequada, seja ela diferenciada ou não, deve estar comprometida, primordialmente, com a efetividade. Não se pode deixar de

²⁸⁸ LACERDA, Galeno Vellinho. **O código como sistema legal de adequação do processo**. In: Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1976. p. 164-166.

²⁸⁹ Didier prefere chamá-los de “critérios de adequação”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador, JusPodivm, v. 1, 2015. p. 114.

²⁹⁰ LACERDA, Galeno Vellinho. **O código como sistema legal de adequação do processo**. In: Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1976. p. 168.

²⁹¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2015. p. 114.

mencionar que esse apreço pela adequação e, sobretudo, pela efetividade da tutela jurisdicional conferiu maior protagonismo às tutelas provisórias, que ganharam status relevante em detrimento das tutelas definitivas, notadamente após o desenvolvimento das doutrinas que versaram sobre o tema na década de 70.²⁹²

5. Das tutelas jurisdicionais provisórias: distinções necessárias

5.1 Definitividade x provisoriedade

Bem esclarecidas as coisas, é de se acrescentar a classificação que pode ser visitada em Bedaque, para quem as tutelas jurisdicionais podem assim ser didaticamente divididas em dois grandes grupos: as definitivas e as provisórias. Sendo as primeiras identificadas por “aquelas destinadas a afastar definitivamente a crise verificada no plano das relações da vida pela não atuação espontânea da regra de direito material”; enquanto que as segundas caracterizam-se por “possibilitar soluções urgentes e provisórias, a fim de que as primeiras possam servir como instrumento efetivo de aplicação das regras substanciais e de pacificação.”²⁹³

Concordamos com o ponto levantado, no entanto, dada a necessária conformidade à nova sistemática da legislação processual, é imperativo ponderar algumas afirmações do autor (posto que havidas na edição de sua obra publicada em 2009). Em razão disso, é de se discordar quando ele afirma que as tutelas provisórias seriam instrumentos diretos das definitivas, pois ele considera que aquelas só repercutem no plano substancial na medida em que isso seja necessário para assegurar provisoriamente o resultado definitivo. Neste ponto o posicionamento do autor restou obsoleto.

Isso porque é notória a autonomização que o CPC/15 pretendeu conferir às tutelas provisórias, não apenas com relação à tutela da evidência, mas, sobretudo no que se refere à estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (arts. 303 e 304). De fato, ambos os institutos podem possuir eficácia definitiva de plano, sem que necessariamente tenham servido de instrumento àquelas ordinárias tutelas jurisdicionais definitivas.

A definitividade da tutela jurisdicional está comumente relacionada à natureza da medida nela veiculada. O que, no entanto, não significa dizer que a classificação das tutelas jurisdicionais estaria simplesmente condicionada ao fato de o provimento jurisdicional ter

²⁹² Tal como as já citadas doutrinas de Galeno Vellinho Lacerda, Ovídio Baptista, Andrea Proto Pisani, Elio Fazzalai.

²⁹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 267.

natureza satisfativa ou de cautelar. Portanto, certo é que a natureza da medida constitui apenas um dos critérios de classificação da tutela jurisdicional.

Por ora, o que se pode assentar é o fato de que a tutela jurisdicional deve ser, preferencialmente definitiva, projetando segurança sobre os jurisdicionados. Isso não significa dizer que a tutela jurisdicional definitiva será a melhor ferramenta para a solução de todos os casos, pois o fator tempo sempre deve ser tomado em consideração.

Ademais, verificando que o deslinde processual ordinário prejudicaria o direito levado a juízo, tem cabimento o uso dos instrumentos processuais que viabilizam a célere concessão da medida pretendida, ou ao menos a proteção do direito alegado. Assim, tem lugar a tutela provisória de natureza satisfativa e a tutela cautelar. De um lado, a provisoriedade da tutela jurisdicional tem a aptidão de se tornar definitiva, carrega um caráter substitutivo. Já, a tutela cautelar é notoriamente dotada de temporariedade, porquanto a manutenção dos seus efeitos está condicionada à necessidade de manutenção da própria medida. Cessando a necessidade de segurança, a tutela cautelar perderá seus efeitos.

Isso nos leva a outro critério de classificação das tutelas jurisdicionais: aquele pautado no grau de cognição que viabiliza a concessão da medida. O que, de logo, salientamos, trata-se de classificação que também não revela parâmetros absolutos. Como exemplo, tem-se a tutela jurisdicional sumária, que é pautada em cognição não exauriente, sugerindo que a medida nela concedida seria, por isso, provisória.²⁹⁴ No entanto, há decisões fundadas em cognição sumária que ultrapassam a provisoriedade e acabam por adquirir definitividade. Isso pode acontecer, por exemplo, quando as partes, conformadas com o resultado, não provoquem a cognição exauriente; ou quando o julgamento tenha adquirido *status* de coisa julgada, passando, então, a produzir eficácia idêntica à da tutela fundada em cognição plena.²⁹⁵

Sobre o tema, é esclarecedor o desenvolvimento teórico de Beclate Oliveira Silva. Vejamos:

A cognição sumária e a exauriente se mostram no processo em uma relação de interdependência. Isso porque o provimento que toma por base uma cognição sumária pode veicular tanto uma tutela cautelar como uma tutela antecipatória. Em ambos os casos, a cognição exauriente se coloca ora para tornar definitivo aquilo que se apresenta como decisão provisória (proveniente da cognição sumária) e, por essa razão, não vincularia o magistrado ao proferir a decisão final, ora para tornar

²⁹⁴ Alertamos que é comum, sobretudo no meio forense, que se refiram à tutela provisória usando a expressão “medida liminar”. Ocorre que a qualidade de liminar não está necessariamente vinculada à ideia de provisoriedade. É possível que se tenha um provimento judicial liminar coberto pela definitividade, tal como o do indeferimento da petição inicial, hoje previsto no art. 332 do CPC/15.

²⁹⁵ No mesmo sentido, *cf.* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 123.

definitiva uma decisão cujo direito está temporariamente protegido por meio de decisão cautelar.²⁹⁶

O alerta do autor nos remete à tradicional correlação entre tutela definitiva, vista como aquela fundada em cognição exauriente, e tutela provisória, por sua vez, fundada em cognição sumária. Em sua tese, ele pretende, então, desconstruir a ideia pretensamente estanque de que provisoriedade decorre de sumariedade da cognição, tal como definitividade decorreria da exauriência da cognição.²⁹⁷

O objeto de pesquisa de Oliveira Silva envolve a análise do mandado de segurança, razão pela qual o desenvolvimento da sua proposta teórica se dá a partir da sumariedade indicada naquele tipo de tutela de segurança.

Cumprir registrar outra vertente doutrinária, tendo o exemplo de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem tutela provisória confunde-se com o conceito de tutela cautelar, bastando, para ele, que se verifique o modo como o legislador regula a tutela incorporada na medida concedida para classificá-la. Assim, para ele, “se a regra visa a alcançar a utilidade do provimento jurisdicional mediante soluções antecipadas e provisórias, isto é, sempre dependentes de outra, estaremos diante de tutela cautelar”.²⁹⁸ Para o autor, então, tutela cautelar é gênero, do qual é espécie a tutela antecipada.²⁹⁹

No entanto, trata-se de posicionamento com o qual não convergimos, pois, Bedaque atribui à tutela antecipada satisfativa - regulada no diploma processual desde a inserção do art. 273 no CPC/73 - a qualidade de cautelar. O autor considera que a antecipação de um provimento, ainda que de natureza satisfativa, significa acautelamento da efetividade do processo, uma vez que, para ele, representa um “antídoto contra a demora para a entrega da tutela jurisdicional”.³⁰⁰

Notadamente, o critério de classificação adotado por Bedaque despreza a autonomia que nosso ordenamento legal tem conferido tanto à tutela provisória antecipada satisfativa quanto à própria tutela cautelar. E pior, esquece que a natureza preventiva inerente às tutelas acautelatórias, mesmo antecipadas, em nada se confunde com a natureza satisfativa das

²⁹⁶ OLIVEIRA SILVA, Beclaute. **A cognição no Mandado de Segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 292 folhas. Tese (Direito) - Universidade Federal de Pernambuco. Recife. Orientador: Artur Stamford da Silva. p. 128.

²⁹⁷ OLIVEIRA SILVA, Beclaute. **A cognição no Mandado de Segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 292 folhas. Tese (Direito) - Universidade Federal de Pernambuco. Recife. Orientador: Artur Stamford da Silva. p. 129.

²⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 136.

²⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 331.

³⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 124.

chamadas tutelas antecipadas, assim chamadas por anteciparem a satisfação do alcance a um bem jurídico que só chegaria ao jurisdicionado mais adiante.

Por isso, resta retomarmos a correlação entre a cognição e a qualificação da tutela jurisdicional, tão bem esclarecida por Oliveira Silva:

Adentrando na questão da horizontalidade da cognição do magistrado, tem-se que o mandado de segurança se apresenta sob a forma plena, sempre lembrando que a plenitude é procedimentalmente regulada. No caso, qualquer matéria que tenha por objeto a cognição acerca do direito subjetivo ou transubjetivo articulado via mandado de segurança pode ser conhecida pelo magistrado. No referido plano horizontal, tanto as questões que dizem respeito à admissibilidade como as que dizem respeito ao mérito podem ser objeto da cognição. Nesses termos, do ponto de vista horizontal não há que se falar em cognição parcial.³⁰¹

Tratando-se do plano vertical, o autor esclarece que a cognição em sede de mandado de segurança se dá acerca da análise das provas pré-constituídas, de modo que a cognição a qual se refere a apreciação jurisdicional há de ser exauriente³⁰². De outra banda, a sumariedade, quando material, “aparece como inerente à garantia constitucional do mandado de segurança desde o seu nascedouro, isso porque é a partir dela que o magistrado põe no sistema as liminares aptas a positivar a efetividade da prestação jurisdicional.”³⁰³

O que releva ao presente trabalho é que se nos limitarmos a qualificar a tutela jurisdicional a partir da cognição nela veiculada, incorreremos, muitas vezes, em classificações inapropriadas. Se mantivermos a compreensão de que ser tutela provisória significa dizer que foi fundada em cognição sumária, o que haveremos de dizer da tutela da evidência? Do mesmo modo, mas sob outro prisma, como explicar a estabilização da tutela antecipada antecedente que, mesmo fundada em cognição sumária, assume caráter definitivo.

É nesse sentido que se debruça Beclaute, em função de apontar “a dificuldade em se demarcar, pelo denominado nível de cognição, uma distinção segura entre tutela de urgência e tutela definitiva no mandado de segurança.”³⁰⁴ Distinção essa que interessa ao presente trabalho, porquanto nos permitiria identificar outros elementos distintivos entre as tutelas de

³⁰¹ OLIVEIRA SILVA, Beclaute. **A cognição no Mandado de Segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 292 folhas. Tese (Direito) - Universidade Federal de Pernambuco. Recife. Orientador: Artur Stamford da Silva. p. 190.

³⁰² OLIVEIRA SILVA, Beclaute. **A cognição no Mandado de Segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 292 folhas. Tese (Direito) - Universidade Federal de Pernambuco. Recife. Orientador: Artur Stamford da Silva. p. 191

³⁰³ OLIVEIRA SILVA, Beclaute. **A cognição no Mandado de Segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 292 folhas. Tese (Direito) - Universidade Federal de Pernambuco. Recife. Orientador: Artur Stamford da Silva. p. 191

³⁰⁴ OLIVEIRA SILVA, Beclaute. **A cognição no Mandado de Segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 292 folhas. Tese (Direito) - Universidade Federal de Pernambuco. Recife. Orientador: Artur Stamford da Silva. p. 205

urgência e de evidência para além da sucinta referência ao fato de que a tutela de evidência dispensa a demonstração de urgência.

Por tudo isso é de se aceitar que a provisoriedade, em verdade, decorreria da precariedade da medida veiculada na decisão, e não do grau de cognição no qual esteve fundada.³⁰⁵ Decorreria, assim, do que prevê a norma jurídica acerca eficácia da decisão que contém a medida, seja ela fundada em urgência ou em evidência.

5.2 Cautelaridade x provisoriedade

O pressuposto para compreender a tutela cautelar, nos moldes apresentados por Ovídio Baptista, está em considerar que o instituto foi construído, na tradição romano-germânica, com forte ligação ao processo de conhecimento. Assim, quem se debruçar sobre a temática, deve compreender o tema sob tais pressupostos doutrinários.

O autor ainda acrescenta que a tutela cautelar, intensamente desenvolvida no século XX, existiu com acentuada importância no Direito Romano, de modo que não se trata de instituto recente na história do Direito³⁰⁶.

O tradicional processo cautelar cabia quando a relação material posta em juízo carecia de uma atuação ágil, ora com o escopo de acautelar o provimento final do bem jurídico tutelado; ora simplesmente visando a proteção de outro direito. Para Calamandrei, "a ação cautelar quer assegurar antecipadamente, na prática, o mais eficaz rendimento".³⁰⁷

Para Luiz Guilherme Marinoni, a medida cautelar assegura uma situação jurídica tutelável, ou seja, uma situação jurídica a ser tutelada através do chamado processo principal.³⁰⁸ O magistrado oferece a segurança da integridade do bem jurídico amparável para que, adentrando no trâmite do processo principal, seja possível concretizar o que foi pedido.

Ainda sob o olhar da tradicional doutrina que versa sobre o tema, Piero Calamandrei esclarece que a medida cautelar destina-se a dar tempo à Justiça para cumprir eficazmente sua

³⁰⁵ Nesse sentido, Beclauter esclarece: "Uma análise normativa do problema permite enxergar que este não está no grau de cognição, mas, como se defende, naquilo que o magistrado pode conceder, naquele momento. Trata-se de um problema de competência (o que se pode fazer); tanto é assim que, no caso do art. 285-A do CPC (**diploma de 1973**), o magistrado está autorizado a decidir, de forma exauriente, a demanda de jurisdição contenciosa, liminarmente. Assim, nada impediria que a lei, com base em prova pré-constituída que ateste a certeza e a liquidez do fato jurídico que dá ensejo a um direito, autorize o magistrado que, de plano, conceda plenamente a tutela jurisdicional." Grifo nosso. OLIVEIRA SILVA, Beclauter. **A cognição no Mandado de Segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 292 folhas. Tese (Direito) - Universidade Federal de Pernambuco. Recife. Orientador: Artur Stamford da Silva. p. 206.

³⁰⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

³⁰⁷ CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil: segundo o novo código : estudos de direito civil. 2.ed. Tradução: Douglas Dias Ferreira. Campinas, SP: Bookseller, 2003 p. 137.

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 25.

obra.³⁰⁹ Desse modo, o Juízo, quando verificada a necessidade de prestação da medida cautelatória, deve tomar as providências necessárias à segurança do bem da vida tutelado.

Após um apanhado doutrinário sobre a temática de definição e conceituação das tutelas cautelares, Ovídio atenta para a ausente preocupação da doutrina acerca do único ponto que ele considera relevante para a correta conceituação da tutela cautelar, que ele denomina tutela de simples segurança: trata-se da necessária análise acerca da determinação da eficácia da sentença que julga procedente a ação cautelar. A proposta do autor está em descobrir, a partir da análise da eficácia das sentenças, as peculiaridades que fazem a sentença cautelar distinta das formas jurisdicionais satisfativas.³¹⁰ Pois há que se considerar nela, o atendimento à uma pretensão de simples segurança.

Nesse sentido, para Fonseca Costa:

quando se deduz em juízo pedido cautelar, também se invoca a existência de específica pretensão (a pretensão de direito material à segurança, mais conhecida como “direito substancial à cautela”), por meio da qual se pode exigir que se assegurem tanto um fato (por exemplo, produção antecipada de provas) quanto a própria matéria que já esteja à base da “ação” principal (por exemplo, sequestro cautelar preparatório ou incidental). Aqui também se quer que o Estado realize a respectiva ação de direito material, já que o sistema jurídico proíbe o agir privado.³¹¹

Com isso, a demanda cautelar ganha status substantivo, deixando de ser considerada mera depositária de uma pretensão que vai além da sua existência. Como afirma Fonseca Costa, mostra-se, assim, que as demandas cautelares não são “ocas”.³¹²

No tocante à tutela jurisdicional de natureza cautelar, não se pode dizer que as doutrinas de Bedaque, já mencionadas no tópico anterior, e de Ovídio convergem, pois este último tem diferente ponto de vista sobre o tema, apontando a temporariedade, em vez de provisoriedade, como pressuposto peculiar da tutela cautelar, sendo este mais um ponto de divergência entre esta e a tutela provisória satisfativa. É que, para Ovídio:

A tutela cautelar deve ser temporária em dois sentidos que, todavia, não coincidem com aquele indicado por Calamandrei, de tutela preordenada à proteção do provimento principal definitivo e que deveria ter sua duração condicionada à prolação da sentença principal. A tutela cautelar é temporária.³¹³

³⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil: segundo o novo código : estudos de direito civil. 2.ed. Tradução: Douglas Dias Ferreira. Campinas, SP: Bookseller, 2003. p. 138.

³¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 10.

³¹¹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 462.

³¹² FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 462.

³¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 90.

Nesse sentido o autor esclarece que a tutela cautelar é temporária por que: *a)* deve durar enquanto dure a situação de perigo a que esteja exposto o interesse tutelado; *b)* a sentença que o contém jamais poderá adquirir a *indiscutibilidade* que torna permanente a coisa julgada material.³¹⁴

Tendo a mencionada distinção em vista, o autor complementa:

Mas a temporariedade, própria da tutela cautelar, ainda necessita de uma outra distinção igualmente importante, por meio da qual poderemos livrar-nos da generalizada confusão entre tutela antecipatória – que é por natureza satisfativa – e a verdadeira tutela cautelar que, por definição, assegura sem satisfazer (sem realizar) o direito assegurado. Esta distinção estabelece-se a partir da diferença conceitual entre o que seja temporário e aquilo que seja provisório.³¹⁵

Já no tocante à tutela antecipada satisfativa, é possível concordar com Bedaque no ponto em que afirma, num sentido mais restrito e técnico, que a antecipação implica coincidência entre o conteúdo do ato praticado antecipadamente e aquele previsto para ser praticado futuramente. Ou seja, deve haver identidade estrutural entre eles.³¹⁶

Neste ponto, embora sob outra perspectiva, parcela do referencial proposto por Bedaque tem certa convergência com a obra de Baptista da Silva, que, por sua vez, inspira-se em Calamandrei para anotar uma importante distinção entre a tutela antecipada satisfativa, de eficácia provisória, e a tutela cautelar, de eficácia temporária. Vejamos:

O provisório poderá ser substituído pelo definitivo se houver entre ambos, como observou Calamandrei, uma identidade de seus efeitos, de modo que o provisório tenha a mesma natureza do definitivo, pelo qual haverá de ser ‘trocado’.³¹⁷

Em sentido distinto, para Zavascki a tutela provisória é entendida, assim, amplamente, como aquela que é temporária e precária. Ou seja, a tutela provisória seria temporária porque possui eficácia necessariamente limitada ao tempo e é precária porque pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, não se sujeitando à imutabilidade da coisa julgada.³¹⁸ O critério do autor não seria de todo equivocado, no entanto não revela a melhor classificação no âmbito da eficácia das tutelas satisfativas e cautelares, porquanto parece desprezar o conteúdo eficaz inerente a cada uma delas.

É importante registrarmos que à doutrina de Zavascki converge parte do que defende Didier-Braga-Alexandria de Oliveira, que, ao versarem sobre o conceito de tutela provisória, afirmam:

³¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 92.

³¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 92.

³¹⁶ Sobre o conceito de antecipação, Bedaque toma empréstimo da doutrina de Tommaso. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 133.

³¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 93.

³¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 33.

A tutela provisória confere a pronta satisfação ou a pronta assecuração. A decisão que concede tutela provisória é baseada em cognição sumária e dá eficácia imediata à tutela definitiva pretendida (satisfativa ou cautelar). Por ser provisória, será substituída por uma tutela definitiva, que a confirme, revogue ou modifique.³¹⁹

Com efeito, para Didier-Braga-Alexandria de Oliveira também é possível se falar em tutela provisória cautelar, com a ressalva de que a medida teria dupla função: “é provisória por dar eficácia imediata à tutela definitiva não satisfativa; e é cautelar por assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa, na medida em que resguarda o direito a ser satisfeito, acautelando-o.”³²⁰

Sobre o tema classificatório visto nessa perspectiva, Gouveia Filho é esclarecedor quando afirma ser possível usar adjetivo provisório para se referir também às tutelas cautelares. Ele afirma que o termo “provisório”:

serve para designar, também, aquilo que tem por característica ser instável, ou seja, que pode ser, sem maiores “amarras” cognitivas, revogado ou modificado. O problema, aqui, não é de “estar para ser substituído”, mas sim de “poder ser desfeito ou revisto”. Apenas neste sentido é que a tutela preventiva e, por conseguinte, a tutela cautelar pode ser tida como provisória, uma vez que, seja no sistema do CPC/73 (art. 807), seja no sistema do CPC atual (art. 296), ela pode ser, a qualquer tempo, revogada (desfeita) ou modificada (revista). Aqui, a provisoriedade é da decisão. É como se dissesse: “a decisão foi dada a título provisório, já que é precária, podendo ser revogada ou modificada”. Por isso, e nesse enfoque, não é incorreto dizer ser provisória a cautelaridade.³²¹

O fato é que a decisão, em si, pode até ser considerada temporária ou precária, porquanto revogável. Todavia, neste trabalho a classificação adotada é aquela que toma os efeitos da medida veiculada na decisão, de modo que a tutela antecipada satisfativa, é, pelos seus efeitos, provisória; enquanto que a tutela cautelar é classificada como temporária.

Em síntese, enquanto Zavascki pretende classificar as tutelas jurisdicionais a partir da decisão jurisdicional, Ovídio prefere classificá-las em razão da manutenção dos seus efeitos.

Eis uma das principais distinções no âmbito das tutelas jurisdicionais que não sejam, em sua origem, dotadas de definitividade: o binômio temporário *versus* provisório.

Além disso, é de se acrescentar a lição de Baptista da Silva, que esclarece a razão pela qual a tutela cautelar não tem o condão de adquirir os atributos da definitividade:

A exigência de que a tutela cautelar não crie uma situação fática definitiva, ou uma situação cujos resultados sejam irreversíveis, é uma contingência que promana de sua característica de ser uma forma de tutela processual que deverá perdurar

³¹⁹ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Tutela provisória de evidência**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 415-416.

³²⁰ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Tutela provisória de evidência**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 417

³²¹ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I. p. 434.

enquanto dure o estado perigoso, não podendo ultrapassá-lo no tempo, sob pena de tornar-se arbitrária e lesiva ao direito da parte que a suporta.³²²

No mesmo sentido, porém com abordagem contemporânea, é relevante colacionar o trecho no qual Fonseca Costa trata especificamente dos efeitos da tutela cautelar, em razão dos quais distingue a tutela cautelar da tutela antecipada.

A permanência dos efeitos da tutela cautelar subordina-se à continuidade do estado de coisas no qual se assentou. (...) nesse sentido, os efeitos da tutela cautelar se regem por um *princípio de utilidade*. Logo, a tutela cautelar e a tutela antecipada possuem regimes de conservação eficaz distintos e, por isso, regimes diferentes de revogação e modificação. Se ao longo do tempo a utilidade cautelar desaparecer ou transformar-se, poderá o juiz – ex officio ou a requerimento da parte interessada – cassar ou readequar a medida.³²³

Os trechos colacionados também servem para explicar o porquê de a estabilização dos efeitos concedidos mediante tutela provisória não poder incidir no âmbito da tutela antecipada cautelar, servindo ele apenas ao procedimento da tutela antecipada satisfativa. Por óbvio, não teria qualquer sentido estabilizar efeitos que nasceram para perderem seu objeto, qual seja: o estado perigoso.

A finalização deste tópico impõe trazer uma importante contribuição didática dos autores Didier-Braga-Alexandria de Oliveira para o tema, ao elucidarem que a tutela provisória (*lato sensu*) é marcada por três características essenciais:

a) a sumariedade da cognição, em razão da análise superficial do objeto litigioso, construindo apenas um juízo de probabilidade; b) a precariedade, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, no entanto, condicionada à alteração no estado de fato, de direito ou da prova; c) inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada, não se confundido esta à estabilização prevista no art. 304, CPC/15.³²⁴

A mencionada classificação importa não apenas para complementar as premissas assentadas até agora, mas para auxiliar no que será tratado mais adiante: a tutela provisória satisfativa fundada em evidência.

6. Das tutelas provisórias no CPC/15

6.1 Do regime jurídico das tutelas provisórias encartado no diploma processual

O livro V do CPC/15 é dedicado às tutelas provisórias e tem sido alvo de críticas que versam desde as escolhas terminológicas às eficácias das decisões antecipatórias. Com

³²² SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 94.

³²³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 406.

³²⁴ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Tutela provisória de evidência**. In: *Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 416.

imersão nessa turva ambiência, onde o manejo das técnicas antecipatórias está eivado de questionamentos - ainda sem muitas respostas precisas - a produção acadêmica incumbe-se em projetar a almejada “luz no fim do túnel” a fim de que os institutos possam ser recepcionados com o esperado afinco, sem dispensar alguma dosagem de otimismo.

Leonardo Greco delinea que o legislador adotou a classificação das tutelas provisórias sob três critérios. O primeiro se refere à natureza da providência pleiteada: urgência ou evidência. O segundo é o critério funcional, que se refere à finalidade: preservação ou implementação de alguma situação fática ou jurídica. O terceiro é o critério temporal, que se refere ao tempo do requerimento com relação à instauração da demanda: antecedente ou incidente.³²⁵

Estão encartados no mencionado livro o regime geral das tutelas provisórias (artigos 294 a 299), o regime geral das tutelas de urgência (artigos 300 a 302) e a tratativa sobre cada uma de suas espécies (art. 303 a 311). No entanto, em razão da limitação temática necessária ao presente trabalho, não pretendemos esgotar os subtemas que pairam sobre os institutos das tutelas de urgência. Limitamo-nos apenas a trazer alguns apontamentos.

Aqueles que se propõem a abordar os referidos temas não têm deixado passar a crítica que versa sobre o título escolhido pelo legislador: *tutelas provisórias*. Isso porque o Código usa a referida titulação para apontá-las como gênero do qual considera espécies a tutela de urgência antecipada satisfativa, a tutela de urgência cautelar e a tutela da evidência.

Nessa ambiência, a crítica ao nome atribuído ao livro V do CPC/15 fundamenta-se no fato de que a tutela cautelar tem natureza temporária e não provisória; tema sobre o qual já nos debruçamos neste trabalho. Como visto, as referidas críticas, surpreendentemente, em nada inovam, pois há muito se discutiu na doutrina italiana acerca da temporariedade ou provisoriedade da tutela cautelar, tendo-se assentado também aqui no Brasil, com o destaque de Ovídio Baptista, que para se considerar provisório, há que se ter a expectativa de substituição pelo definitivo.³²⁶

³²⁵ GRECO, Leonardo. **A tutela da urgência e a tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 187-188.

³²⁶ Nesse sentido, Pimentel, Pereira e Luna reiteram que “a crítica às ideias defendidas por processualistas italianos do início do séc. XX precisa ser contextualizada; quanto aos autores que, ainda hoje, insistem na mesma perspectiva, suficiente meditar se as mesmas condições históricas e científicas perseveram ainda hoje... De seu tempo, Ovídio Baptista demonstraria a necessidade de repensar a doutrina de Calamandrei e outros, propugnando que o advento da sentença condenatória em arresto não retira(ria), senão reforça(ria), a necessidade da segurança. O processualista gaúcho lecionava que provisório é o que nasce para ser substituído pela medida definitiva, característica própria das antecipações de tutela, haja vista seu regime de revogabilidade.” PIMENTEL, Alexandre Freire; PEREIRA, Mateus Costa; LUNA, Rafael Alves de. **Da – suposta – provisoriedade da tutela cautelar à “tutela provisória de urgência” no novo código de processo civil**

Apesar das peculiaridades que lhes são inerentes, o CPC/15 pretendeu unificar o regime jurídico das tutelas de urgência. No entanto, como resultado, surgiram bons e maus reflexos.

A título de exemplo, foi positivo o ganho quanto à possibilidade de requerimento das tutelas de urgência também em caráter antecedente, além do requerimento incidental. Ou seja, com o CPC/15, é possível que a petição de tutela de urgência seja distribuída, antes de instituído um processo, mas também pode ser protocolada incidentalmente, em uma ação em curso.

Também é positiva a harmonização dos regimes uma vez que consolidou o posicionamento que se referia aos requisitos gerais para concessão das medidas de urgência. O caput do art. 300 prevê que “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.” Consideramos que a alteração apontada facilita o manejo das tutelas de urgência, posto que a concessão de ambas estaria pautada nos mesmos requisitos gerais. Mas não é bem isso.

A despeito do que alguns defendem³²⁷, a aparente identidade de pressupostos para a concessão indistinta das tutelas de urgência limita-se apenas ao aspecto formal, Isso porque, como afirma a sedimentada lição de Pontes de Miranda, a tutela antecipada satisfativa resulta da demonstração de necessidade de “execução para a segurança”, enquanto que a tutela cautelar foi ensejada pela necessidade de “segurança para a execução.”³²⁸ É por isso que os pressupostos deverão ser aferidos a partir do conteúdo neles veiculado.

De outra banda, para Cavalcanti Neto, o *caput* do art. 300, em vez de unificar os pressupostos, parece ter desejado dizer exatamente o contrário, pois:

ligou o perigo de dano à tutela antecipada e o risco ao resultado útil do processo à tutela cautelar. No final, ainda guardou o ranço italiano de ter o processo cautelar como mero instrumento do instrumento (Piero Calaman-drei). De toda forma, para efeitos pragmáticos, a diferenciação continua válida e ainda é importante, estando, entretanto, bem guardada sob o rótulo da *urgência*³²⁹.

brasileiro: entre avanços e retrocessos. In: Revista de Processo Comparado, vol. 3/2016, p. 15 – 40, Jan - Jun / 2016.

³²⁷ Notadamente, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis aprovou o enunciado 143, cujo teor afirma “A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

³²⁸ Lição essa sedimentada há muito, porquanto citada por vasta doutrina que se debruça sobre o tema das tutelas de urgência. Dentre eles: COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 412-413.

³²⁹ CAVALCANTI NETO, Antônio de Moura. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I. p. 475.

De toda sorte, o fato é que o diploma processual, ao prever os requisitos autorizadores da concessão das tutelas de urgência, o fez sem afirmar, expressamente, que o perigo de dano estaria direcionado à tutela antecipada, tampouco que o risco ao resultado útil do processo se referia à tutela cautelar. Trata-se de construção que partiu da doutrina, e não poderia ser diferente, uma vez que, tradicionalmente, já se falava da correspondência entre os mencionados pressupostos e suas respectivas medidas de urgência. No entanto, esse tema é objeto do tópico seguinte, no qual partiremos para a análise do que realmente importa: os pressupostos sob o ponto de vista pragmático. Por ora, vejamos como se deu o respaldo legal sobre as tutelas de urgência para, então, cuidarmos do cerne deste trabalho: a tutela da evidência.

Superada a análise acerca do regime geral das tutelas de urgência, vem o artigo 303 CPC/15 prever, especificamente, o cabimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação.³³⁰ Assim, havendo a referida hipótese, é concedida ao autor a faculdade de elaborar uma petição inicial sucinta, com os elementos que o próprio diploma legal apontou como obrigatórios.

Em uma análise panorâmica, temos que os requisitos de cabimento da tutela antecipada nos moldes do art. 303 (CPC/15) são: 1) a urgência contemporânea à propositura da ação; 2) O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Já os parágrafos do art. 303 se ocupam com o trâmite procedimental após a distribuição da petição de tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

É oportuno observarmos que a referida petição é, mesmo em formatação sucinta, uma peça que virá a servir como instrumento de propositura da ação principal. Nesse sentido deve-se levar em consideração a incidência dos dispositivos que tratam da petição inicial, especificamente os artigos 319 e 320 do CPC/15, no que forem pertinentes ao procedimento provisório.

Com isso, art. 303 do CPC/15 trouxe a possibilidade de o autor propor a ação por meio de uma petição simplificada, na qual contenha o requerimento da tutela antecipada satisfativa e a indicação do pedido de tutela final. A referida petição inicial deverá conter também a exposição da lide e do direito que se busca realizar. Deve, por fim, apontar a presença dos requisitos exigidos no art. 300.

³³⁰ A divisão das tutelas cautelares em antecedente e incidente muito se assemelha à proposta de Fritz Baur, que classifica as tutelas de urgência cautelares em “tutela jurídica temporária antecedente”, a qual também nomeou de “primária”; e “tutela jurídica temporária incidente”, também nomeada “secundária”. BAUR, Fritz. **Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares**. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985. pp. 23 e 25.

Ainda no art. 303, os parágrafos expõem o trâmite procedimental para quando houver deferimento do pleito antecipatório (§§ 1º a 5º) e também nos casos em que o juiz não vislumbrar o preenchimento dos requisitos para a concessão (§ 6º).

O referido instituto, sob uma análise primária, não demonstra quaisquer aspectos polêmicos. Então vem o art. 304, que nos trouxe a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Embora não seja objeto do presente estudo, interessa apresentar alguns apontamentos relevantes sobre esse tema.

As incompreensões que pairam sobre a estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida em caráter antecedente nos levam aos primeiros passos do instituto, transportando-nos ao processo civil francês. No entanto, evitando-se indesejável fuga do que se propõe neste trabalho, sintetizaremos apenas alguns apontamentos.

Ao se debruçar a sobre os temas do instituto francês que se assemelha ao nosso procedimento de tutela antecipada antecedente, o jurista francês Paul Cuche bem esclarece a essência da estabilização da tutela antecedente, pois sugere que levemos em consideração em primeiro lugar a celeridade, para que depois pensemos na urgência. Como afirma o autor, “depois da celeridade, a urgência. Assim, passaremos naturalmente pelo estudo da matéria sumária acerca das medidas de *référé*”.³³¹ Sobre o tema, anota Baptista da Silva:

A concessão de provisórias atípicas por não estarem previstas pelo direito material, podem ser concedidas pelo juiz do *référé*, de que é expressivo exemplo a provisão alimentar de uma anciã que, vítima de um acidente rodoviário, há seis anos aguardava a decisão na jurisdição comum. Como o direito da vítima, segundo a avaliação do Presidente do Tribunal de Paris, não era “seriamente contestável”, concedeu-lhe o magistrado a pensão alimentar que, como facilmente se imagina, deve ter sido irreversível, mesmo que a demanda indenizatória viesse, afinal, a ser julgada improcedente. Estava-se, pois, ante um exemplo típico de prestação de tutela jurisdicional *satisfativa antecipada*. E definitiva.³³²

O escopo do *référé* está em possibilitar que decisões provisórias sejam efetivadas por meio de um procedimento simplificado e célere. Os dispositivos que regulamentam o referido procedimento no *Nouveau Code de Procédure Civile* estão em várias seções do diploma, mas expressam, sistematicamente, o interesse pela autonomia da medida provisória quando não houver interesse (ou, de outro lado, houver inércia) das partes em exaurir a cognição sobre o objeto litigioso.³³³

³³¹ Nas palavras do autor: “Après la célérité, l’urgence. Ainsi passe-t-on naturellement de l’étude de la matière sommaire à celle des *référés*.” CUCHE, Paul. **Petit traité de procédure civile et commerciale**. Paris: Libraire Dalloz. p. 407

³³² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 6.

³³³ O *Nouveau Code de Procédure Civile* (2016) versa sobre as *référé* expressamente nos seguintes artigos: 484 a 492-1; 808 a 811; 848 a 850; 872 a 873-1; 893 a 896; 956 a 957.

Como fora observado acerca dos influxos do direito francês a respeito da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, vejamos o que menciona Cavalcanti Neto, *in verbis*:

“A opção brasileira tem clara inspiração no direito francês e no direito italiano. A França, com o *référé*, é o principal objeto de comparação quando o assunto é a previsão de processos satisfativos autônomos e abreviados. Os franceses, sobretudo a partir da prática, perceberam que a sumariedade do procedimento não é geradora de instabilidade, pelo contrário, muitas vezes a atribuição de estabilidade às decisões provisórias satisfaz completamente as partes no plano fático.”³³⁴

Pela breve exposição trazida até agora, tem-se que o instituto previsto nos mencionados artigos 303 e 304 do CPC/15, de fato, remonta à ideia historicamente preconizada, em especial, no direito francês. Dessarte, voltemos ao diploma brasileiro.

Com efeito, a tutela concedida nos moldes previstos no art. 303 poderá se tornar estável nos casos em que for preenchido o requisito elencado no caput do art. 304: a não interposição do respectivo recurso.

O requisito exigido para que a decisão se torne estável é, a princípio, a inércia do réu quanto à utilização do instrumento apto à impugnação da decisão que concedeu a tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Contudo, não é tão simples quanto parece.

A doutrina tem trazido inúmeras provocações com relação ao alcance do vocábulo escolhido pelo legislador, pois há quem defenda a interpretação *lato sensu* do termo “recurso” a que se refere o diploma legal.³³⁵ De outro lado, há quem opte pela estrita abrangência semântica, indicando apenas o recurso de agravo de instrumento como única ferramenta apta a impedir a estabilização da demanda provisória.³³⁶

A controvérsia doutrinária merece atenção. Previamente devemos compreender o escopo da aludida previsão legal para que depois possamos olhar na direção mais acertada.

Nesse sentido, consideramos que o propósito da estabilização está em oferecer às partes a faculdade de não avançarem com a cognição exauriente sobre o objeto litigioso. Assim, não há que falar na estabilização como ônus, punição ou sanção. Há que se levar em conta, sobretudo, a interpretação teleológica do fenômeno. Para tanto, qualquer das soluções propostas quanto às dúvidas sobre a estabilização devem tomar como premissa o interesse da

³³⁴ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização.** Disponível em: <https://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_antecipada_antecedente_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 02 de abr. de 2016.

³³⁵ Nesse sentido, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 316-318.

³³⁶ Esclarecendo: em encontro do Fórum Permanente de Processualistas civis, tivemos a oportunidade de debater sobre o tema e, na ocasião, o professor Alexandre Freitas Câmara defendeu a referida estrita abrangência do termo “recurso” previsto no art. 304 do CPC/15.

parte em avançar, ou não, para superar a cognição sumária. Deve-se também considerar se os litigantes pretendem, ou não, conduzir o trâmite processual à ampla cognição, de modo a alcançar o que pode ser chamado de cognição exauriente³³⁷.

Em seguida, o diploma processual cuida do regramento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, previsto em seu art. 305.

Do mesmo modo proposto nos casos autorizadores da tutela antecipada satisfativa antecedente (artigos 303 e 304), a tutela cautelar antecedente deve ser requerida em conformidade com os artigos que cuidam da petição inicial. Sobre a inicial que pretende a tutela cautelar, é relevante a lição de Baptista da Silva, com a notável observação que ele faz acerca do peculiar conteúdo mandamental que carrega a decisão cautelar, em esclarecedora distinção entre as liminares satisfativas e cautelares:

Para se fazer uma distinção decisiva entre liminares satisfativas e cautelaridade, é fundamental que se tenha presente o fato de ser a provisão cautelar, por natureza, uma decisão mandamental, que contém mais ordem do que julgamento, na qual o juiz mais ordena do que julga. Como decorrência desta peculiaridade, as medidas cautelares devem operar no plano da realidade e não no plano abstrato das normas jurídicas. Seria impróprio que o magistrado, ao decretar uma liminar provisória por definição, como qualquer liminar, declarasse existente uma determinada relação jurídica, ou legítima ou ilegítima uma certa conduta, assim como o seria também a provisão liminar através da qual o juiz criasse ou modificasse ou afinal extinguisse uma dada relação jurídica, apenas “provisoriamente”.³³⁸

Ademais, é de se salientar a crítica que se faz à pretensa aniquilação da autonomia procedimental da cautelar, que antes – sob a vigência do CPC/73 – era conferida à chamada cautelar preparatória. A referida provisão, então, merece as reprovações bem postas por Pimentel, Pereira e Luna, pois, em considerando que a cautelar antecedente integra o procedimento sincrético, porque precede o processo, acabou por ser:

transformada em simples "porção" da ação principal, assumindo, de vez, a tese de que seria uma tutela da Jurisdição, do processo. A opção não causa espécie, uma vez que nosso legislador, fechando os olhos para importantes contribuições doutrinárias de nosso País, sempre tratou a ação cautelar como um "pedaço" do processo principal; e sendo um "pedaço", decerto, até poderia vir antes ("tutela cautelar requerida em caráter antecedente"), mas não precisaria vir fora.³³⁹

³³⁷ Cumpre registrarmos que tomamos por premissa o referido interesse das partes. Com isso, resolveríamos parte das dúvidas suscitadas, e nos restaria definir qual seria o termo final para oportunizar as manifestações do autor e do réu acerca da estabilização. Saliente-se, nesse sentido: não importaria qual a natureza da peça que se destina à impugnação das alegações de fato trazidas no pleito provisório. A relevância concentrar-se-ia na vontade dela extraída. Cautelarmente, registre-se, entretanto, que não propomos o completo abandono ao formalismo no processo, tampouco a desconsideração dos juízos de admissibilidade, de validade e ou de legalidade necessários aos atos praticados no âmbito do processo.

³³⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 124.

³³⁹ PIMENTEL, Alexandre Freire; PEREIRA, Mateus Costa; LUNA, Rafael Alves de. **Da – suposta – provisoriedade da tutela cautelar à “tutela provisória de urgência” no novo código de processo civil brasileiro: entre avanços e retrocessos**. In: Revista de Processo Comparado, vol. 3/2016, p. 15 – 40, Jan - Jun / 2016.

No mesmo sentido está a crítica de Marcelo Barbi, para quem “o novo diploma, ao autorizar a reunião das lides cautelar e satisfativa dentro do procedimento comum (art. 308, § 1º), deu ensejo a um “sincretismo regressivo”, pois extinguiu a autonomia do processo cautelar antecedente”.³⁴⁰

Também não está dispensada a demonstração dos requisitos autorizadores da concessão assecuratória, ainda que haja a expressa previsão da fungibilidade entre as tutelas satisfativa e cautelar (par. ún. do art. 305). Nesse caso, importante é destacarmos que a fungibilidade que se dá entre as medidas não pode, de modo algum, autorizar que a tratativa dada às tutelas satisfativas seja a mesma conferida às cautelares. Teríamos, com isso, um grande problema, pois, como já assentamos, os regimes eficaciais de ambas são, e devem ser, distintos. Por exemplo, não merece prosperar a pretensão de estabilização de uma medida cautelar sem que se tenha, em contrapartida, o estado de perigo ensejador da segurança.

Por fim, o CPC/15 traz as hipóteses previstas no art. 311, com a chamada tutela da evidência, que cuida apenas dos elementos que evidenciam a probabilidade do direito, de modo que, para a concessão desse tipo de tutela provisória, dispensa-se a demonstração do perigo da demora, expressão que abarca o perigo de dano (ou ilícito) ou de risco ao resultado útil do processo (art. 300). Todavia, como o presente trabalho versa sobre este último tipo de tutela jurisdicional, cuidaremos da análise dogmática deste dispositivo em capítulo próprio, que virá a seguir.

Por ora, é de se assentar que, como não se pretende, com este trabalho, a vertical análise das tutelas de urgência, passemos ao tópico que versará sobre os pressupostos para a concessão das tutelas provisórias, ou, como preferimos esclarecer, das tutelas de urgência e de evidência.

6.2 Dos pressupostos para a concessão das tutelas provisórias

Os pressupostos para a concessão das tutelas provisórias mereceram a análise proposta por Fonseca Costa, que tratou sobre a temática das tutelas provisórias no livro *Direito vivo das liminares*, no qual defendeu que os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* não são autônomos entre si, mas interdependentes.³⁴¹

³⁴⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I. p. 494.

³⁴¹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 41.

Para o autor, o *fumus boni iuris* pode estar representado nas expressões “demonstração sumária do direito alegado”, “prova inequívoca de verossimilhança das alegações” e “relevância do fundamento alegado”. Já a expressão *periculum in mora* pode ser representada no “receio da lesão”, no “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e no “risco de que do ato impugnado resulte a ineficácia da medida.”³⁴²

Quanto à análise do que significam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, tem relevância o enfoque hermenêutico conferido por Fonseca Costa, que, por sua vez, pretendeu estruturar sua tese considerando também os pilares da analítica e da dogmática, almejando o desenvolvimento de uma hermenêutica Processual Civil.³⁴³ Com isso, identificou que tais expressões normativas padecem de indeterminabilidade semântica, carecendo de apreciação prévia por parte do julgador, para que sejam valoradas, instruindo o ato decisório.

Nessa construção, o autor afirma que:

haveria no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora* alguns espaços de indeterminação a serem preenchidos pelo intérprete, como se as normas sobre a concessão de provimentos de urgência encarregassem o juiz de proceder a uma avaliação casuística do estado fático e das qualidades que a lei processual define como pressupostos.³⁴⁴

Fonseca Costa observa que a prática cotidiana do foro revela que o Poder Judiciário tem estabelecido uma relação de complementariedade entre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, fazendo parecer que os pressupostos funcionam sob uma lógica de compensação mútua. Assim afirma que “na ausência de *periculum in mora*, o julgador poderá conceder a tutela se houver um sobrepujamento da presença do *fumus boni iuris*; faltante o *periculum in mora*, poder-se-á conceder a providência liminar se o *fumus boni iuris* estiver exageradamente presente.”³⁴⁵

De outra banda, quanto ao que prevê nosso diploma processual, já dissemos que o mesmo trouxe em seu bojo a proposta de um pretense regime geral das tutelas provisórias. No entanto, ele só vem falar dos pressupostos autorizadores no art. 300, ao tratar das chamadas tutelas de urgência, quais sejam: as tutelas antecipadas satisfativas e as tutelas cautelares.

³⁴² FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 41.

³⁴³ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 50-51.

³⁴⁴ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 54.

³⁴⁵ O autor acrescenta que: “Em verdade, a vida real comprova que não se trata de duas operações mentais estanques e incomunicáveis dentro do processo de concessão de tutelas liminares. Ou seja, os dois pressupostos são sempre analisados em conjunto. Entre eles existe um vínculo de conjugação funcional. Eles são a face e a contraface de uma mesma moeda.” FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 147-148.

Assim, de início, tem-se como pressupostos para a concessão das tutelas de urgência: 1) os elementos que evidenciem a probabilidade do direito; 2) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Vale lembrar que a expressão *periculum in mora*, ou, para fazermos uso da letra de lei, “o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”, descrito no art. 300, CPC/15, pode carregar sentidos totalmente distintos a depender de qual fato estiver sendo extraído.

Isso posto, são claras as razões pelas quais não se pode afirmar que houve a unificação dos regimes das tutelas de urgência, pois, ainda quando se fala, formalmente, do mesmo pressuposto, não haverá identidade de conteúdo de caso a caso. Como mencionamos anteriormente, enquanto a tutela antecipada satisfativa resulta da demonstração de necessidade de “execução para a segurança”, de outro lado a tutela cautelar pauta-se na necessidade de “segurança para a execução.”³⁴⁶

Por exemplo, na tutela antecipada satisfativa, ligada à expressão “perigo de dano”, como bem esclarece Cavalcanti Neto, o conteúdo do chamado *periculum*

consubstancia-se no risco de que a solução final seja serôdia para que o vencedor desfrute do bem disputado (há *pericolo de tardività*), exatamente por isso é que a fruição inicia-se desde a concessão da decisão, há satisfatividade imediata, não por acaso há comparação com o regime da execução provisória.³⁴⁷

Já na tutela cautelar, “o *periculum* demanda não uma satisfação inicial, mas uma proteção, sob pena de ao final não ser mais possível fruir o direito material, porque já teria ocorrido o dano.”³⁴⁸

Além disso, deve-se interpretar a previsão do requisito do “perigo de dano” encartado no CPC/15, considerando seu sentido mais amplo. Quanto a isso, salientamos: a tutela antecipada serve à proteção que se refere não apenas sobre dano, mas também sobre o ilícito (*exempli gratia*: tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito – 497, parágrafo único do CPC/15³⁴⁹). A respeito do equívoco, Marinoni propõe que ampliemos o requisito elencado, de modo que passemos a nos referir ao “perigo da demora”³⁵⁰, em vez de “perigo de dano”.

³⁴⁶ Lição essa sedimentada há muito, porquanto citada por vasta doutrina que se debruça sobre o tema das tutelas de urgência. Dentre eles: COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 412-413.

³⁴⁷ CAVALCANTI NETO, Antônio de Moura. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I. p. 474.

³⁴⁸ CAVALCANTI NETO, Antônio de Moura. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I. pp. 474-475.

³⁴⁹ *In verbis*: “art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a

Há de se ter em mente que a previsão legislativa com fito à solução de todos os conflitos existentes na seara do direito material não pode ser considerada suficiente, pois só será efetivo o processo jurisdicional quando o provimento do julgador conciliar a segurança jurídica e a tempestividade, como assevera Theodoro Jr.³⁵¹ Por essa razão, comumente ocorre ao Estado a necessidade de antecipar o provimento jurisdicional através de medidas liminarmente concedidas a fim de proteger ou satisfazer o direito alegado, adequando a tutela jurisdicional à pretensão do jurisdicionado. Nesse sentido, observa Arruda Alvim:

A evolução das tutelas de urgência envolve, além da alteração de valores no âmbito do processo – tais como a noção de tutela preventiva do dano, em lugar da tutela meramente ressarcitória e a sobrelevação da efetivação imediata do direito em detrimento do valor segurança, que em determinadas situações se revela inútil ou insuficiente à consecução de uma solução justa –, uma alteração no próprio modo de encarar a lei e o direito.³⁵²

O autor reconhece que o principal alicerce da evolução das tutelas de urgência está na atividade jurisprudencial, responsável, sobretudo, pela difusão desse tipo de tutela dos direitos. Isso porque o desenvolvimento das tutelas cautelares, bem como das antecipações de tutelas ou de direitos, é fruto de inovadoras interpretações dos dispositivos legais em sede de atividade jurisprudencial.³⁵³

Também sob o ponto de vista pragmático, tomando, sobretudo, a atividade jurisdicional no que se refere à aferição dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* é importante a contribuição da teoria das “pautas móveis”³⁵⁴, elucidada por Fonseca

reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.”

³⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 313.

³⁵¹ Noutros termos, “é salutar que a tutela jurisdicional conferida pelo Estado a seus cidadãos tenha o condão de realizar, em efetivo, o designio para o qual foi engendrada” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença; processo cautelar e tutela de urgência**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 550.

³⁵² ALVIM, Arruda. **A evolução do direito e a tutela de urgência**. In: ARMELIN, Donald (Coord.). **Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157.

³⁵³ ALVIM, Arruda. **A evolução do direito e a tutela de urgência**. In: ARMELIN, Donald (Coord.). **Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 158

³⁵⁴ A referida teoria toma por base as teorias da categoria do tipo e do sistema móvel, que têm por fonte as doutrinas de Karl Larenz e de Wlaler Wilburg, respectivamente. Nessa linha, afirma Fonseca Costa: “Ora, abstraindo-se as análises promovidas por Wilburg a respeito da responsabilidade extracontratual, seu “sistema móvel” encaixa-se como uma luva na explicação das “leis” que regem a concessão de tutelas liminares na experiência jurídica brasileira. O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* também são “elementos” ou “forças” que se articulam de forma variável, sem absolutismo e rigidez dimensional, nos processos concretos de concessão de provimentos jurisdicionais *in initio litis*. Logo, para que o juiz defira o pedido de liminar, não se pressupõe a convergência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*: é possível que eles se substituam mutuamente, desde que o único pressuposto presente tenha um “peso especial” (especialidade essa que pode ser presumida por lei, ou aquilatada pelo juiz a partir dos dados fornecidos pelo caso e dentro de uma “margem de

Costa. A teoria é respaldada pelo propósito de tutelar os direitos pela via jurisdicional sem lançar mão da efetividade e consiste no reconhecimento de que os pressupostos podem se apresentar em graus ou níveis variados, não suportando, portanto, fixação em termos genéricos.

O autor explica que “o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são vistos como pressupostos que precisam ser antes concretizados pelo julgador, e relacionados entre si em uma espécie de “coordenação valorativa”, para poderem ser aplicados ao caso.”³⁵⁵

Para compreender a teoria das pautas móveis, é necessário observar que os pressupostos autorizadores de antecipação das medidas acautelatórias ou satisfativas devem ser aferidos caso a caso, pois chegam ao juízo em graus variados e com conteúdos distintos. De fato, a noção de *periculum in mora* ou de *fumus boni iuris* deve ser considerada sob o ponto de vista tipológico, não conceitual,³⁵⁶ pois não é possível alcançar sua completude de sentido a partir de um conceito rígido e estanque, desconectado da realidade.

A partir de sua análise Fonseca Costa propõe o que pode ser considerada uma grande contribuição doutrinária. Ele considera a dinamicidade dos pressupostos para a concessão das tutelas de provisórias e toma a pragmática como alicerce, elucidando uma classificação tipológica com aspecto estrutural pioneiro. Sob essa perspectiva, o autor identificou oito tipos de tutelas provisórias³⁵⁷:

- i) tutela pura de *fumus* extremado (que é a “tutela da evidência” a que alude o CPC/15); ii) tutela pura de *periculum* extremado; iii) tutela de *fumus* extremado e *periculum* não extremado; iv) tutela de *periculum* e *fumus* não extremado; v) tutela

discricionariedade controlada”). Daí se nota a importância metodológica da ideia de “mobilidade” para os estudos jurídico-processuais no Brasil, já que ela não só abranda o conceitualismo rígido em que estão mergulhados, como também ajuda a ordenação de manifestações judiciais de complexidade acentuada (como é o caso das decisões concessivas de liminar). Pensando bem, é muito provável que entre os elementos descritos nas hipóteses de incidência de outras normas processuais também haja a mesma intermutabilidade e a mesma falta de hierarquia intra-sistemática que caracteriza a relação entre os pressupostos para a concessão das providências liminares. Decerto, essa “conformação móvel” aumentaria a responsabilidade do juiz quando da aplicação do direito processual civil; contudo, permitir-lhe-ia ser mais justo, sem que nas suas decisões tivesse de apelar apenas para a equidade, para sentimentalismos ou para conceitos similares desprovidos de conteúdo.” FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 161-163. No mesmo sentido, cf. Eduardo José da Fonseca. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 400.

³⁵⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 400.

³⁵⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 401.

³⁵⁷ Sob a égide do CPC/73, o autor havia conferido outros rótulos ao rol tipológico das tutelas provisórias. Nos termos a seguir: “Assim, consolidando-se a *série de tipos empíricos* exposta anteriormente, tem-se que as tutelas liminares podem ser organizadas da seguinte maneira: A. *tutela de evidência extremada pura*; B. *tutela de urgência extremada pura*; C. *tutela de evidência extremada e urgência não-extremada*; D. *tutela de urgência extremada e evidência não-extremada*; E. *tutela de evidência e urgência extremadas*; F. *tutela de evidência e urgência não-extremadas*; G. *tutela de evidência pura de extremidade legalmente presumida*; H. *tutela de urgência pura de extremidade legalmente presumida*.” FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 172.

de *fumus e periculum* extremados; vi) tutela de *fumus e periculum* extremados; vii) tutela pura de *fumus* de extremidade presumida; viii) tutela pura de *periculum* de extremidade presumida.³⁵⁸

A estruturação da mencionada classificação de Fonseca Costa é trazida nos comentários ao CPC/15, no entanto, antes mesmo da vigência do diploma processual, o autor já falava em tutela sob uma "evidência extremada pura"³⁵⁹, na qual se dispensa o *periculum in mora* para apreciar apenas o *fumus boni iuris*, que justifica, por evidente que seja, o provimento dado antecipadamente.

Sobre o tema, Ruy Zoch Rodrigues afirma que a desburocratização que a antecipação de tutela fundada na evidência viabiliza efetividade, porque realiza, na prática, o direito evidenciado.³⁶⁰ Portanto, assim como no instituto da tutela antecipada, hoje delineado nos artigos 300 a 304 do CPC/15, a tutela da evidência objetiva a promoção jurisdicional dos efeitos práticos do direito pretendido pelo autor, ainda que não sejam comuns todos os pressupostos para concessão.

O fato é que, nas tutelas de urgência, os atos convergem para a necessidade de entregar a prestação jurisdicional, provisoriamente, ou assegurar o direito pleiteado; quando a situação jurídica levada a juízo revestir-se de urgência e demandar a respectiva tutela adequada.

Já a tutela da evidência é caracterizada por prescindir o pressuposto da urgência – tradicionalmente identificado pelo *periculum in mora*, ou, nos termos do diploma processual, pelo perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Como prefere Fonseca Costa, a "tutela de evidência extremada pura corresponde à tutela de um direito subjetivo que, de tão claro, impele uma rápida proteção jurisdicional".³⁶¹

No entanto, é necessário reconhecermos que é possível verificar a presença da urgência na tutela dos direitos evidentes. Ela também pode motivar o manejo de qualquer tutela da evidência, mas não seria, então, tratada como requisito, mas como elemento inerente à técnica antecipatória, pois a urgência, neste caso, não estaria ligada ao direito aduzido na demanda, mas às garantias inerentes ao devido processo legal e à razoável duração do processo.

³⁵⁸ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 425.

³⁵⁹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 71-75.

³⁶⁰ RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 188.

³⁶¹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 75.

O próximo capítulo é dedicado à tutela da evidência, tema central do presente trabalho, razão pela qual este tópico se limitou à breve síntese acerca das tutelas de urgência. Serviu este capítulo à introdução de algumas premissas firmadas no âmbito das tutelas provisórias, solidificando o conhecimento necessário à apreciação da temática que segue.

CAPÍTULO 4 – A tutela da evidência no direito brasileiro

1. Notas preliminares sobre a tutela da evidência

A tutela dos direitos evidentes, em sentido amplo, poderá ensejar tanto a tutela provisória quanto a tutela definitiva. No primeiro caso, justifica o manejo de uma técnica antecipatória, na qual incide o regramento dos incisos do art. 311, que é a tutela dos direitos evidentes em sentido estrito. É, pois, a tutela da evidência, medida cuja provisoriedade se dá por força do art. 296. Já em outros casos, verifica-se que a tutela dos direitos evidentes poderá ensejar uma tutela definitiva ainda no curso do processo, como ocorre com o mandado de segurança ou com a ação monitória, que não coincidem com aquela prevista no art. 311.

Tomando por base as premissas referidas no capítulo anterior, é hora de nos debruçarmos sobre o cerne deste trabalho. A tutela da evidência é técnica que autoriza a concessão de tutela provisória satisfativa apenas com fundamento nos elementos que evidenciem a existência do direito. A tutela aqui examinada dispensa a demonstração de circunstância fática de urgência, mesmo fundada em cognição sumária, e, como já dito, tem sua base legal apoiada no art. 311 do CPC/15.

Também se viu que a tutela da evidência não se confunde com o julgamento liminarmente improcedente da lide, previsto no art. 332 do CPC/15, cabível nas causas cuja fase instrutória estaria dispensada, quando estiver preenchido algum dos suportes fáticos elencados no aludido artigo. Cumpre destacar que o art. 332 serve, principalmente, à manutenção da uniformidade da jurisprudência, cujo escopo se coaduna com a construção do sistema de precedentes. Assim, se observarmos as hipóteses elencadas, identificaremos que o julgamento antecipado, sem a ouvida do réu, se dará quando o pedido contrariar os precedentes que versam sobre a temática abordada no pleito autoral.

A tutela da evidência também não se confunde com o julgamento antecipado do mérito, previsto no art. 355 do CPC/15, no qual o magistrado proferirá sentença com resolução de mérito, quando: 1) não houver necessidade de produção de outras provas; ou 2) o réu for revel em casos nos quais seja possível haver a incidência dos efeitos da revelia. Nestes casos, há definitividade na decisão, diferentemente da tutela de evidência, que é provisória.

Também não se confunde com o cabimento de julgamento monocrático previsto no art. 932. Este último possui duas principais razões de existir: 1) o respeito dos precedentes judiciais, para uniformizar o entendimento dos tribunais, valorizando papel do relator; e 2) celeridade na solução do litígio. Nos casos enquadrados no art. 932 não há provisoriedade da medida, há definitividade, pois se trata de decisão definitiva, que julga, de pronto, o recurso.

Já a tutela da evidência, conforme esclarecemos, trata-se de técnica antecipatória e não prescinde do consequente trâmite processual, não encerrando a abertura para se tratar das matérias atinentes à carência de ação, aos pressupostos processuais e à prescrição; para que seja dada a oportunidade de reverter ou modificar o provimento provisório, tal como previsto no art. 296 do CPC/15.³⁶² Em alguns casos, há, inclusive, o polêmico redimensionamento do contraditório.³⁶³

Com efeito, a tutela a ser analisada pode ser classificada como um instrumento a serviço do devido processo legal, cuja delimitação conceitual foi proposta por Luiz Fux ainda na década de noventa. Em suma, afirmava-se que o instituto tem por fito redistribuir o ônus do tempo no processo, a fim de tutelar direitos líquidos, certos, satisfatoriamente provados, sendo preenchidos os requisitos legais que autorizam a respectiva concessão.³⁶⁴ Assim, em uma análise primária, poder-se-ia estabelecer uma estreita comparação com o mandado de segurança, no entanto não se confundem, pois, como bem esclarece o autor, a tutela da evidência não se serve apenas contra ato de autoridade, mas também contra ato de particular.³⁶⁵

Por ora o trabalho está cerceado a delinear os aspectos gerais, pois, para propor uma pretensa definição do que é tutela da evidência, é necessário reunir o que foi dito pela doutrina antes do CPC/15 e o que veio a ser construído após a vigência deste diploma processual. Isso será objeto do capítulo seguinte.

Porém, antes disso, é preciso considerar que quando se fala em evidência não se está a tratar, necessariamente, de direito líquido e certo, como se disse antigamente; do mesmo modo, também não se pretende, com isso, indicar um estrito juízo de verossimilhança.³⁶⁶ Assim, para os fins aqui propostos, interessa ventilarmos as delimitações conceituais e os critérios normativos relacionados à formação de um juízo seguro acerca do que pode ser considerado direito evidente.

³⁶² Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

³⁶³ A postergação do contraditório, sem que esteja configurado o estado de urgência, tem tido sua constitucionalidade questionada. Trataremos do tema em tópico oportuno.

³⁶⁴ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 305.

³⁶⁵ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 306.

³⁶⁶ Em sentido diverso: “o que marca a tutela da evidência é a forma como se apresenta ao juízo o caso a decidir, autorizando a lei, em determinadas hipóteses, que o provimento seja emitido com base exclusivamente na alta probabilidade de que o autor tenha razão, justificando-se o pronto deferimento do bem da vida perseguido. Nesses casos a verossimilhança aparece como critério determinante e autônomo, autorizador da sumarização.” FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 98.

2. Algumas diretrizes para identificação do “direito evidente”

2.1 Direito líquido e certo

A delimitação do que se entende por direito líquido e certo sempre esteve passeando pela doutrina,³⁶⁷ mas sem muitas definições. Tendo como porto seguro o instituto do mandado de segurança, o direito líquido e certo é referência de regramento constitucional, que passou por algumas adaptações ao longo dos anos. Na Constituição da 1934, por exemplo, era chamado de direito “certo e incontestável”, tendo sido substituído pela expressão ainda hoje utilizada apenas a partir da Constituição de 1946.³⁶⁸

O fato é que até a lei do Mandado de segurança³⁶⁹, que faz referência à expressão “direito líquido e certo”, em nada auxilia na busca do conteúdo e alcance dos seus termos. Assim, a doutrina e os tribunais assumiram amplo protagonismo na tarefa de identificar o conceito da expressão.

Baptista da Silva esclarece que não há uma categorização dos direitos em *líquidos* ou *certos* no plano do direito material, pois são conceitos imersos no âmbito do direito processual. Para o autor, a compreensão do que o legislador pretendeu significar com a locução “direito líquido e certo” impõe entender “que todo direito, tanto que existente, haverá de ser “líquido e certo”, pois seria um contrassenso lógico supor que alguém pudesse ser titular de um direito “incerto””.³⁷⁰

Nessa linha, ao autor aduz que “a maior ou menor “certeza” quanto à existência de um determinado direito depende do grau de disponibilidade probatória com que possa contar o

³⁶⁷ Como bem coloca Érico Andrade: “ora se diz que o direito não pode ser complicado, que as discussões teóricas não podem ser complexas; ora se diz que os fatos não podem ser complexos, devem ser simples e incontroversos; ora se diz que o direito e os fatos podem ser complicados, mas a prova tem de ser pré-constituída -, a jurisprudência é oscilante, e por isso o mesmo caso pode receber as mais diversas soluções, inclusive dos órgãos de cúpula do judiciário brasileiro. Evidentemente todo esse debate e oscilação jurisprudencial em torno do mandado de segurança atingem diretamente a garantia constitucional, sendo causa da instabilidade, de complicação.” ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 472.

³⁶⁸ ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 374.

³⁶⁹ *In verbis*, o art. 1º da lei 12.016/09: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

³⁷⁰ Nesse sentido, afirma: “os direitos, enquanto categorias próprias dos diversos ramos do direito material, que os estabeleçam, existem ou não existem. O que a ciência jurídica costuma indicar como “direito certo” ou “direitos verossímeis”, ou direitos “líquidos”, são categorias que dizem respeito ao processo.” SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 370.

seu titular, para demonstrá-lo ao julgador.”³⁷¹ Ou seja, a configuração do direito líquido e certo indica íntima relação com a robustez probatória apresentada em juízo.

Quanto à delimitação conceitual, doutrina clássica³⁷² costumava tratar o direito líquido e certo como aquele que se pudesse chamar de evidente, incontestável. Aquele que se afere, do ponto de vista legal e jurídico, de forma translúcida, cuja titularidade pode ser facilmente verificada. Por tal razão a doutrina de Hely Lopes Meirelles defendia que o “direito líquido e certo” seria aquele que “se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração”.³⁷³

Também em referência ao histórico de definições atribuídas, Sérgio Ferraz esclarece: “afirmou-se ser líquido e certo o direito evidente de imediato, insuscetível de controvérsia, reconhecível sem demora, identificável sem necessidade de laboriosas cogitações ou de detido exame.”³⁷⁴

De outra banda, Érico Andrade reúne o que se entende, hodiernamente, sobre direito líquido e certo, de modo que resta configurado “desde que os fatos estejam documentalmente comprovados e não exijam, para esclarecimentos, outras diligências probatórias”³⁷⁵ Para o autor, então, prevalece o conceito de que “a expressão “direito líquido e certo” tem natureza processual e traduz direito comprovado, normalmente de plano, por prova documental pré-constituída, apresentada, via de regra, com a própria petição inicial”.³⁷⁶

Nesse sentido, para fins de delimitação do que pode ser considerado direito líquido e certo, Andrade destaca que o importante é a impossibilidade de utilização ou produção de outros meios probatórios que não o documental, “mas não há exigência rigorosa, implacável, de que essa comprovação documental venha com a inicial”.³⁷⁷ Nesse sentido, quer o autor

³⁷¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 372.

³⁷² Cf. ALBUQUERQUE, Felipe Vilar de. **Direito líquido e certo em mandado de segurança**. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5. Região, Recife, n. 13, p. 231-288, mar. 2007. O autor também cita alguns nomes da doutrina que convergem nesse sentido. Tal como: FLAKS, Milton. **Mandado de Segurança – pressupostos da impetração**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 111; MAXIMILIANO, Carlos, **Comentários à Constituição** (1946). 5. ed., v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 146 e ss.

³⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ação popular**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 333.

³⁷⁴ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

³⁷⁵ Referência essa que Érico Andrade apresenta a partir das construções jurisprudenciais e da doutrina por ele consultada. Nesse sentido, cf. ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 375.

³⁷⁶ ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 376-377.

³⁷⁷ Referência essa que Érico Andrade apresenta a partir das construções jurisprudenciais e da doutrina por ele consultada. Nesse sentido, cf. ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança: a busca da verdadeira**

afirmar que não há expressa exigência de apresentação do documento juntamente com a apresentação da inicial. Esclarece que a inicial pode apenas mencionar a existência de um documento que deva ser apresentado pela parte adversa ou por um terceiro, mas que, na ocasião da impetração do mandado de segurança, ainda não estava ao alcance do impetrante.

Na mesma linha, porém sob o ponto de vista jurídico-processual, Ferraz acrescenta que a expressão ora analisada “ostenta significado marcadamente processual, traduzindo-se como aquele direito cuja base fática é demonstrável de plano, de regra sem necessidade de dilação probatória”.³⁷⁸ Assim, a possibilidade de apresentação posterior de um documento que configure o direito líquido e certo não afastaria o preenchimento dos requisitos autorizadores da concessão do referido *mandamus*.

O fato é que as amarras propositalmente firmadas em sede de configuração do direito líquido e certo têm função de limitar o rol de cabimento do mandado de segurança. Por isso se impõe a exclusividade da prova documental para se considerar líquido e certo. Além disso, nesse contexto, a apreciação do direito ainda está condicionada à tempestividade da impetração do *mandamus*, fixado em 120 dias o lapso temporal para que o jurisdicionado coagido exerça seu direito de afastar a coação.

Também é condição para a apreciação do direito líquido e certo a especificação de que o polo passivo seja autoridade coatora, tendo cabimento a ação de segurança apenas para sanar ato coator que, ilegalmente ou com abuso de poder, tenha ameaçado ou violado direito de pessoa física ou jurídica.

O que releva ao escopo deste trabalho é levantar os pontos distintivos entre institutos que se assemelham ao chamado direito evidente. Por tudo isso, não se pode dizer que o direito líquido e certo é, simplesmente, aquele que se diz evidente. Na realidade, trata-se da configuração de um direito extraído de uma configuração fática de natureza específica,³⁷⁹ que se enquadra nos requisitos legais. Sua especificidade o leva ao patamar de proteção constitucional que não coincide com os instrumentos de proteção do direito evidente, cujas

especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 381.

³⁷⁸ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35.

³⁷⁹ Nesse sentido, Érico Andrade afirma que a expressão “direito líquido e certo” deve ser compreendida em seu conjunto, e representa os “fatos que, integrantes da causa de pedir lançada na impetração, possam ser comprovados por documentos, apresentados com a inicial ou no curso da impetração, ou, ainda, pela conjugação dos documentos com as normas dos arts. 334 e 335, CPC/73 (que correspondem aos arts. 374 e 375 do CPC/15), não se admitindo como regra, a realização de outros procedimentos probatórios em sede de mandado de segurança para comprovação dos fatos.” ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 479.

exigências para configuração são distintas por determinação legal, haja vista não coincidirem os dispositivos que tratam sobre cada um dos institutos.

2.2 Juízo de verossimilhança

Quanto à delimitação da noção de verossimilhança, é necessário que antes reconheçamos o valor relativo das verdades demonstradas em documentos e depoimentos no processo. O operador do direito não pode ignorar que a verdade documentalmente comprovada é rodeada por todo um aparato fático que, diante do dinamismo das relações sociais, pode se transformar.

A limitação deste trabalho proíbe um satisfatório levantamento acerca das tantas teorias que rodeiam as concepções de verdade e da prova, além disso, essa dicotomia é necessária para sustentar o cerne do tema proposto. No entanto, a pergunta de partida que impulsiona o desenvolvimento dessa pesquisa versa, também, sobre a tutela de direitos revestidos por uma situação de evidência. Necessário se faz, assim, cuidar de alguns esclarecimentos.

Daisson Flach oferece alguns esclarecimentos ao tratar sobre o tema. Para ele, a relação estabelecida entre a verdade processual e o juízo de probabilidade ou de verossimilhança revela um novo olhar sobre a natureza jurídica da relação entre prova e verdade, e sobre o alcance dessa dicotomia na experiência judiciária. Para o autor, então:

Trata-se de visualizar a relação entre prova e verdade não mais como uma relação ontológica, mas sim teleológica. Compreender a importância da verdade na estrutura do processo e da decisão mesma, sem o fetichismo que lhe é habitualmente associado, é condição para pensar um processo mais célere e justo, em que se harmonizem os vários valores que lhe são estruturais.³⁸⁰

Além disso, em termos de concepção do que pode ser considerado “verdade” no âmbito judicial, não há que se falar em significado unívoco do vocábulo, tornando ainda mais dinâmica a busca por ela.³⁸¹

O processo deve servir ao julgador, concedendo-lhe todos os elementos relevantes para justificar sua decisão, de modo que o aproxime, na maior medida possível, da realidade retratada nas alegações das partes. Como resultado, então, Bodart lembra que a aproximação à

³⁸⁰ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 50.

³⁸¹ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 50.

realidade conduziria o julgador a “um juízo máximo sobre as premissas fáticas necessárias para o julgamento: o juízo de certeza.”³⁸²

Bodart trata também sobre a tortuosa delimitação do conceito de verossimilhança, pois, no latim, o termo *verisimilis* expressa a relação de semelhança entre uma hipótese levantada e a verdade, assim considerada no plano dos fatos.³⁸³ Dito isso, é de se notar que a própria noção do termo apresenta uma “relação”, o que já anuncia a imprecisão inerente ao seu conceito.

Contudo, tornando à doutrina de Flach, que complementa a de Bodart para os fins aqui propostos, tem-se por nota que a íntima relação entre a verossimilhança e a verdade ou ao estado subjetivo de certeza é evidenciada por estar comumente vinculada a juízos de cognição sumária³⁸⁴, nos quais o julgador tem abertura para conceder ou denegar um pedido antes de alcançada a cognição exauriente. Nessa linha, Flach afirma que “há, em diferentes autores, alusão à verossimilhança como ponto médio em uma escala de probabilidade, embora também referida com sentidos opostos, ora a mais tênue de aproximações à verdade, ora algo próximo da certeza”.³⁸⁵

O certo é que a importância maior, no âmbito processual, está no grau de semelhança entre as alegações e o juízo formado pelo magistrado acerca dos fatos. Ocorre que não se pode deixar ao arbítrio dos julgadores a tarefa de aferir se a intensidade da semelhança alcançada seria satisfatória à manutenção da ordem e da justiça, fazendo-se necessária a previsão de algumas balizas que estipulem parâmetros para o julgamento.

Sob essa perspectiva, é necessário fazer uma análise do conceito de verossimilhança como meio para se estabelecer a convicção da verdade. Pois, como esclarece Marinoni, o juiz não pode “penetrar na essência da verdade”,³⁸⁶ mas pode, todavia, encontrar os elementos suficientes para se convencer de que há verossimilhança do que foi alegado em relação aos fatos. Assim, ainda que imprecisa a delimitação conceitual do termo “verossimilhança”, impõe-se uma delimitação acerca da amplitude que ele pode alcançar no âmbito de concessão das tutelas provisórias.

No âmbito das tutelas de cognição sumária, Fonseca Costa reconhece que:

³⁸² BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.

³⁸³ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 36.

³⁸⁴ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 67.

³⁸⁵ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 67.

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12.ed. São Paulo, RT, 2011. p. 167.

De fato, quem concede liminar, nunca o faz sob juízo de certeza absoluta. Quando muito, poderá fazê-lo sob juízo de quase certeza ou de elevada probabilidade. Sem que a cognição esteja completa, não há como o magistrado proferir declaração – sem qualquer mescla de dúvida e suficientemente garantida por um critério objetivo ou racional – de que o direito alegado existe.³⁸⁷

Também sob essa perspectiva, ao tratar sobre a amplitude do conceito de “verossímil”, Athos Gusmão Carneiro afirma que, no âmbito jurídico-processual, a verossimilhança é mais que o “*fumus boni iuris*” exigível para o deferimento de medida cautelar; mas não é preciso chegar a uma “evidência indiscutível”.³⁸⁸ Assim, a verdade, bastando que seja relativa, pode levar ao processo um juízo de verossimilhança suficiente à concessão da medida pleiteada sob o rótulo de tutela sumária.

No entanto, o regramento trazido no art. 311 do CPC/15 veio cuidar da tutela ao direito considerado evidente. Ocorre que o vocábulo evidência é polissêmico. Assim, para que seja possível analisá-lo satisfatoriamente, cumpre delimitar qual sentido deve ser adotado no presente trabalho, o que será apreciado no tópico que segue.

2.3 Evidência do direito

O vocábulo *evidência* parece se relacionar a algo que seja revelado de forma clara e translúcida; tornar-se-ia evidente e, então, dispensaria quaisquer questionamentos. Adquire, assim, característica semelhante ao que se considera incontroverso. Tendo em vista a similitude de sentido entre os termos, Ruy Zoch Rodrigues apresenta algumas considerações oportunas:

“Incontroverso” é atributo do que é certo. Bem por isso na etimologia da palavra, segundo Antonio Houaiss, um dos sentidos é “indiscutível”, outro é “indubitável”. Já a expressão “evidente” ou “evidência”, também considerada etimologicamente, significa “o que não oferece dúvida”. Portanto, mesmo na exegese mais pobre – a literal – é viável dizer que o “evidente” é também incontroverso, porque indubitável.³⁸⁹

No plano processual, todavia, demais aspectos devem ser considerados, já que a evidência de um direito, dependendo da interpretação que lhe seja dada, será capaz de gerar irremediáveis efeitos no plano material.

Sobre a natureza jurídica da *evidência* no âmbito processual, Didier-Braga-Alexandria de Oliveira afirmam que: “é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela

³⁸⁷ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 33.

³⁸⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 27.

³⁸⁹ RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 p. 199

jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada.”³⁹⁰ Na realidade, a evidência é pressuposto fático para que se aplique uma técnica processual com fito à obtenção da tutela.

Já a compreensão do que seria direito evidente poder-se-ia resumir em um direito que, rodeado de evidências, revela-se incontestável. Nesse sentido, cabe trazeremos à colação alguns apontamentos de Luiz Fux:

É evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontrovertidos, 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.³⁹¹

Mais adiante, Fux acrescenta que, sob a perspectiva processual, considera-se direito evidente aquele cuja prova dos fatos indica que são incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.³⁹² Nesse aspecto, o autor parece aproximar a tutela da evidência ao já mencionado instituto do *référé*, pertencente ao direito francês, o que não merece prosperar tomando a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, que incorporou outras peculiaridades ao tratar do tema.

O legislador do CPC/15 optou por especificar as situações nas quais seria possível caracterizar pelo rótulo de evidente o direito aduzido na demanda;³⁹³ cabendo ao aplicador do direito identificar a reunião dos requisitos estabelecidos para que seja concedida a tutela da evidência.

Para Fux³⁹⁴, a evidência é a qualidade atribuída ao estado de grau elevado de *fumus boni iuris*. Já sob o aspecto processual, a pretensão pleiteada, para ser satisfeita com a tutela jurisdicional procedente, demanda arcabouço probatório. Como bem sintetiza Luiz Fux,

³⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2015. p. 617. No mesmo sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 324.

³⁹¹ FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Revista de Jurisprudência do STJ (Brasília), v.2, p.23-43, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 29 de mar. 2016. p. 6.

³⁹² FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 311.

³⁹³ Assim, o texto do artigo 311 do CPC 2015 dispõe: “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”.

³⁹⁴ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 317.

quando se fala em direito evidente, significa direito evidenciado ao juízo através das provas.³⁹⁵

Assim, o direito evidente surge a partir de um alicerce documental constituído pelas provas apresentadas pela parte. Na doutrina de Fux, para que ocorra a antecipação de um provimento jurídico com base em evidência, verifica-se mais que o *fumus boni iuris*, pois a tutela da evidência apegar-se ao que se mostrar incontroverso: o material probatório.³⁹⁶

De outro lado, Fonseca Costa³⁹⁷ defende que a evidência é o próprio *fumus boni iuris*, passível de gradação. Sendo que, para o autor, a presença deste pressuposto pode se dar de formas diferentes, tendo por consequência a definição do grau de certeza alcançado. Nesse sentido, esclarece o autor que as situações nas quais há o *fumus boni iuris* podem ser ordenadas ao passo que o direito possa estar revestido de: a) certeza positiva, b) probabilidade positiva; c) verossimilhança ou aparência positiva; d) dúvida.³⁹⁸

A certeza positiva, para Fonseca Costa, se verifica quando a declaração do direito coincide com objeto de lei interpretativa; portaria do Poder Executivo que dispense o oferecimento de contestação ou a interposição de recurso pelos seus órgãos de representação judicial; jurisprudência unânime dos Tribunais Superiores; súmula vinculante do STF; julgamento de recurso extraordinário dotado de repercussão geral; resolução do Senado Federal que suste a eficácia de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF; decisão definitiva do STF em ação declarativa de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Para o autor, reveste-se no mesmo sentido “o direito cujo suporte fático seja incontroverso em razão de não-contestação, reconhecimento jurídico parcial do pedido ou oposição de exceção substancial indireta infundada”.³⁹⁹

O *fumus boni iuris* equivale à probabilidade positiva, para Fonseca Costa, quando o direito alegado seja objeto de jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores e jurisprudência unânime dos Tribunais Inferiores; bem como de decisão provisória do Supremo, em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e

³⁹⁵ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.311

³⁹⁶ Quanto ao firmado pelo autor, relevante é a crítica delineada por Roberto Gouveia, no trecho a seguir: O que seria isso? Não existe algo como uma “régua fundamental” que permita passar do *fumus boni iuris* em alto ou máximo grau para uma outra categoria, a assim concebida evidência. Também não existe qualquer metodologia, do ângulo da epistemologia moderna, ou amparada nas teorias da verdade³⁹⁶, que permita a definição matemática da evidência em sede de tutela provisória. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I. p. 462.

³⁹⁷ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 71-75.

³⁹⁸ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 186-188.

³⁹⁹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 186-188.

arguição de descumprimento de preceito fundamental; ou ainda de súmula não-vinculativa (do STF, não aprovada por 2/3 de seus membros, ou dos demais Tribunais Superiores).⁴⁰⁰

Também aduz que o *fumus boni iuris* equivale à verossimilhança ou aparência positiva quando o direito estiver “reconhecido por jurisprudência levemente majoritária dos Tribunais Superiores ou por jurisprudência altamente majoritária de Tribunais Inferiores.” Aduzindo, ainda, que se reveste de dúvida aquele direito “cujo reconhecimento seja objeto de divergências jurisprudenciais nos Tribunais Superiores, ou jurisprudência levemente majoritária ou levemente minoritária dos Tribunais Inferiores”.⁴⁰¹

No entanto, a classificação de Fonseca Costa, embora didática e de tamanha contribuição doutrinária, não carrega identidade com o que o CPC/15 veio considerar direito evidente, pois, para o diploma processual, a sua configuração resulta do preenchimento dos pressupostos elencados na norma legal. Por tal razão, como veremos adiante, há quem afirme pela necessária tipicidade das tutelas de evidência, conferindo taxatividade ao rol previsto no art. 311. O que não merece prosperar, em razão de o próprio diploma processual carregar outras previsões normativas que autorizam a concessão da tutela com base na evidência, sem que, em razão disso, tenha sido necessário emprestar o mesmo rótulo à medida jurídica⁴⁰².

3. Contribuições da destacada doutrina brasileira para a consolidação de uma teoria da tutela da evidência

3.1 Luiz Fux

Luiz Fux se debruçou sobre a tutela da evidência muitos anos antes da elaboração do projeto do CPC/15, tempo no qual o nome dado ao instituto não era sequer mencionado na legislação brasileira. Na obra “tutela de segurança e tutela da evidência”, Fux já observava a quebra na estrutura tradicional de classificação das tutelas provisórias, afirmando que não é indissolúvel a conexão entre sumariedade da cognição e o juízo de probabilidade do direito, reconhecendo, portanto, a possibilidade de a cognição sumária se pautar em direito evidente e, assim, em cognição plena. Para o autor, então, cognição sumária não se opõe à cognição exauriente.⁴⁰³

⁴⁰⁰ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 186-188.

⁴⁰¹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 188.

⁴⁰² Como exemplo: as liminares possessórias que garantem a possibilidade de manutenção ou reintegração de posse prescindem da demonstração de urgência, prevista nos artigos 562 e seguintes do CPC/15; a tutela monitoria, hoje prevista no art. 700 CPC/15.

⁴⁰³ Nesse sentido, esclarece o autor: “o direito evidente, fartamente comprovado, admite uma cognição rápida, sumária e exauriente.” FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 9.

Para o Fux, o deferimento da tutela da evidência não denota simplesmente a presença do *fumus boni iuris*, pertinente às tutelas de urgência – trata-se de consequência do status de cognição exauriente, que decorre da evidência do direito.⁴⁰⁴ O que vem a corroborar com a ideia de que o grau de cognição não deve ser critério único para determinar se a medida concedida será definitiva ou provisória, pois, como já afirmado neste trabalho, o regime eficaz das tutelas jurisdicionais é determinado, sim, pela previsão normativa.⁴⁰⁵

O autor fez um apanhado geral sobre a tratativa dada aos direitos evidentes na evolução do instituto da tutela da evidência em um constante comparativo entre a tutela satisfativa de segurança e o que ele já chamava de tutela da evidência⁴⁰⁶.

Sob uma perspectiva histórica, ele afirma que o direito brasileiro esteve fiel à doutrina pilar dos interditos, sobretudo no que tange à técnica de proteção do direito evidente. Nesse sentido, comenta que o nosso Código Civil de 1916 (vigente à época da publicação da mencionada obra do autor) contemplava, “numa certa gradação da evidência, a autotutela, a sumariedade da tutela possessória e a ordinaryidade diante da incerteza inicial.” Acrescenta o autor que “essa própria diferença procedimental na tutela possessória denota de uma eleição no direito nacional por uma tutela diferenciada, conforme seja ou não evidente o direito alegado.”⁴⁰⁷

Fux também traça um elo comparativo entre a tutela da evidência e o tradicionalíssimo instituto do *référé*, do direito francês, uma vez que a sistemática deste último permite a concessão da tutela antecipada dos direitos evidentes na quase totalidade dos casos que se apresentam à *jurisdiction des référés*.⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 310. Em sentido diverso: “Mais importante, não se pode perder de vista, à luz do processo civil constitucional, que toda tutela provisória, mesmo a tutela de evidência, carrega o timbre da cognição sumária.” GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; Di Spirito, Marco Paulo Denucci. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I. p. 463.

⁴⁰⁵ Nesse sentido, cumpre rememorar o tópico desenvolvido no capítulo 3, no qual se afirmou, em conclusão: “Por tudo isso é de se aceitar que a provisoriedade, em verdade, decorreria da precariedade da medida veiculada na decisão, e não do grau de cognição no qual esteve fundada. Decorreria, assim, do que prevê a norma jurídica acerca eficácia da decisão que contém a medida, seja ela de urgência ou de evidência.”

⁴⁰⁶ Nesse sentido, o autor afirma: “A nossa proposta é exatamente suscitar um desafio entre os experts quanto à existência no direito brasileiro de um processo verdadeiramente sumário, através do qual a parte, diante de uma situação de perigo ou de evidência do direito, pode utilizar-se do procedimento cautelar para fins satisfativos, submetendo a sua pretensão a uma sumária *cognitio sui generis*, finda a qual a decisão judicial há de prevalecer com força do caso julgado tal como as demais sentenças de conhecimento, exatamente por encerrar a última palavra do judiciário acerca do litígio, de tal sorte que não lhe reste mais qualquer utilidade noutra provimento, tornando-a carente de interesse de agir.” FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 378

⁴⁰⁷ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 328.

⁴⁰⁸ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 329.

Cumpra destacar que a proposta de Fux esteve concentrada em conferir aos os direitos evidentes o mesmo regime jurídico da tutela de segurança, da forma que se pudesse conceder “provimento imediato, satisfativo e realizador, com ordenação, admitindo-se na mesma relação processual eventuais perdas e danos caso advenha a reforma diante de situação irreversível ou não.”⁴⁰⁹

Além disso, para o autor, a presença da evidência do direito, por si só, excluiria o status de cognição sumária, pois ele considera que o próprio objeto litigioso já se ofereceu completo ao juízo.⁴¹⁰ O que ele vem ratificar mais a frente, quando considera que “as presunções legais que induzem à evidência são as “absolutas” – *praesumptiones juris et de jure*, em contraposição às “relativas” – *praesumptiones juris tantum*”⁴¹¹. Assim, para ele, restando configurada a evidência do direito a partir do que foi levado ao juízo, não haveria qualquer razão para obstaculizar a concessão da medida pleiteada.

De outra banda, sob o prisma procedimental, o autor delineia que a cognição judicial da evidência viria a permitir tanto o deferimento *initio litis* como também o indeferimento, sendo certo que, neste último caso, entra em voga também o regime jurídico da segurança. Assim, pode o juiz, por exemplo, indeferir de plano a inicial quando restar evidente a inexistência do direito alegado, não configurando qualquer violação do contraditório.⁴¹²

Ainda no tocante ao procedimento, é relevante transcrever a descrição de Fux, quando esclarece que:

a tutela da evidência sugere sumariedade “formal”, como pretendem alguns, vale dizer: procedimento comprimido, que pode ordinarizar-se conforme o juízo considere ou não evidente o direito alegado. Assim, pleiteada a tutela da evidência e deferida a liminar antecipatória, o demandado será citado para oferecer a sua defesa, quando, então, será observada a necessidade de prosseguir-se para reversão ao estado anterior ou fixação de perdas e danos. Indeferida a tutela pela falta da evidência, prossegue-se, nos mesmos autos, para a dissipação dessa incerteza com as etapas necessárias ao descobrimento da verdade.⁴¹³

O procedimento de concessão da tutela de evidência nos moldes descritos por Fux – ressalte-se, 20 anos antes da efetiva vigência do CPC/15 – não é em todo coincidente com a tratativa conferida ao instituto pelo nosso diploma processual. Todavia, coincide com a

⁴⁰⁹ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 309.

⁴¹⁰ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 309.

⁴¹¹ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 314.

⁴¹² FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 317.

⁴¹³ E o autor continua, com expressa comparação entre o procedimento conferido à tutela da evidência e aquele conferido ao procedimento tipicamente monitorio: “Essa mutação processual *in tinere* é característica desses processos monitorios-injuncionais, bastando recordar-se o modelo europeu, as antigas cominatórias, bem como procedimentos especiais que recaem no ordinário após um preâmbulo “especial”, como, v.g., o procedimento do usucapião, da ação possessória etc.” FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 310.

referência à sumariedade formal mencionada pelo autor, pois o requerimento da tutela da evidência no âmbito do CPC/15 enseja a abreviação do trâmite processual no que se refere ao tempo despendido para a apreciação da medida de conteúdo satisfativo que foi pleiteada.⁴¹⁴

Fux afirma que a sumarização formal alcançada pela tutela da evidência vem inserir o instituto no status de garantia constitucional do acesso à justiça, sob o rótulo de “tutela adequada e processo devido”. Isso se deve ao fato de promover a atuação do juiz no sentido de “prestar uma rápida solução dos litígios, velando pela manutenção do interesse de prosseguir o processo na busca da verdade, dispensando esse prolongamento desnecessário, à luz da efetividade, toda vez que se verifique que o “direito evidente” reclama provimento imediato.”⁴¹⁵

Por fim, em defesa do instituto, o autor acerta ao afirmar que a tutela da evidência promove a interpretação das regras processuais sob a perspectiva da instrumentalidade, inspirada na indissociável ligação entre o direito formal e o direito material que se pretende aplicável à questão *sub judice*. E conclui:

Enfim, a tutela da evidência é regra *in procedendo* para o aplicador do direito que não está tão atrelado assim à “lógica formal”, mas, antes, à percepção dos fatores lógicos, axiológicos e éticos que antecedem essa operação de aplicação jurisdicional do direito.”⁴¹⁶

A obra de Fux não só veio reforçar o uso do termo “tutela da evidência” no âmbito do direito processual civil como pretendeu delinear a tratativa que deveria ser dada ao instituto, elevando-o ao status de garantidor dos princípios constitucionais de acesso à justiça, do devido processo legal e da razoável duração do processo. Assim, para o autor:

A tutela da evidência, ora proposta, é mais ampla e alcança todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos, tendo como finalidade estender a tutela antecipatória a todos os direitos evidentes, pela inegável desnecessidade de aguardar-se o desenrolar de um itinerário custoso e ritualizado em busca de algo que se evidencia no limiar da causa posta em juízo.⁴¹⁷

O fato é que o autor trouxe uma visão pragmática de um instituto que veio servir à instrumentalidade processo, sobretudo, em atenção à efetividade, o que, certamente, também inspirou⁴¹⁸ a Comissão de juristas do PL n.º 8.046/2010, regida sob sua presidência.

⁴¹⁴ No entanto, cumpre salientar que esta sumariedade formal promovida pelo regime regrado no CPC/15 não significa o afastamento da provisoriedade da tutela concedida com base na evidência. Isso decorre da previsão contida no art. 296 do próprio diploma processual, que faz expressa referência à precariedade das tutelas de urgência e de evidência ainda nas disposições gerais do livro V.

⁴¹⁵ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 333.

⁴¹⁶ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 333.

⁴¹⁷ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. Revista de Jurisprudência do STJ (Brasília), v.2, p.23-43, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 29 de mar. 2016. p.13.

⁴¹⁸ Fica evidente a inspiração encartada na exposição de motivos do PL n.º 8.046/2010 – Lei 13.105/2015, no trecho que segue: “O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela

3.2 Eduardo José da Fonseca Costa

Eduardo Fonseca Costa debruçou-se sobre a temática das liminares ainda sob a égide do CPC/73, na obra *Direito vivo das liminares*, tomando logo em conta que os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* não são autônomos entre si, mas *interdependentes*.⁴¹⁹ Para sustentar sua tese, Fonseca Costa projeta uma inédita abordagem empírica⁴²⁰, descritiva e indutiva⁴²¹ sobre como se dá a apreciação dos pressupostos pelos julgadores quando da concessão das liminares; enquanto que, para isso, abstraiu o autor, a vinculação ao que prescreve a estrita redação legal.⁴²²

Esclarece o autor que o objetivo de sua obra foi o de buscar o exercício de um novo modelo de ciência dogmática do processo, de modo que tornasse menos exegético e mais pragmático. Sendo, assim, um modelo heurístico, que teria por objeto não apenas os textos de normas jurídicas, mas comportamentos sociais. Assim, completa:

Procura-se, a partir de heterogênea e dinâmica vivência forense, “descobrir” os “padrões normativos” que regem a concessão de medidas liminares (e não exatamente intuir “essências normativas”, o que é próprio de uma fenomenologia). Quer-se, enfim, realizar uma construção teórico-processual que não impinja propostas canônicas e modelos *a priori* a prática diária das liminares, mas que se operacionaliza e a partir de *corpora* normativos “autênticos” e que esteja a serviço da usança social que se faz dos textos de direito positivo referente à concessão das tutelas liminares.⁴²³

Seu objetivo, então, gravita em torno de se estabelecer uma análise eminentemente sociológica da prática jurisdicional que trata da concessão das liminares, buscando descrever as peculiaridade dessa tratativa “a partir de elementos *empírico-comportamentais*, em um incessante estado de interação (interpretação *pragmática*), não a partir de elementos *frásico-*

à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano.”

⁴¹⁹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 41.

⁴²⁰ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 48.

⁴²¹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 45.

⁴²² Nas palavras do autor “quer-se ressaltar *descritivamente* a experiência vivida das concessões de tutela *in initio litis*, em detrimento das diretrizes preestabelecidas pelo texto de lei vigente. Não se deseja, pois, decifrar dispositivos legais com o olhar de um hermeneuta. Evitar-se-á qualquer espécie de “ontologia teórica” que se sirva de categorização dogmáticas prévias fundadas exclusivamente em dados do Código de Processo Civil e das leis processuais civis extravagantes” FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 42-44.

⁴²³ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 45.

textuais que pertençam ao nível geral, abstrato e estático da lei (interpretação *hermenêutica*).”⁴²⁴

Além disso, ele parte do pressuposto de que “a experiência das tutelas de urgência no dia a dia do Poder Judiciário revela que a aparência do direito alegado e o *perigo de dano* são nada mais do que aspectos distintos de uma mesma realidade”. Nessa toada, Fonseca Costa propôs um enfoque novo e alternativo que veio auxiliar a processualística brasileira, pois pretendeu superar a cisão havida entre a dogmática do processo e a sociologia do processo, para conquistar uma *pragmática processual*⁴²⁵ – o que talvez tenha mesmo conseguido, ao menos no âmbito de alcance do tema.

Quanto à delimitação conceitual do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, Fonseca Costa identificou que tais expressões normativas padecem de indeterminabilidade semântica, carecendo de apreciação prévia por parte do julgador, para que sejam valoradas, instruindo o ato decisório.⁴²⁶

Vê-se, assim, que os pressupostos teriam, para o autor, a peculiar característica de serem facilmente identificados em diversos tipos de realidade fática que sejam apresentadas ao julgador, pois se adequam, para mais ou para menos, ao conceito pré-definido na doutrina ou na jurisprudência. O que afirma Fonseca Costa nos termos a seguir:

Pragmática não tem como ponto de partida as normas, mas os comportamentos dos seus destinatários, tal como orientados por elas. Confere-se, assim, uma maior empiricidade à ciência jurídica e tenta-se libertar o jurista da tentação de elaborar uma dogmática assaz abstrata e embebida somente em conceitos a priori. Nesse sentido, a postura jurídico-pragmática acaba menosprezando a importância de divergências analíticas (por vezes tão acirradas entre os juristas).⁴²⁷

É nesse contexto, então, que ganha relevância a proposta por uma pragmática processual, ou, como prefere Fonseca Costa, *pragmática processual compreensiva*⁴²⁸ pois,

⁴²⁴ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 46.

⁴²⁵ Nesse sentido, o autor acrescenta: “Como cedo, a dogmática jurídica – e, em especial, a dogmática do processo civil – não é uma ciência homogênea e monolítica. Sob o ponto de vista *abstrato*, ela pode ser dividida em três modelos: *analítico* (que aprecia as conceituações, definições, classificações, sistematizações e explicações), *hermenêutico* (que objetivam apanhar interpretativamente o programa prescritivo e o âmbito de aplicação das normas) e *pragmático* (que busca a compreensão empírica dos comportamentos sociais orientado pelas normas e, a partir daí, uma orientação metódica para tomada de decisões jurídicas). Porém, sob o ponto de vista *concreto*, esses modelos integram entre si e quase nunca se apresentam sozinhos nos discursos científicos *reais*, embora possa haver – e, na verdade, sempre há – a ponderância de um sobre o outro. Ou seja, o jurista, ao enfrentar um problema de decidibilidade, de raro em raro se fixa em um único modelo dogmático: ora dá prioridade a um deles, ora os coloca em PE de igualdade.” FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 46-47.

⁴²⁶ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 50-51.

⁴²⁷ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 57-58.

⁴²⁸ “Com isso, nota-se o papel primordial a ser desempenhado pela Pragmática Processual Compreensiva. À medida que o direito positivo deixa de ser um mero dado textual carente de explicação e passa a ser um construído significativo resultante das elaborações dogmáticas, a Pragmática Compreensiva tenta fechar as valas existentes entre o “direito formal” dos Diários Oficiais e o “direito vivo” das atitudes forenses espontâneas.

como afirma o autor, enquanto a Analítica e a Hermenêutica apreciam o Direito enquanto sistema de normas, uma das vertentes da Pragmática considera-o um sistema de comportamentos, que, por sua vez, aprecia o comportamento dos usuários perante as normas.

Para Fonseca Costa, o *fumus boni iuris* é o pressuposto que vem representar a evidência do direito, ao passo que o *periculum in mora* cuida de representar a urgência. Nessa linha, o autor afirma que:

Existem vários graus e formas de urgência (“*damnum irreparabile*”, “*danno marginale*”, “*pericolo di infruttuosità*”, “*pericolo di tardività*”, “simples incômodo”, “dano provável”, “dano possível”, etc.), todos eles abrangidos pelo termo *periculum in mora*. Da mesma maneira, existem vários níveis de evidência (“certeza”, “probabilidade”, “verossimilhança”, “aparência”, “afirmação hipotética”, etc.), todos eles compreendidos no termo *fumus boni iuris*⁷. Fica claro, pois, que *urgência* e *evidência* constituem as duas grandes vigas sobre as quais o fenômeno das tutelas liminares se estrutura. Saber qual o conteúdo dos termos *urgência* e *evidência* é algo que só se pode extrair de cada caso *sub iudice*, competindo ao juiz avaliar se os graus de evidência e de urgência apresentados *in concreto* são suficientes para a concessão da medida (a não ser nos casos em que essa suficiência é “normada”, ou seja, é *presumida* pela lei).⁴²⁹

Com isso, ele explica que atribui um sentido diferente ao vocábulo *evidência* em relação ao que propôs o já analisado autor, Luiz Fux. Todavia, tanto este último quanto aquele acertam ao identificar a equivalência entre evidência e *fumus boni iuris*, divergindo apenas quanto ao que pode ser objeto de gradação. Para Fux⁴³⁰, a evidência é a qualidade atribuída ao estado de grau elevado de *fumus boni iuris*, enquanto que, para Fonseca Costa⁴³¹, a evidência é o próprio *fumus boni iuris*, passível de gradação.

O que, para nós, não significa dizer que um ou outro autor teria mais ou menos razão. É que, por sua inerente indeterminabilidade (reconhecida por Fonseca Costa⁴³²), o *fumus boni iuris* pode se apresentar em diferentes graus de intensidade sem que disso decorra o abandono dos limites da sua própria definição terminológica. Assim, na doutrina de ambos os autores, afirmar o estado de evidência do direito, seja ela extremada ou minguada, sempre vai significar o reconhecimento da presença do *fumus boni iuris*.

Por tudo isso, tem razão o autor, ainda no início de sua obra, ao afirmar que:

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* relacionam-se de maneira menos mecânica e simplista: pode ser que a presença “minguada” de um pressuposto seja “compensada” pela presença “exagerada” do outro e que, por esse motivo, a liminar

Assim atuando, o jurista alivia as tensões de ruptura comuns entre a teoria processual e a práxis forense, reajustando o CPC e a legislação processual extravagante às práticas diárias que se rebelam contra a inadequação ou a lacuna dos textos de lei.” FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 63.

⁴²⁹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 153.

⁴³⁰ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 317.

⁴³¹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 73.

⁴³² FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 53-54.

seja concedida. Isso não significa, contudo, que os juízes incorrem em um uso normativo *contra legem*. Na verdade, trata-se apenas do direito processual vigente, tal como aplicado pela jurisprudência.⁴³³

Com isso, o autor anota que os pressupostos se comportam como *traços tipológicos*⁴³⁴ e devem ser considerados *pautas móveis*, que podem apresentar graus distintos. Assim, o autor acerta ao afirmar que a realização do direito pela via da *subsunção* não pertence à realidade das tutelas liminares, não sendo possível fixar um tipo de enquadramento do contexto fático aos pressupostos sem que seja concedida uma margem de concretização a ser realizada pelo julgador antes da efetiva aplicação da norma ao caso.

Assim, no tipo, a “subsunção” deixa de ter uma imagem *atomística, mecanicista e retilínea* passa a ter uma imagem *adaptativa, molecular e circular*: o juiz somente saberá se a norma jurídica vai incidir após apreender *globalmente* todos os elementos em jogo, em meio a um *círculo hermenêutico*, no qual não se pode compreender o todo sem compreender as partes nem compreender as partes sem compreender o todo. Daí se nota que, para o “direito morto”, a concessão dos provimentos liminares nada mais é do que uma “apreensão linear somatória” de pressupostos descontínuos [= postura *analítica*, própria da visão *conceitualista*]. Contudo, no “direito vivo”, esses pressupostos não são enxergados em série e decodificados um a um, mas simultaneamente co-apreendidos num todo coesivo [= postura *sintética*, própria de uma visão *tipológica*].⁴³⁵

E, em vistas disso, toma-se uma nova perspectiva sobre o manejo das liminares no processo civil brasileiro, reconhecendo-se que, por vezes, há liminares sendo concedidas sem que tenha sido tomado em consideração o pressuposto do *periculum in mora*. O que ocorre quando o magistrado se depara com uma pretensão de direito material de existência quase certa. “Ou seja, apesar de o julgador estar adstrito a um espectro de visão bastante limitado,

⁴³³ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 24.

⁴³⁴ Sobre o tema da categoria do tipo e do sistema móvel, o autor toma por empréstimo as doutrinas de Karl Larenz e de Wlaler Wilburg, respectivamente. Nessa linha, afirma: “Ora, abstraindo-se as análises promovidas por Wilburg a respeito da responsabilidade extracontratual, seu “sistema móvel” encaixa-se como uma luva na explicação das “leis” que regem a concessão de tutelas liminares na experiência jurídica brasileira. O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* também são “elementos” ou “forças” que se articulam de forma variável, sem absolutismo e rigidez dimensional, nos processos concretos de concessão de provimentos jurisdicionais *in initio litis*. Logo, para que o juiz defira o pedido de liminar, não se pressupõe a convergência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*: é possível que eles se substituam mutuamente, desde que o único pressuposto presente tenha um “peso especial” (especialidade essa que pode ser presumida por lei, ou aquilatada pelo juiz a partir dos dados fornecidos pelo caso e dentro de uma “margem de discricionariedade controlada”). Daí se nota a importância metodológica da ideia de “mobilidade” para os estudos jurídico-processuais no Brasil, já que ela não só abranda o conceitualismo rígido em que estão mergulhados, como também ajuda a ordenação de manifestações judiciais de complexidade acentuada (como é o caso das decisões concessivas de liminar). Pensando bem, é muito provável que entre os elementos descritos nas hipóteses de incidência de outras normas processuais também haja a mesma intermutabilidade e a mesma falta de hierarquia intra-sistemática que caracteriza a relação entre os pressupostos para a concessão das providências liminares. Decerto, essa “conformação móvel” aumentaria a responsabilidade do juiz quando da aplicação do direito processual civil; contudo, permitir-lhe-ia ser mais justo, sem que nas suas decisões tivesse de apelar apenas para a equidade, para sentimentalismos ou para conceitos similares desprovidos de conteúdo.” FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 161-163.

⁴³⁵ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p.. 165.

ainda assim sua análise não pode ser taxada, simplesmente, de perfunctória, visto que a procedência da demanda salta-lhe aos olhos *simpliciter et de plano*.” Com isso, conclui o autor no sentido de que “a estreiteza da cognição sumária não é suficiente para ceifar o direito de sua ululante evidência”.⁴³⁶

Esse contexto autoriza o magistrado a focar a atenção ao *fumus boni iuris* quando da formação do ato decisório. Para Fonseca Costa, “é como se o “excesso” de *fumus boni iuris* deformasse o campo de gravidade das tutelas de urgência e afastasse do *periculum in mora* o centro de equilíbrio do sistema.”⁴³⁷ Assim, o tempo de espera pela solução do conflito passa a ser medida da justiça, pois quanto mais demorar a apreciação do direito que se mostrou quase certo, maior será a lesão ao jurisdicionado que carrega a razão.

Nesses casos, passa-se a manejar a chamada tutela de evidência, ou, como descreve Fonseca Costa, “equivale a uma “tutela de evidência extremada sem urgência” ou a uma “tutela de evidência extremada pura”. Ela corresponde à tutela de um direito subjetivo que, de tão claro, impele a uma rápida proteção jurisdicional”⁴³⁸

Não achamos, por isso, que deva ser abandonada a categorização do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* como pressupostos para a concessão das liminares. Na realidade, passou-se a reconhecer neles pressupostos independentes, que podem, ora apresentar-se em conjunto, ora separadamente, desde que a sua presença, de um modo ou de outro, seja suficiente para garantir a justiça da concessão da tutela pleiteada.

Sob a perspectiva estrutural tomando por base a interdependência que há entre os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, já na obra de 2011, Fonseca Costa identificou uma tipologia das tutelas provisórias,⁴³⁹ que, sob a égide do CPC/15, foram rebatizadas pelo próprio autor, tendo sido mantida, todavia, a mesma pretensão semântica. Assim, o autor fala nos seguintes oito tipos de tutelas provisórias:

- i) tutela pura de *fumus* extremado (que é a “tutela da evidência” a que alude o CPC/15); ii) tutela pura de *periculum* extremado; iii) tutela de *fumus* extremado e *periculum* não extremado; iv) tutela de *periculum* e *fumus* não extremado; v) tutela de *fumus* e *periculum* extremados; vi) tutela de *fumus* e *periculum* extremados; vii)

⁴³⁶ FONSECA COSTA, Eduardo José da. FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 73-75.

⁴³⁷ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 74-75.

⁴³⁸ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp.74-75.

⁴³⁹ Assim, consolidando-se a *série de tipos empíricos* exposta anteriormente, tem-se que as tutelas liminares podem ser organizadas da seguinte maneira: A. *tutela de evidência extremada pura*; B. *tutela de urgência extremada pura*; C. *tutela de evidência extremada e urgência não-extremada*; D. *tutela de urgência extremada e evidência não-extremada*; E. *tutela de evidência e urgência extremadas*; F. *tutela de evidência e urgência não-extremadas*; G. *tutela de evidência pura de extremidade legalmente presumida*; H. *tutela de urgência pura de extremidade legalmente presumida*.” FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. 172.

tutela pura de *fumus* de extremidade presumida; viii) tutela pura de *periculum* de extremidade presumida.⁴⁴⁰

A classificação de Fonseca Costa, ora toma por base a previsão legal, ora parte da construção jurisprudencial que, em contato com o *direito vivo*, produz exemplos dos vários tipos de tutelas provisórias rotulados pelo autor.

Para o presente trabalho, importa sobremaneira analisar aquela que o autor chamava de *tutela de evidência extremada pura*, que hoje prefere chamar de *tutela pura de fumus extremado*. Neste tipo de tutela verifica-se a presença extremada do *fumus boni iuris*.

Não custa lembrar que Fonseca Costa, ao construir sua tese, a fez sob a égide do CPC/73, quando não havia previsão normativa que falasse expressamente em tutela da evidência. Assim, a aplicação do instituto dependia de construção hermenêutica, embasada, assim, nas premissas que o próprio autor levantou em seu trabalho. De outra banda, o autor reconhecia que havia casos em que o julgador não aferia concretamente a presença exagerada do *fumus boni iuris* no caso apresentado, pois o *status* de evidência do direito decorria de presunção legal. O que esclarece no trecho a seguir:

Há casos de tutela de evidência pura extremada em que a presença exagerada do *fumus boni iuris* não é verificada concretamente pelo julgador, mas presumida se estiverem coligidos determinados elementos fático-probatórios, qualificados pela lei como de evidência suficiente para a concessão da liminar. Ou seja, nessas tutelas, há uma *presunção* (relativa) da certeza do direito. Daí por que, aqui, o juiz não tem a liberdade de estimar a “suficiência compensatória” do *fumus boni iuris* em face da ausência de *periculum in mora*: a própria lei presume que essa suficiência existe e que, portanto, o direito afirmado pelo autor é certo.⁴⁴¹

Como lembra o autor, é o que já acontecia com a liminar de desocupação de imóvel em ação de despejo; a liminar de busca e apreensão em alienação fiduciária; a liminar de manutenção ou de reintegração de posse nova; a liminar dos embargos de terceiro; a liminar de bem apreendido com reserva de domínio⁴⁴²; e a liminar do art. 273, II do CPC/73, na qual a presença do abuso do direito de defesa é elemento que eleva a verossimilhança ao *status* de evidência do direito. Em todos esses casos, aquele que pleiteia a tutela da evidência só carrega o ônus de demonstrar a presença do *fumus boni iuris*, sendo, assim, dispensado de demonstrar a existência do *periculum in mora*.

⁴⁴⁰ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 425.

⁴⁴¹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 137.

⁴⁴² Respectivamente constantes nas seguintes legislações: Lei 8.245/91, art. 59, § 1º; Decreto-lei 911/69, art. 3º; art. 928 do CPC/73; art. 1.051 do CPC/73; art. 1.071 do CPC/73.

Em suma de tudo que foi delineado ainda na obra de 2011, Fonseca Costa elenca os fatos que ensejam o *status* de evidência do direito alegado.

a) fatos notórios (e.g., direito à indenização decorrente de acidente notório causado por obras do Estado); b) fatos incontroversos (CPC, art. 273, § 6o); c) presunções absolutas (e.g., direito da consorte de adquirir, a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica, visto que se opera em favor dela a autorização do marido); d) provas emprestadas (e.g., direito à reparação e à realização dos consertos necessários caso exista perícia anterior na qual se tenha verificado a causa e autoria dos vazamentos danificadores da propriedade vizinha); e) questão prejudicial decidida como coisa julgada e posta como premissa de direito submetido a outro juízo (e.g., direito de exigir um não-fazer caso o fazer se funde num contrato anulado por outro juízo); f) conduta *contra legem aferível prima facie* (e.g., direito à demolição de construção que afronta distância mínima estabelecida entre os prédios); g) provas produzidas antecipadamente (CPC, arts. 846 a 851); h) fatos confessados em outro processo; i) prova documental pré-constituída; j) decadência e prescrição (e.g., direito à cessação de moléstia baseada em direito decadente); etc.⁴⁴³

No entanto, como reconhece o próprio autor, a robustez da prova do suporte fático é elemento que poderá servir para aferir o grau de probabilidade do direito alegado, embora não seja possível tentar estabelecer uma ordem de relevância entre tais hipóteses pré-concebidas, pois só será possível verificar caso a caso, quando restar apreciado todo o bloco fático-probatório apresentado.

Por tudo acima exposto, impõe concluirmos que não podemos deixar acontecer o que foi prenunciado por Fonseca Costa, enquanto o CPC ainda era projeto: o grave risco de que os Tribunais venham a interpretar os incs. e o parágrafo único do art. 278 (hoje 311) como um rol taxativo (*números clausus*), e não como um rol meramente exemplificativo (*números apertus*).⁴⁴⁴ O que bem pode ser construído com a consolidação da teoria das “pautas móveis” do autor, na qual a concessão das tutelas provisórias depende mais da concretização dos pressupostos apreciados pelo julgado em cada e menos do que consta expressamente na previsão normativa.

Por fim, já ao tempo do CPC/15, interessante é a proposta de Fonseca Costa na qual o legislador, para ele, haveria de ter previsto um dispositivo afirmando que o “juiz pode mensurar um pressuposto com menor rigor se o outro se mostrar com maior densidade”, de modo que a previsão dos institutos de tutelas fundadas em cognição sumária ganharia em generalidade. Assim, daria espaço para “a previsão da propalada *tutela de evidência sem urgência* e da olvidada (mas não menos corrente) *tutela de urgência sem evidência*”.⁴⁴⁵

⁴⁴³ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp.197-198.

⁴⁴⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutela de evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos**. In: O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 180.

⁴⁴⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 453

3.3 Bruno Vinícius da Rós Bodart

A doutrina de Bodart também vem contribuir para uma visão analítica da tutela da evidência porquanto o autor aprecia minuciosamente os dispositivos normativos que estão inseridos no contexto do instituto, sem abandonar, no entanto, suas premissas teóricas.

Com isso, ele constrói seu trabalho a partir do que foi assentado na doutrina clássica quanto à cognição processual e aos juízos de verossimilhança e da verdade. Sobre o tema, por exemplo, já se afirmou neste trabalho acerca do que versa o autor sobre a delimitação conceitual do vocábulo *verossimilhança*. Ele parte da ideia de que o termo *verisimilis* revela, por si só, uma relação entre uma hipótese levantada e a verdade.⁴⁴⁶

Bodart tem por premissa o fato de que, em sede de cognição processual, nem sempre é possível alcançar um juízo seguro sobre a solução do caso se o julgador não puder contar com alguns artifícios oferecidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, o autor anota que:

à vista do exposto, considera-se necessária, para o Direito Processual, uma outra sistemática, não baseada na verdade, como objeto de investigação absoluto, e sim naquilo que se formou na inteligência do magistrado como reconstrução dos fatos relevantes para a causa, obtida através de procedimento revestido de garantias, para que a subjetividade não se transforme em arbitrariedade e decisionismo⁴⁴⁷

Disso impõe considerar que o Direito Processual não deve se importar restritivamente com a identificação entre as alegações de fato e a realidade, mas deve cuidar de proteger a busca pela identidade entre as alegações de fato e o juízo formado pelo julgador acerca deles. Servindo o processo, então, para tutelar o resultado a ser obtido quando houver relevante grau de semelhança entre os fatos alegados e o convencimento formado em juízo, o que, para Bodart, deve ser realizado com base nas experiências de vida do magistrado, bem como nas provas produzidas, considerados os limites do dever de motivação, bem como das regras de direito probatório.⁴⁴⁸ Nesse sentido, a doutrina do autor se assemelha ao que Fonseca Costa delineou ainda em 2011, quando defendeu uma *pragmática processual compreensiva*.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 36.

⁴⁴⁷ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 35.

⁴⁴⁸ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 35.

⁴⁴⁹ “Com isso, nota-se o papel primordial a ser desempenhado pela Pragmática Processual Compreensiva. À medida que o direito positivo deixa de ser um mero dado textual carente de explicação e passa a ser um construído significativo resultante das elaborações dogmáticas, a Pragmática Compreensiva tenta fechar as valas existentes entre o “direito formal” dos Diários Oficiais e o “direito vivo” das atitudes forenses espontâneas. Assim atuando, o jurista alivia as tensões de ruptura comuns entre a teoria processual e a práxis forense, reajustando o CPC e a legislação processual extravagante às práticas diárias que se rebelam contra a inadequação

Bodart afirma que “o Código de 2015 contempla, em seu art. 304, a figura da estabilização da tutela antecipada, de modo que é possível a eternização dos efeitos da tutela de urgência ou de evidência sem que seja necessária a prolação de uma decisão posterior para confirmar aquela primeira – nesse caso, não é correto qualificar a tutela como provisória, pois produzirá efeitos *sine die*.”⁴⁵⁰

Nesse sentido, o autor propõe que se adote a expressão tutela antecipada como gênero, do qual seriam espécies as tutelas de urgência e de evidência. Posicionamento que não merece prosperar, porquanto a provisoriedade da medida, como já afirmado neste trabalho, decorre da precariedade própria conferida pela previsão legal. Ademais, não resolveria afirmar que qualquer tutela de urgência ou de evidência seria espécie de tutela antecipada, porquanto a medida poderá vir a ser concedida em sede recursal para fins de conversão do regime de eficácia imediata da sentença, por exemplo e não, propriamente, para antecipar uma tutela final.

Bodart também reconhece que, mesmo sendo possível enumerar todas as hipóteses de tutela da evidência, não se poderia, com isso, submeter o julgador a um rol taxativo que compreendesse todas as solenidades exigidas em cada procedimento previsto.⁴⁵¹ Assim, na mesma linha em que se posicionam Fux⁴⁵² e Fonseca Costa⁴⁵³, Bodart afirma que:

O jurista empregou a expressão “tutela da evidência” para designar uma propensão dos legisladores modernos à facilitação da tutela jurídica de direitos amparados por alto grau de verossimilhança, por meio de variadas técnicas e instrumentos, com diferentes nuances, requisitos e âmbitos de aplicação.⁴⁵⁴

No entanto, o certo é que o CPC/15 parece ter adotado um conceito mais restritivo de tutela da evidência em detrimento daquele proposto por Fux e Fonseca Costa, pois elenca um rol que descreve específicas hipóteses de cabimento. No entanto, Bodart compreende que, para o novo diploma processual, a tutela da evidência pode ser considerada “técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da

ou a lacuna dos textos de lei.” FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 63.

⁴⁵⁰ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 110.

⁴⁵¹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 109.

⁴⁵² FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Revista de Jurisprudência do STJ (Brasília), v.2, p.23-43, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 29 de mar. 2016. p.13.

⁴⁵³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutela de evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos**. In: O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 180.

⁴⁵⁴ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 109.

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.”⁴⁵⁵

O autor anota que a expressão “tutela da evidência” significa afirmar que o instituto se refere à tutela da prova, o que, para ele, precisa ser corrigido, pois, na realidade, não se tutela a prova. Assim ele propõe que se utilize a expressão “tutela de evidência”, pois se refere à proteção ao direito da parte que tenha sido revelado por um alto grau de verossimilhança dos fatos alegados.⁴⁵⁶

Não merece procedência a afirmação do autor, porquanto a evidência, para o CPC/15, vem a ser um estado de coisas. Evidência, sob a visão do diploma processual, equivale à presença do *fumus boni iuris*. Assim, o rótulo emprestado ao instituto não terá seu sentido modificado, sejam os vocábulos *tutela* e *evidência* conectados pela preposição *de* acompanhada do artigo ou sozinha.

3.4 Demais contribuições da doutrina brasileira sobre a tutela da evidência

Outros autores também falaram sobre a tutela da evidência muito antes da vigência do CPC/15, ainda que não tenham conferido a mesma relevância atribuída por Fux. Este tópico cuidará de colacionar algumas contribuições doutrinárias sobre o tema, não pretendendo, todavia, o esgotamento, sobretudo porque muitas das produções literárias sobre o tema acabam por derivar do que já foi delineado por algum dos expoentes trazidos neste trabalho.

Como bem observa Érico Andrade, a doutrina que se debruçou sobre o processo cautelar veio contribuir para algumas reflexões que rodeavam essa temática. Dentre elas, questionava-se o porquê de não se deixar a tutela sumária resolver, por si só, a crise de direito material. Ou ainda, por qual razão haveria de ser obrigatória a busca pela cognição plena, quando já obtida a solução pela tutela sumária? E acrescenta o autor “por que não expandir a utilização da perspectiva para outras situações que não estejam revestidas de Urgência?”⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Nesse sentido, Bodart anota que a técnica de tutela dos direitos evidentes é aplicável também em sede de procedimentos especiais, o que decorre da previsão expressa do art. 1.046 §2º do CPC/15. BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 110-111. Na mesma linha: Gomes Jr, Luiz Manoel; Batista; Thiago Buchy. **A tutela provisória do novo Código de Processo Civil e sua aplicação na Ação de Improbidade Administrativa**. Revista de Processo. vol. 260. ano 41. p. 158.

⁴⁵⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 112.

⁴⁵⁷ “Nesse contexto, pois, é que aparecem as duas técnicas, chamadas na Itália, de tutela sumária “cautelar” (deferida em contexto de urgência) e tutela sumária “não cautelar” (deferida fora do contexto de urgência), e que podem ser utilizadas seja em procedimentos próprio, autônomo, seja incidentalmente dentro do processo de cognição plena, mas, de um jeito ou de outro, hábeis, por si só, a encerrar o conflito, sem se seguir, necessariamente, o processo de cognição plena ou o desfecho deste até o final.” ANDRADE, Érico. **A técnica processual da tutela sumária no direito italiano**. Revista de Processo. Vol. 179. Ano 35. P.198

A produção doutrinária de Marinoni, por exemplo, no que se refere às tutelas provisórias, embora muito vasta e rica em qualidade, pouco tratava acerca da tutela de evidência.⁴⁵⁸ O autor, no entanto, não deixou de mencionar as medidas liminares que deixavam ao julgador apenas a valoração do *fumus boni iuris*, prescindida a valoração da urgência para apreciação do cabimento da medida pleiteada.

Temos ainda as medidas previstas em determinados procedimentos, como os possessórios. Tais medidas liminares são estabelecidas pelo legislador em face da valoração de determinadas situações de direito substancial. Em tais hipóteses o legislador deixa ao julgador apenas a valoração do *fumus boni iuris*.⁴⁵⁹

Além disso, Marinoni suscitou um aspecto histórico-evolutivo, também mencionado por outros autores, mas que, nas palavras dele, trouxe um viés mais didático e contextualizado para o que nos interessa esclarecer.

É que a tutela da evidência escondida no art. 273 do CPC/73, ainda que sem o rótulo que veio a ser conferido com o advento do CPC/15, por si só, não se efetivaria apenas com uma decisão condenatória ou decisão mandamental, ambas carentes de execução imediata. O regime jurídico da tutela ali pretendida carecia de ferramentas executivas que estivessem atreladas ao iter procedimental. Nesse sentido, o autor esclarece que:

A doutrina italiana, apontando a ineficácia da sentença condenatória para a proteção das situações próprias da sociedade contemporânea, propõe a importação dos instrumentos específicos do direito anglo-americano. Deveras, o direito anglo-americano, através da *equity*, tem criado instrumentos bastante adequados às reais necessidades de tutela dos direitos. Entre eles, de grande importância é o instituto da *injunction*. Trata-se de uma ordem para fazer (*mandatory*) ou não fazer (*prohibitory*), que pode ter natureza sumária ou definitiva, mas que tem como marcante característica de adaptar-se, no seu conteúdo específico, a uma situação qualquer carecedora de tutela.⁴⁶⁰

Ter o instituto da *injunction* como referencial na construção das tutelas pautadas em cognição sumária permitiu o amadurecimento e a difusão do uso. Assim, a eficácia executiva, que pressupõe a existência de um provimento de cunho mandamental e executivo, tornou-se essencial na garantia da efetividade das tutelas provisórias carecedoras de meios coercitivos.

No mesmo sentido já se firmava Ovídio Baptista, que certamente inspirou aqueles que lhe sucederam. O autor, de início, aponta um traço distintivo entre a medida liminar satisfativa

⁴⁵⁸ Recentemente, o autor lançou a obra “Tutela de Urgência e Tutela da Evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça.”, que ainda não pode ser adquirida por não ter chegado às livrarias.

⁴⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 32.

⁴⁶⁰ O autor toma por base a doutrina de Michele Taruffo no que se refere ao apanhado histórico do direito processual Italiano. MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 48.

e a chamada tutela de natureza cautelar. É que na medida liminar satisfativa a proteção é outorgada desde logo, porque o direito que carece de proteção jurisdicional imediata.⁴⁶¹

Ora, como aduz o autor, a antecipação da tutela satisfativa tem pronto cabimento quando for possível determinar que “o direito é indiscutível e que a agressão que o demandado lhe faz é certamente ilegal e abusiva.” Em vistas disso, torna-se possível vencer as barreiras da necessidade de um procedimento probatório dilatado, para autorizar, então, “a antecipação da tutela satisfativa, sob o modelo da sentença injuncional, que outra coisa não é senão uma forma de execução antecipada.”⁴⁶²

Bedaque também faz parte da doutrina inveterada que tocou na temática em comento, para quem a tutela de evidência é tutela diferenciada, que “ora se funda na urgência da entrega da prestação jurisdicional, ora na evidência de que o direito firmado existe.” Assim, para o autor, teríamos as tutelas de urgência e a de evidência como espécies de tutela diferenciada.⁴⁶³

No entanto, diferentemente do que havia sido proposto por Fux e em sentido diverso do que veio a ser delineado por Fonseca Costa no tocante à teoria das pautas móveis, Bedaque afirma que a tutela sumária fundada na evidência somente é admitida se expressamente prevista no sistema, pois, para ele “em caráter genérico, esse elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessária a presença do perigo de dano.”⁴⁶⁴ Posição última que converge com a de José Maria Rosa Tesheiner e Rennan Faria Kruger Thamay⁴⁶⁵, mas que não se coaduna com o que se pretende delinear neste trabalho.

Quanto à exemplificatividade do art. 311, CPC/15, Fonseca Costa nos alerta que “o direito vivo revela que as diversas tutelas provisórias concedidas pelo poder judiciário nada mais têm sido do que diferentes combinações não axiomáticas dos diversos graus de *fumus* e *periculum*. Logo, é sempre problemático que se legisle sobre um fenômeno marcado por *valorações, subjetividade e discricionariedade*”.⁴⁶⁶

⁴⁶¹ “Não se cuida, neste caso, de proteção a uma mera possibilidade de direito (*fumus boni iuris*), mas de tutela satisfativa antecipada, ante a indiscutível procedência do direito invocado pela parte.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 148.

⁴⁶² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 148.

⁴⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 364. No mesmo sentido: Cunha, Alexandre Luna da; Zainaghi, Maria Cristina. **Tutela provisória no novo CPC e antecipação de tutela em ação de despejo**. Revista de Processo. vol. 248. ano 40. pp 148 e 149.

⁴⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 365.

⁴⁶⁵ Para os autores: “por implicar grave quebra do princípio do contraditório, difícil de justificar em não havendo urgência, impõe-se a conclusão de que é taxativa a enumeração dos casos de tutelas provisórias da evidência.” Tesheiner, José Maria Rosa; Thamay, Rennan Faria Kruger. Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da Evidência. Revista de Processo. vol. 257. ano 41. p. 196.

⁴⁶⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 452.

É nessa linha que carregam razão aqueles que enxergam a necessidade de se reconhecer que a tutela da evidência é técnica a ser aplicável sempre que presentes e devidamente valorados os pressupostos que autorizam sua concessão. De modo que a concessão possa se dar independentemente de expressa previsão legal acerca de uma hipótese específica, bastando a existência de dispositivo que autorize o manejo da técnica em termos gerais; desde que não seja necessário lançar mão das garantias constitucionais.

Também divergem da doutrina de Fonseca Costa, os autores Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo, desta vez, no que se refere à proposta da tipologia das tutelas provisórias. Divergência que, já se adianta: também não merece prosperar, pois, para Yarshell e Abdo, não seria possível afirmar pela existência de diversos “tipos” de tutela provisória ou antecipada. Afirmam, pois, que “a tutela jurisdicional é uma só e, para alcançá-la de modo efetivo, o processo civil desenvolve técnicas diversificadas (ou diferenciadas) para chegar ao resultado almejado.”⁴⁶⁷

De outro lado, os autores convergem com que já foi delineado neste trabalho no sentido de que a tutela da evidência está firmada na premissa de que, demonstrada com razoável grau de probabilidade a titularidade de um direito, a parte não merece suportar o ônus decorrente da espera pela prestação jurisdicional. Assim, para eles, “justifica-se a inversão do encargo decorrente do tempo necessário para o processo e, assim, a entrega – ainda que provisória – do bem da vida pretendido àquele que demonstra o direito evidente.”⁴⁶⁸

Ainda em referência à doutrina de Fux, Antonio de Moura Cavalcanti Neto discorda do autor no que se refere à natureza da cognição em que se funda a tutela da evidência. Para Cavalcanti Neto, “a decisão que concede a tutela para proteger o direito evidente é fundada em cognição sumária, em que pese haver uma grande probabilidade do direito”.⁴⁶⁹ No entanto, equivocam-se ambos os autores por acharem que o grau de cognição pode ser critério fixo para caracterizar a tutela da evidência, pois há hipótese de cabimento do instituto que poderá ser fundada em cognição exauriente, como exemplo o inciso III do art. 311. De outra banda, o CPC/15 também prevê casos em que poderá ser concedida com fundamento apenas em cognição sumária, como ocorre com o inciso I do art. 311.

⁴⁶⁷ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. **As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência**. In: Tutela provisória no novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 453.

⁴⁶⁸ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. **As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência**. In: Tutela provisória no novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 455.

⁴⁶⁹ Cavalcanti Neto, Antonio de Moura. **A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça**. Revista de Processo. vol. 238. ano 39. p. 386.

Quanto à doutrina hodierna, convergem com as doutrinas de Fux e de Fonseca Costa, pontualmente, os autores Roberto Campos Gouveia Filho e Marco Paulo Denucci Di Spirito. Para eles, a ideia de evidência “denota um nível bem mais alto de *fumus*, um caso específico dele, o que não se confunde com a concessão da tutela quando presente a probabilidade em menor, conquanto relevante, gradação.” E seguem, afirmando que “quanto menos gravosa a restrição causada pela tutela preventiva para a parte que deverá sofrê-la, em correlata proporção deverá ser mitigada a exigência do *fumus boni iuris*.”⁴⁷⁰

Também já se afirmou neste trabalho o que foi delineado em Didier-Braga-Alexandria de Oliveira, no sentido de que a evidência do direito, no âmbito processual, é *fato jurídico processual* que autoriza a concessão da tutela jurisdicional pela via da técnica diferenciada. Assim, para estes autores, evidência é pressuposto fático para a concessão da tutela em comento.⁴⁷¹ No mesmo sentido, mas em outra oportunidade, afirmaram ainda que:

Em situação de mera evidência (sem urgência), o tempo necessário para a obtenção da tutela definitiva (satisfativa) não deve ser suportado pelo titular de direito assentado em afirmações de fato comprovadas, que se possam dizer evidentes. Haveria, em tais casos, violação ao princípio da igualdade.⁴⁷²

Nesse contexto, cumpre notar que a tutela da evidência guarda, em sua essência, similaridade com a tutela antecipada satisfativa, pois serve para conceder ao jurisdicionado o usufruto antecipado do bem jurídico pleiteado com fundamento apenas na evidência do direito alegado. No entanto, Alexandre Freitas Câmara, embora reconheça que a mesma conclusão se dá a partir da análise do regramento contido no CPC/15, defende que a satisfatividade não é da essência da tutela da evidência. O autor, todavia, não explica seu posicionamento, mas traz uma importante reflexão no sentido de que se pode falar em tutela da evidência assecuratória, na qual tem cabimento uma medida de segurança fundada apenas no *fumus boni iuris*. O que esclarece no trecho a seguir:

É o que se tem, por exemplo, na medida de indisponibilidade de bens prevista como medida assecuratória do resultado do processo nas “ações de improbidade administrativas” (art. 7.º, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.429/1992. Sobre o tema, a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que se estaria aí diante de uma medida de natureza cautelar para cuja concessão seria “presumido” o *periculum in mora*.³⁷ Parece melhor, contudo, considerar-se que o que se tem aí é uma medida de caráter meramente assecuratório do futuro resultado do processo, não satisfativa,

⁴⁷⁰ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; Di Spirito, Marco Paulo Denucci. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I. p. 456.

⁴⁷¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2015. p. 617.

⁴⁷² DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Tutela provisória de evidência**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 415.

mas que prescinde do requisito da urgência para ser deferido. Em outros termos, está-se aí diante de uma *tutela da evidência assecuratória*.⁴⁷³

Na realidade, talvez o autor tenha pretendido afirmar que a tutela da evidência não apresenta apenas a natureza satisfativa, porquanto possa, em alguns casos, carregar natureza assecuratória⁴⁷⁴. O que não autorizaria, sob nossa ótica, afastar o instituto da sua essência satisfativa.

Nesse sentido, aqueles que seguem a doutrina de Fux convergem quanto ao aspecto funcional da tutela da evidência, e afirmam, com algumas variações, mais ou menos o que resumiu Leonardo Greco:

Assim, pode definir-se a tutela da evidência como a tutela antecipada que acolhe no todo ou em parte o pedido principal do autor para tutelar provisoriamente, independentemente da urgência, provável direito cuja existência se apresente *prima facie* indiscutível, nos casos previstos no artigo 311 do Código de 2015”⁴⁷⁵

No entanto, não custa lembrar que o eventual acolhimento do pedido de tutela final pode importar julgamento antecipado ou, parcial de mérito, que têm seus respectivos regramentos normativos dispostos nos artigos 355 e 356 do CPC/15, respectivamente. Assim, o conceito proposto por aqueles autores merece o referido ajuste, já que a tutela da evidência não serve para acolher o pedido principal, mas para conferir ao requerente, antecipadamente, o acesso ao bem jurídico pleiteado, sem que aquela medida perca a sua natureza provisória, tipicamente precária.

⁴⁷³ Câmara, Alexandre Freitas; Pedron, Flávio Quinaud e Tolentino, Fernando Lage. **Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: O quanto o novo tem de inovador?** Revista de Processo. vol.262. ano 41. p. 181. Na mesma linha, afirmam Luiz Gomes Jr. e Thiago Batista: “Neste aspecto, é desnecessário que o requerente cogite o elemento *periculum in mora* para que o juiz conceda a tutela cautelar, sendo necessário tão somente que demonstre a clareza da existência do direito (*fumus boni iuris*) em que, através de uma cognição sumária, o juiz acaba decidindo e concedendo a tutela em face da certeza ou quase certeza do direito alegado. Desta forma, mediante a demonstração da evidência de uma direito, é possível que o magistrado conceda a antecipação dos efeitos da tutela final ou mesmo uma tutela conservativa.” Gomes Jr, Luiz Manoel; Batista; Thiago Buchy. **A tutela provisória do novo Código de Processo Civil e sua aplicação na Ação de Improbidade Administrativa**. Revista de Processo. vol. 260. ano 41. p. 158.

⁴⁷⁴ Nesse sentido, tem importância trazer o alerta de Roberto Campos Gouveia Filho e Marco Paulo Denucci Di Spirito: A tutela preventiva pura é assecuratória, mas, como dito, não é cautelar. Nem tudo que é assecuratório é acautelatório. Essa lição é antiquíssima e passa pela distinção – tão enfocada por Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva – entre as cauções, pelo dano iminente (cautelares) e de direito completo (não cautelares ou preventivas puras). GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; Di Spirito, Marco Paulo Denucci. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I. p. 457.

⁴⁷⁵ GRECO, Leonardo. **A tutela da urgência e a tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 204. E no mesmo sentido: GAIO JR., Antônio Pereira. **Apontamentos para tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de processo. vol. 254. Ano 41. P. 218; GOMES JR., Luiz Manoel; BATISTA; Thiago Buchy. **A tutela provisória do novo Código de Processo Civil e sua aplicação na Ação de Improbidade Administrativa**. Revista de Processo. vol. 260. ano 41. p. 157.

Daniel Penteado Castro trata sobre a tutela dos direitos evidentes na sua obra que versa sobre a antecipação de tutela sem o requisito da urgência e traça alguns pontos que convergem com os autores já citados, mas também anota algumas peculiaridades. Ele parte da premissa já assentada neste trabalho, no sentido de que a tutela jurisdicional tanto pode se referir ao resultado pretendido quanto ao caminho percorrido pelas partes no deslinde processual.⁴⁷⁶

Já se delinhou no capítulo 3 deste trabalho alguns aspectos relevantes acerca do que motiva a sumarização da cognição processual. Nessa linha Castro oferece alguns argumentos que pretendem justificar a adoção da cognição sumária para tratar sobre a tutela que dispensa o requisito da urgência, são eles: o custo do processo de cognição plena, quando a contestação não tenha apresentado conteúdo plausível; a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo a de conteúdo não patrimonial; o abuso do direito de defesa do réu, intencionalmente direcionado ao propósito protelatório do processo.⁴⁷⁷ É de se notar que tais argumentos guardam certa correspondência com as hipóteses levantadas no art. 311.

De fato, a doutrina produzida sobre o tema, embora não tenha sido esgotada neste trabalho, converge em alguns pontos, diverge em outros e também traz óticas inovadoras. No entanto, há um aspecto verdadeiramente comum entre todos aqueles que versam sobre a tutela da evidência: a dispensa da demonstração do *periculum in mora* para autorizar a concessão da medida.

⁴⁷⁶ Nesse sentido, como já dito no capítulo 3: “a tutela jurisdicional não se refere apenas ao resultado do processo judicial, pois se refere também ao meio pelo qual o órgão jurisdicional maneja a técnica que viabiliza a entrega do bem da vida, que pode se dar: 1) em tempo necessário à cognição exauriente, pelo chamado procedimento comum; 2) antecipadamente (tutela satisfativa); 3) ou para assegurar o resultado prático da entrega de futura tutela (tutela cautelar).” Além disso, vale rememorar que Castro e Yarshell convergem com o posicionamento ora defendido. CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 38.

⁴⁷⁷ Pontos esses também vistos em Proto Pisani, como o próprio autor cita. CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 33-35.

CAPÍTULO 5 – A tutela da evidência sob uma perspectiva dogmática do art. 311 do CPC/15

1. Panorama geral

Muitos anos antes do projeto de lei nº 8.046 de 2010, que, sancionado, tornou-se o CPC/15, a doutrina pioneira de Luiz Fux já tratava sobre a tutela da evidência. Para Fux, a tutela ora analisada pode promover a antecipação de todos os direitos evidentes, pois tem o condão de alcançar todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos.⁴⁷⁸

Trazer ao processo um juízo sólido é fundamental na concessão da tutela da evidência. Nada auxiliaria ao judiciário antecipar um provimento incerto à parte e arriscar prolongar um processo em perdas e danos quando finalmente evidenciado que o direito pertencia à parte contrária. No entanto, tratando-se da questão procedimental, a tutela com base na evidência não dispensa o desenvolvimento da cognição judicial, tampouco o sequente deslinde processual. Sobre o tema, Luiz Fux salienta que:

Indeferida a tutela pela falta de evidência, prossegue-se, nos mesmos autos, para a dissipação dessa incerteza com as etapas necessárias ao descobrimento da verdade. Essa mutação procedimental *in itinere* após o indeferimento da liminar é característica de vários processos, bastando recordar-se o modelo europeu e as antigas ações cominatórias, bem como os procedimentos especiais que recaem no rito ordinário após um preâmbulo “especial” como, v.g., o das ações possessórias, etc.⁴⁷⁹

A cognição processual que revela o direito evidente, permite, não só o deferimento liminar do provimento requerido, mas também seu indeferimento. Pode o juízo, portanto, indeferir de plano a tutela imediata quando restar demonstrado que o direito pleiteado não está qualificado com o atributo da evidência.

Cabe ainda lembrar que após a verificação de que o direito pleiteado justifica a tutela da evidência *inaudita altera parte*, dar-se-á lugar ao contraditório, com citação do demandado para oferecer defesa. Conferido a devida relevância aos institutos do contraditório e da ampla defesa, Ruy Rodrigues aponta:

⁴⁷⁸ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 318. O autor também se manifesta nesse sentido em FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Revista de Jurisprudência do STJ (Brasília), v.2, p.23-43 ,2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 29 de mar. 2016. p. 13. No mesmo sentido, demonstram os enunciados 418 e 422 do FPPC, *in verbis*: “**418.** (arts. 294 a 311; Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009). As tutelas provisórias de urgência e de evidência são admissíveis no sistema dos Juizados Especiais. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante); “**422.** (art. 311) A tutela de evidência é compatível com os procedimentos especiais. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência)”.

⁴⁷⁹ FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Revista de Jurisprudência do STJ (Brasília), v.2, p.23-43 ,2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 29 de mar. 2016. p. 6.

Do ponto de vista sistemático, a equiparação do incontroverso ao evidente não poderia caber antes do momento próprio da sentença, haja vista os postulados do contraditório e da ampla defesa como requisitos indispensáveis à formação do convencimento suficiente como regra no processo. Mas, se considerado o universo específico das demandas repetitivas e o conseqüente regime de convencimento diferenciado de que se tratou no corpo do estudo, a inviabilidade desaparece, e então as duas locuções podem ser equiparadas.⁴⁸⁰

O referido autor coloca, portanto, os termos *incontroverso* e *evidente* em equivalência para justificar a antecipação do provimento sem macular os institutos do contraditório e da ampla defesa. Assim, só após a resposta do réu é que o provimento poderá ser confirmado e dado por definitivo. Em caso de retificação do provimento, caberá, portanto, a reversão ao *status quo ante* ou, diante da irreversibilidade, a fixação em perdas e danos.⁴⁸¹

A tutela da evidência é instrumento que promove o respeito ao devido processo legal, sendo este muito aclamado na proteção dos direitos do réu, mas que serve às partes que figurem em qualquer dos polos da demanda. Deve-se entender, portanto, que o devido processo objetiva conferir igualdade às partes, inclusive quando verificada a necessidade de “reservar o contraditório pleno para momento processual posterior,”⁴⁸² sem olvidar o fato de que o manejo da tutela jurisdicional pertinente deve partir de alguma previsão normativa.

Faz-se oportuno o registro da crítica de Ovídio no que concerne à correlação comumente estabelecida entre devido processo legal e o *due process of law*. Pois, ao contrário de como ocorre na América do Norte, no Brasil se exige a “plenitude de defesa”, impondo-se a supressão dos juízos de verossimilhança e cortando-se as liminares. Deste modo, para o ordenamento jurídico brasileiro, alcançar o devido processo legal significaria a adesão à *ordinariedade* formal e a *plenariedade* de defesa na lide, tal como sugere o nosso permissivo constitucional do instituto.⁴⁸³

A busca pelo judiciário, quando obrigatória, não pode causar lesão à parte nem se tornar desvantajosa diante da pretensão, pois é manifestamente “indevido o processo moroso diante da situação jurídica da evidência”.⁴⁸⁴ Sob essa perspectiva, portanto, entende-se o devido processo legal não apenas aquele que consubstancia adequadamente as balizas

⁴⁸⁰ RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 199.

⁴⁸¹ Nesse sentido, importa colacionar o enunciado n° 419 do FPPC: “419. (art. 300, § 3º) Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência).”

⁴⁸² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12.

⁴⁸³ Pois “enquanto no direito americano, o princípio do “devido processo legal” nem de longe interfere com os juízos *prima facie*, permitindo e, mais do que isso, até estimulando a concessão de liminares, nosso “devido processo legal”, tal como ele está escrito no texto constitucional, ao contrário, sugere que sua observância haverá de assegurar plenitude de defesa do demandado.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Processo de conhecimento e procedimentos especiais**. Revista dos Tribunais, vol. 692/1993, p. 40-47, jun/1993.

⁴⁸⁴ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 321-322.

impostas pelo legislador, mas aquele que realiza o propósito do ordenamento de forma célere e a evitar prejuízos e injustiças a qualquer das partes.

Esse é também o entendimento de Ruy Zoch Rodrigues ao afirmar que “não se pode admitir que a realização formal do rito produza resultados não razoáveis, que se distanciem de um postulado elementar de racionalidade”.⁴⁸⁵ Noutros termos, o magistrado deve promover um trâmite processual que respeite todas as regras legais impostas pelo legislador, mas, ao mesmo tempo, não pode permitir que esse cumprimento desgaste um tempo além do que se considera racional e razoável no cerco do processo.

Por vezes o fator *tempo*, enquanto dotado de relatividade, configura-se tão necessário que, sem o decorrer dele, seriam verificadas incalculáveis injustiças. Em outros casos, a excessiva duração do processo, contando-se até a efetiva entrega da prestação jurisdicional, pode permitir o aniquilamento do bem tutelável e, então, nesse outro sentido, não resta outra configuração se não de injustiça.

Com efeito, a necessidade de se dar o devido valor ao tempo no processo está diretamente conectada à sua efetividade, pois interfere na aptidão para dar cumprimento do seu escopo primordial de tutela jurisdicional dos direitos.⁴⁸⁶ Se o tempo, no processo, atuar como fator contributivo, maior será a capacidade de eliminar as situações de conflito sem configurar injustiças às partes de qualquer dos polos da demanda.

Deve-se atentar ainda que a lesão provocada pela morosidade processual não gravita apenas em razão da espera da parte que tem razão no direito pleiteado. Outros dois aspectos devem ser considerados como efeitos da demora no processo: a manutenção do *status quo* em favor da parte que não tem direito; e os danos econômicos pelas despesas processuais desnecessárias.

A adequada cognição processual, por sua vez, requer tempo ao julgador e às partes. Cabe ao operador da justiça definir quais técnicas e quando serão aplicadas para adequar o provimento em tempo coerente. Afirma Athos Gusmão Carneiro: deve ser recebida “*cum grano salis*” a assertiva de que o tempo, no processo, seria um inimigo, “contra o qual deve o juiz travar uma luta sem tréguas.”⁴⁸⁷ Nesse sentido, o decorrer do tempo, no âmbito processual, é um mal que atinge os que necessitam do provimento, porém revela-se necessário para que se alcance a adequada cognição processual.

⁴⁸⁵ RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 189.

⁴⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 15.

⁴⁸⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.1.

No âmbito das tutelas de cognição sumária, Fonseca Costa reconhece:

De fato, quem concede liminar, nunca o faz sob juízo de certeza absoluta. Quando muito, poderá fazê-lo sob juízo de quase certeza ou de elevada probabilidade. Sem que a cognição esteja completa, não há como o magistrado proferir declaração – sem qualquer mescla de dúvida e suficientemente garantida por um critério objetivo ou racional – de que o direito alegado existe.⁴⁸⁸

Nesse sentido também leciona Luiz Guilherme Marinoni por considerar que “o processo, para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito.”⁴⁸⁹ Sob a inteligência do referido autor, identifica-se novamente a ideia de que cognição e prestação jurisdicional, somente, não promovem a justiça se não forem feitos em tempo razoável e adequado ao tipo de relação material posta em juízo.

O eminente doutrinador Athos Gusmão Carneiro, ao abordar o tema do “grau de evidência e complexidade do processo”, explica que “num processo civil que aspira à modernidade e eficiência, deve-se impor que os procedimentos se tornem menos complexos na medida em que aumente o grau de evidência das pretensões de direito material”.⁴⁹⁰ Noutros termos, o devido processo legal deve ser moldado às necessidades fáticas dos respectivos casos concretos que lhe deram causa, principalmente quando postos em evidência diante do magistrado.

O legislador deve usar de seu poder criativo na busca em estabelecer o deslinde processual mais adequado ao caso concreto.

Quando alcançamos a evidência do direito, aproximamos o provimento jurisdicional da aclamada segurança jurídica, isto posto, só nos resta buscar, finalmente, a tempestividade processual. Assim, presentes os elementos supracitados – a segurança jurídica e a tempestividade processual – em um mesmo processo, concretizamos o princípio do devido processo legal.

No âmbito do direito processual, a evidência do direito é pressuposto fático para o manejo da técnica processual diferenciada que tutela os direitos categorizados como evidentes.

As hipóteses previstas no art. 311 cuidam apenas dos elementos que evidenciam a probabilidade do direito, de modo que, para a concessão da tutela da evidência, dispensa-se a

⁴⁸⁸ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 33.

⁴⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.133.

⁴⁹⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 9.

demonstração do perigo da demora, expressão que abarca o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300), bem como a proteção contra o ilícito.

A decisão que versa sobre o pedido de tutela da evidência é provisória e tem natureza interlocutória, impugnável, em regra, via agravo de instrumento (art. 1.015, I). Nesse sentido, é importante o destaque de que só será impugnável por apelação a decisão que confirmar, conceder ou revogar a tutela da evidência em um capítulo de sentença (art. 1.013, § 5º). A tutela da evidência, portanto, não se confunde com julgamento antecipado da lide, como anteriormente afirmado.

A seguir, o trabalho cuidará da análise dogmática do art. 311, mas com a ressalva de que, por se tratar do tema central, o inciso II será objeto do tópico final. Assim, os tópicos seguintes versarão sobre os incisos I, III e IV do art. 311, bem como sobre seu parágrafo único⁴⁹¹ e sobre algumas peculiaridades e modalidades da tutela da evidência.

2. A evolução normativa da tutela dos direitos evidentes no regime jurídico brasileiro

O CPC/73 já previa algumas técnicas de sumarização do procedimento sem o requisito da urgência, levando-se em consideração a densa presença do *fumus boni iuris*, ou seja, hipóteses nas quais se identificava a previsão de tutela dos direitos evidentes muito antes da vigência do CPC/15, quais sejam: 1) a antecipação de tutela com base no manifesto propósito protelatório do réu, prevista no inciso II do artigo 273 do CPC/73; 2) a liminar na ação de depósito prevista nos artigos 901 e seguintes do CPC/73, cuja força executiva passou a ter fundamento nos artigos 461-A, §2º e 625 do CPC/73 após a vedação da prisão do depositário infiel; 3) a liminar possessória encartada no art. 928 CPC/73; e 4) a decisão antecipada em ação monitória do art. 1.102-B.

Mantendo-se o equilíbrio em abordar os temas afins ao objeto ora estudado sem fugir ao propósito do trabalho, teceremos alguns comentários sobre cada uma das mencionadas técnicas, com exceção da primeira e da segunda, que serão objeto de análise verticalizada em tópico próprio, por haverem sido inseridas no art. 311, I e III do CPC/15, tornando-se expressas modalidades de tutela da evidência tipificadas, instituto cerne do presente trabalho.

De logo, adiantamos: a antecipação de tutela com base no inciso II do artigo 273 do CPC/73 passou a ser prevista no art. 311, I do CPC/15, com a acertada substituição do termo

⁴⁹¹ A constitucionalidade da referida previsão, no entanto, sofre questionamento através da ADI-5492, pendente de julgamento no STF, o que será tratado no tópico específico da tutela da evidência inaudita altera parte.

“réu” por “parte”, já que o manifesto propósito protelatório pode emanar de qualquer das partes do processo e não apenas do réu.

A liminar na ação de depósito está presente no inciso III do art. 311 do CPC/15, prevendo que quando se tratar de pedido referente à perseguição de coisa concomitantemente fundado em adequada prova documental do contrato de depósito, será o caso de o juiz decretar a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Nesta hipótese, a evidência do direito repousa sobre a prova documental adequada do contrato de depósito (arts. 627 e ss CC/02). Como já mencionado, o inciso III tem correspondência com o art. 902, I do CPC/73 (ação de depósito), que não foi integralmente reproduzido no CPC/15, especialmente porque o CPC/73 previa cominação da pena de prisão de até 1 (um) ano, considerada ilícita pelo teor da Súmula Vinculante 25 do STF.⁴⁹²

As liminares possessórias que garantem a possibilidade de manutenção ou reintegração de posse prescindem da demonstração de urgência, ou seja, não têm como pressupostos os perigos de dano ou de ilícito. Os requisitos que autorizam sua concessão estão encartados nos artigos 562 e seguintes do CPC/15.

Com relação à tutela monitória⁴⁹³, hoje prevista no art. 700 CPC/15, carrega a orientação de que a revelia, no contexto monitório, ensejaria a antecipação de tutela em favor do autor, convertendo-se, em seguida, o mandado monitório em mandado executório sem a necessidade de demonstração do *periculum in mora*. Este caminho processual mostra-se mais efetivo que a adoção do procedimento comum com pedido de antecipação de tutela, de maneira que o autor contaria, no primeiro caso, com a possibilidade de se ver prestigiado por uma decisão de cunho definitivo. No segundo caso, a provisoriedade da medida afastaria a definitividade da decisão até que se tenha alcançado a cognição exauriente.⁴⁹⁴

⁴⁹² Cujo teor colacionamos: “Súmula Vinculante 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

⁴⁹³ Embora guarde certa semelhança com a tutela da evidência, Fux registra que o procedimento monitório documental dela se afasta porquanto naquela hipótese o deferimento liminar não se altera diante da resposta; isto é: o preceito não vira citação, diferentemente deste último. FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 310.

⁴⁹⁴ Sobre o tema, Castro faz a seguinte observação: “Se os efeitos da revelia no sistema brasileiro são rígidos a ponto de autorizar o julgamento antecipado em favor do autor, de mais valia e efetividade ao jurisdicionado obter uma sentença de mérito que lhe autorize a entrega do bem da vida do que uma decisão em sede de antecipação de tutela, sujeita ainda aos atributos da provisoriedade e reversibilidade. (...) ainda é mais vantajoso ao autor da demanda ter a garantia de que, em não ocorrendo o oferecimento de defesa no prazo de quinze dias (embargos monitórios), necessariamente lhe será assegurada a conversão de mandado monitório em mandado executivo (art. 701, §2º do CPC/15) do que, em ocorrendo a revelia sobre a mesma causa de pedir (porém em ação proposta pelo procedimento comum), a antecipação de tutela poderá (ou não) ser concedida.” CASTRO, Daniel Penteadó de. *Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 114-115.

3. Uma perspectiva dogmática sobre a previsão normativa da tutela dos direitos evidentes

3.1 Tutela da evidência fundada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório da parte

Já se disse anteriormente que a tutela da evidência, assim batizada, não revela uma novidade do CPC/15. O inciso I do art. 311 corresponde ao art. 273, II CPC/73, com a acertada substituição do termo “réu” por “parte”, já que o manifesto propósito protelatório pode emanar de qualquer das partes do processo e não apenas do réu.

Ao tempo do CPC/73, alguns autores se debruçaram sobre o inciso II do art. 273. Parte deles defendeu que aquele regramento previa a tutela antecipada sancionatória. É o exemplo de Bruno Bodart, para quem a intenção do legislador seria a de “desobstruir quaisquer entraves que o réu possa opor à realização da justiça”.⁴⁹⁵ Nesse sentido, afirma que a previsão contida no dispositivo não deixa de ser uma sanção à conduta desleal de um sujeito do processo⁴⁹⁶. No entanto, parece-nos que o autor também crê em um caráter preventivo e pedagógico, que significa, para ele, um estímulo para que a parte *ex adverso* contribua com o regular desenvolvimento do feito.⁴⁹⁷

Em sentido similar, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes considera que, a tutela antecipada do art. 273, caput e inciso II do CPC/73 está entre as sanções⁴⁹⁸ processuais dispostas no código para resguardar a observância do dever de lealdade. Para o autor a previsão normativa constitui, ao mesmo tempo, tutela antecipada e sanção, justificando, assim, a denominação por ele adotada: “tutela antecipada sancionatória.”⁴⁹⁹

Para Lopes, o instituto tem por fundamento a probabilidade de existência do direito do demandante e a atitude desleal do demandado, tendo sido caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. Nessa linha, por não corresponder a uma situação

⁴⁹⁵ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 115.

⁴⁹⁶ De outra banda, o autor conhece da doutrina oposta, afirmando, com certa dose de ironia que “há quem critique uma tentativa de controlar rigidamente o comportamento das partes através da lei processual, pois o contraditório não prescinde de uma dose de estratégia. Seriam, por isso, autoritárias as legislações que pretendem converter o juiz em um guardião do *fair play* processual, transformando o contraditório em um certame de cavalheiros sem estridências e com abundante derramamento de flores.” BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 114.

⁴⁹⁷ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 115

⁴⁹⁸ O autor pauta-se pelo conceito de sanção construído em Bobbio, para quem *sanção* pode ser considerada como as medidas voltadas a resguardar a efetividade do ordenamento jurídico. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipada sancionatória**. São Paulo: Malheiros editores, 2006. p. 54.

⁴⁹⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipada sancionatória**. São Paulo: Malheiros editores, 2006. p. 55.

de urgência, a uma ameaça de perecimento do direito do demandante, tampouco representar risco de futura inutilidade do provimento jurisdicional, o autor defende que a tutela antecipada sancionatória não é uma medida urgente.⁵⁰⁰

Ocorre que as condutas descritas no regramento contido no art. 311, I do CPC/15 impõem uma necessária margem de enquadramento de modo que caberia ao juiz aferir quando haveria sido preenchido o referido requisito. Esse problema, no entanto, acompanha a hipótese normativa desde o art. 273, II do CPC/73, para o qual a doutrina produzida tentou tecer alguns critérios, dada a necessidade de verificação objetiva, caso a caso, acerca da atitude desleal do demandado (ou, no CPC/15, de qualquer das partes).⁵⁰¹

Para Luiz Flávio Yarshell e Helena Abdo, por exemplo, só é dado considerar que a defesa é abusiva quando a relação ente o ato processual praticado e os fins ou efeitos dele extraídos não demonstra instrumentalidade.⁵⁰²

Além disso, como observam Yarshell e Abdo, do mesmo modo que a ampla defesa não consente ao réu a prática de atos abusivos, a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o direito de acesso à justiça não autorizam o autor a agir com carta branca para a prática de abuso no processo.⁵⁰³ Nesse sentido, já dissemos acima que o CPC/15 trouxe a positiva alteração do texto legal para fazer constar, em vez de “réu”, o vocábulo “parte”, pois ambas as partes são destinatárias da norma.

Para Didier-Braga-Alexandria de Oliveira, o art. 311 prevê a tutela provisória de evidência na modalidade punitiva, constante no inciso I; e outras na modalidade documentada, previstas nos incisos II a IV.⁵⁰⁴ Nessa toada, afirmam que a tutela provisória de evidência punitiva serve para apenar aquele que age de má-fé⁵⁰⁵. A evidência do direito, neste

⁵⁰⁰ Assim, afirma: “Em essência, ela é um instrumento destinado a evitar que o demandante continue a suportar o *onus do tempo do processo*, ante a conduta desleal do demandado com o objetivo de protelar ao máximo a prestação da tutela jurisdicional.” LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipada sancionatória**. São Paulo: Malheiros editores, 2006. p. 50.

⁵⁰¹ Vejamos: “aspecto de grande relevância na disciplina da tutela antecipada sancionatória diz respeito à necessidade de verificação objetiva ou subjetiva da atitude desleal do demandado, ou seja, se sua má-fé, necessária à caracterização do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório, deve ser avaliada conforme sua real intenção na prática do ato ou se deve ter como parâmetro a conduta do *uomo dela strada*.” LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipada sancionatória**. São Paulo: Malheiros editores, 2006. p. 128.

⁵⁰² “Como já se sustentou, essa é a principal chave para a compreensão da distinção entre emprego legítimo (em que se circunscreve a ampla defesa) e o emprego abusivo dos instrumentos processuais de defesa.” YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. **As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência**. In: Tutela provisória no novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 458

⁵⁰³ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. **As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência**. In: Tutela provisória no novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 548.

⁵⁰⁴ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Tutela provisória de evidência**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 421.

⁵⁰⁵ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Tutela provisória de evidência**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 422.

caso, está consubstanciada no comportamento ilícito da parte que obstaculizou o regular andamento do feito.

Os autores acompanham o mesmo alerta anunciado por Teori Zavascki, apontando a necessária distinção entre as expressões contidas no inciso I, quais sejam: “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório”. Pois, enquanto a primeira se refere aos atos de defesa praticados dentro do processo (o que inclui os atos protelatórios praticados no processo); a segunda se refere ao comportamento da parte que tenha sido adotado fora do processo e que tenha cunho protelatório⁵⁰⁶.

Nesse contexto Zavascki aponta três tipos de tutela antecipada: a tutela antecipada assecuratória, a punitiva e a relativa ao pedido incontroverso.⁵⁰⁷

Em sentido diverso, mas também ao tempo de vigência do art. 273, II, Mitidiero já defendia que “a finalidade da antecipação de tutela baseada na evidência do direito alegado em juízo não está em sancionar eventual comportamento inadequado de uma das partes”. O autor evoca que, o comportamento do litigante de má-fé tem punição prevista na legislação, mas em outros dispositivos – como, por exemplo, a sanção por ato atentatório à dignidade da jurisdição e a responsabilização por dano processual.⁵⁰⁸

Também inspirado na doutrina de Fux, está Fonseca Costa:

Não se alegue, portanto, que o art. 273, inc. II, do CPC, contempla hipótese de “tutela antecipada sancionatória”. Decididamente, não se trata de *sanção*, mas de espécie de *tutela de evidência*. Se de sanção se tratasse, a tutela não poderia ser revogada por eventual sentença de improcedência (repise-se: nada impede que a razão esteja com quem litiga imbuído de má-fé).⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Tutela provisória de evidência**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 423. No mesmo sentido: “Tratando-se, todavia, de expressões que o legislador considera de conteúdos distintos, é de mister que se busquem critérios para distingui-las. Ora, a referência a abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a *atos processuais*. Por isso, por abuso do direito de defesa não de ser entendidos os atos protelatórios praticados no processo. Já o manifesto propósito protelatório há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – *fora do processo*, embora, obviamente, com ele relacionados. Por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença.” ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 77

⁵⁰⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 75-76. Referência também citada por FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 100.

⁵⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 134. No mesmo sentido, firma-se Cavalcanti Neto: “Entretanto, é mais acertada a corrente de Daniel Mitidiero e Luiz Fux, que entendem que se trata de mera proteção ao direito evidente, qualificado por um alto grau de probabilidade. Essa doutrina nos parece ser mais acertada, uma vez que as sanções processuais são localizadas em outros pontos do Código, que não têm qualquer ligação com a tutela antecipada. A própria colocação do inc. I dentro desse artigo já deixa clara a opção legislativa em favor dessa última corrente” Neto, Antônio de Moura Cavalcanti **A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil: sobre. acreditar ou não no acesso à justiça**. Revista de Processo. vol. 238. ano 39. p. 382, 383, 386, 387, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 404 e 409.

⁵⁰⁹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 141-142.

De fato, acerta o autor, quanto a não se poder admitir tratar-se de sanção, pois uma eventual sentença que viesse a revogar a tutela concedida teria o condão de desfazer a suposta medida punitiva. Nesse sentido, como aduz Fonseca Costa, se no curso do processo forem impostas ao réu qualquer das sanções previstas no diploma processual, nenhuma delas seria revogada com o advento de uma sentença de improcedência.⁵¹⁰

Além disso, cumpre destacar que o inciso primeiro do art. 311 precisa ter sua aplicabilidade necessariamente complementada pela aferição da plausibilidade do direito alegado, o que, por óbvio, dar-se-á diante do caso concreto. Ora, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório não poderia ser suficiente para atribuir a qualidade de evidente ao direito alegado pela parte. Assim, como bem afirma Fonseca Costa, neste inciso, “o legislador disse menos do que queria”, ou menos do que deveria ter dito, por ter omitido a indispensável exigência de plausibilidade do direito, porquanto essa hipótese trata de “tutela pura de *fumus* de extremidade presumida”.⁵¹¹

Se fosse assim possível, estaríamos a assumir o cabimento da presunção de evidência do direito ou, ainda pior, o inciso em comento seria um malgrado intento de previsão sancionatória disfarçado de tutela provisória.⁵¹² No entanto, a evidência do direito não é qualidade que se possa presumir a partir do nada. Ou se trata de pressuposto relevante para a concessão da tutela jurisdicional diferenciada ou é mitigado e, em alguns casos, até mesmo desconsiderado, como demonstra a mencionada teoria das pautas móveis de Eduardo José da Fonseca Costa.

3.2 Tutela da evidência fundada na prova adequada do contrato de depósito

Quanto ao inciso III do art. 311, a evidência do direito repousa sobre a prova documental adequada do contrato de depósito (arts. 627 e ss CC/02); versa, então, sobre a “tutela pura de *fumus* presumida”, na qual se admite a presunção relativa da certeza do direito

⁵¹⁰ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. pp. 141 e 142.

⁵¹¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 448. No mesmo sentido está o enunciado 47 aprovado na I Jornada de Direito Processual Civil do CJE: “ENUNCIADO 47 – A probabilidade do direito constitui requisito para concessão da tutela da evidência fundada em abuso do direito de defesa ou em manifesto propósito protelatório da parte contrária.”

⁵¹² COSTA, Eduardo José da Fonseca. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 448.

alegado.⁵¹³ O inciso III tem correspondência com o art. 902, I do CPC/73 (ação de depósito), mas o teor antigo artigo não foi integralmente reproduzido no CPC/15.

De um lado, o texto legal do inciso III teve positiva alteração, pois não mais especifica que seja cominada multa diária a título de meio coercitivo, abrindo espaço para que o julgador aprecie, caso a caso, qual o meio mais eficaz para compelir o réu a cumprir a obrigação.

De outra banda, não fez constar, expressamente, a necessidade de comprovação da mora para a completa configuração do interesse de agir. Com isso, uma primeira análise do dispositivo deixa a impressão de que a apresentação prova documental adequada do contrato de depósito é suficiente ao preenchimento do suporte fático que enseja a tutela da evidência. A solução primeira para suprir essa omissão vem da doutrina de Bodart, que se refere à jurisprudência do STJ a respeito do procedimento de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente para esclarecer que a comprovação da mora deve ser vista como requisito implícito no dispositivo. Acrescenta o autor que:

se o autor comprova a existência do seu direito e, além disso, notifica o devedor, dando-lhe ciência de todo o ocorrido, é muito provável que este não conseguirá refutar a pretensão autoral, de maneira que se revela injusto sancionar o demandante com a espera pela ultimação da citação e pela contestação, para só depois franquear-lhe o acesso ao bem da vida, por puro amor ao formalismo.⁵¹⁴

Ou seja, aquele que pretende obter a tutela da evidência fundada no inciso III deve estar munido de lastro probatório que ultrapassa a exegese do texto. Não por desprezo ao conteúdo do dispositivo, mas por zelo à regular condução do feito processual, que já não pode mais servir de palco para aventuras.

Também deixou de ser requisito da petição inicial a estimativa do valor da coisa, que só será exigida na execução.⁵¹⁵ Além disso, outro ponto distintivo entre o antigo e o atual regramento está no aspecto coercitivo. O CPC/73 previa cominação da pena de prisão de até 1 (um) ano, que passou a ser considerada ilícita com o advento da Súmula Vinculante 25 do

⁵¹³ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 479.

⁵¹⁴ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 130.

⁵¹⁵ A eliminação dessa exigência vem em consonância com a supressão da possibilidade de o devedor desde logo consignar em juízo o equivalente da coisa em dinheiro, o que faria para contestar nas hipóteses de impossibilidade de sua restituição, não decorrente de caso fortuito ou força maior (pois nesse caso ficaria eximido da obrigação – art. 642 do CC/2001). Como tal opção do réu já significaria reconhecer a procedência do pedido, na sistemática do CPC/15, as consequências da impossibilidade de restituição da coisa *in natura* produzir-se-ão em fase de execução (art. 809). BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.131.

STF,⁵¹⁶ tendo sido vedada a prisão do depositário infiel. Naquele tempo, a alteração transferiu a força executiva do art. 902 para os artigos 461-A, §2º e 625 do CPC/73.⁵¹⁷

Por fim, é pertinente a crítica levantada por Yarshell e Abdo no sentido de que, “ao tratar da tutela da evidência a ser deferida em pedidos reipersecutório, o legislador perdeu duas boas oportunidades: a de ampliar a hipótese para além dos contratos de depósito e a de fazer remissão às demais medidas de apoio de que pode se valer o magistrado em caso de recusa ao cumprimento da decisão, tais como a busca e apreensão, a imissão na posse (quando se tratar de entrega de coisa móvel) etc., ainda que sua aplicação esteja clara a partir do quanto disposto no art. 297 combinado com o art. 536 §1º, do CPC de 2015.⁵¹⁸

3.3 Tutela da evidência fundada em prova documental a qual o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável

Já o inciso IV do art. 311 trata de hipótese na qual a concessão da tutela da evidência poderá ser ônus suportado pelo réu em razão do descumprimento do dever de impugnação (art. 341). Para afastar o cabimento da tutela da evidência prevista no inciso IV, o réu deve opor prova capaz de gerar dúvida razoável.

Consoante enumera Fonseca Costa, a expressão “prova documental” compreende: a) fatos notórios; b) presunções absolutas; c) provas emprestadas; d) questão prejudicial decidida como coisa julgada e posta como premissa de direito submetido a outro juízo; e) conduta *contra legem* aferível *prima facie*; f) provas produzidas antecipadamente; g) fatos confessados noutro processo; h) exame de DNA; i) decadência e prescrição etc.⁵¹⁹ De modo que todos esses itens, por exemplo, podem ensejar a configuração de evidência do direito para fins de derrotar a prova documental apresentada na inicial.

É importante notar que, além da contraposição de fatos notórios, o réu poderá derrotar a prova documental trazida na inicial para afastar a concessão da tutela da evidência quando presente qualquer das hipóteses relacionadas no art. 374 do CPC/15, cujo teor anuncia não

⁵¹⁶ cujo teor colacionamos: “Súmula Vinculante 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

⁵¹⁷ Com isso, para fazer valer restaram os meios coercitivos que apenas se ressalva a responsabilidade penal por crime de apropriação indébita (art. 168, §1º, II do CP), bem como a imposição de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 161, par. único do CPC/15) BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 132

⁵¹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. **As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência**. In: Tutela provisória no novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 462

⁵¹⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. pp. 451-452.

dependem de prova os fatos: I) notórios; II) - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III) - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

De outra banda, impõe observar que o texto constante no inciso IV é demasiadamente vago, porquanto não esclarece em qual medida a dúvida gerada seria considerada razoável para afastar a concessão da tutela de evidência.

Essa espécie de tutela da evidência fundada em lastro documental requer especial zelo do julgador no que se refere à apreciação da manifestação da parte requerida, pois nem sempre as partes convergem quanto à interpretação acerca de um mesmo documento. Além disso, vale o alerta de Streck-Delfino-Souza, no sentido de que, “com frequência, o conteúdo documental atiza exegeses diversas, levando à instauração de litígios porque os contratantes alimentam impressões diferentes daquilo que reza o instrumento entabulado.”⁵²⁰

No mesmo sentido, se o réu alegar fato que enseje produção probatória admissível e capaz de gerar dúvida razoável, a tutela da evidência só poderá ser apreciada depois de realizado o procedimento probatório necessário, como exemplo, a alegação de falsidade documental, cabendo, neste caso, a incidência do regramento próprio contido no CPC/15 para a tratativa da arguição de falsidade.⁵²¹

Conforme já se disse neste trabalho, o art. 1.102-A do CPC/73 já versava sobre um tipo de tutela da evidência, cuidando de hipótese similar ao que veio ser regrado no art. 311, IV. No entanto, como observa Bodart, a técnica monitória prevista no regramento do antigo código restringia a incidência do dispositivo aos casos em que se pleiteava pagamento de quantia em dinheiro. No novo diploma processual, o art. 700 serve para se pleitear a entrega de coisa infungível, de bem móvel ou a obrigação de fazer ou não fazer. Portanto, o texto do novo dispositivo guarda ainda mais identidade com o art. 311, IV, com a importante distinção de que este último não admite a concessão da tutela da evidência *inaudita altera parte*, tal como permite o art. 701 do mesmo código processual.⁵²²

⁵²⁰ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. **Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade.** In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade> Acesso em: dez/2017.

⁵²¹ Artigos 430 a 433 e também o artigo 436.

⁵²² BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 136-137.

3.4 Tutela da evidência *inaudita altera parte*

O parágrafo único do art. 311 autoriza a concessão liminar da tutela da evidência fundada nas hipóteses dos incisos II ou III e se coaduna com a exceção insertada no art. 9, II. Ocorre que a postergação do contraditório, princípio constitucional de alta relevância à consecução do devido processo legal, só se justifica quando o fator tempo puder ser nocivo ao direito pleiteado. A dispensa do requisito da urgência, característica expressamente inserida no caput do art. 311, implica a conclusão de que não há pressa ou ameaça que justifique a postergação do contraditório.

A justificativa de tal previsão é simples: o direito vivo pode nos mostrar que a realização do contraditório, embora tentada, não seja possível em tempo razoável, o que daria ao magistrado a faculdade de conceder *inaudita altera parte* a tutela de evidência dos incisos II e III.

Ocorre que a constitucionalidade deste dispositivo sofre questionamento através da ADI-5492, pendente de julgamento no STF.⁵²³

A referida Ação direta de inconstitucionalidade questiona conjuntamente os artigos 9º, parágrafo único e 311, parágrafo único, com a seguinte motivação inicial: "em respeito ao contraditório, somente a urgência justifica a postergação da oitiva do réu para decisão que causa agravo à sua esfera de interesses, jamais apenas a suposta plausibilidade do direito aferida com base em alegações unilaterais do autor"⁵²⁴

Além disso, afirmam os autores daquele petição:

Na origem mais remota da garantia do contraditório, ao lado da já mencionada garantia de defesa técnica, figura a igual oportunidade de manifestação das partes perante o julgador, fruto da paridade de tratamento imposta pela isonomia (*inaudiatur et altera pars*), para que ambos possam influenciar no mesmo grau a construção do raciocínio judicial que prevalecerá.⁵²⁵

É similar a conclusão obtida por Fonseca Costa. Sua interpretação é no sentido de que o dispositivo em comento obriga magistrado a conceder a tutela de evidência, afirmando, assim, a inconstitucionalidade da referida previsão, de modo que, para ele, nenhuma tutela de evidência poderia ser concedida *inaudita altera parte*, pois tal conduta revelar-se-ia desproporcional, sendo recomendável que se aguarde a vinda da contestação.⁵²⁶

⁵²³ Sobre o tema, conferir os enunciados 34, 35, 217, 418, 422, 423 e 496 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

⁵²⁴ Para conferir o inteiro teor da petição inicial, acessar os autos eletrônicos da ADIN-5492 ou este link: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=533005943&preID=4959031#>

⁵²⁵ Para conferir o inteiro teor da petição inicial, acessar os autos eletrônicos da ADIN-5492 ou este link: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=533005943&preID=4959031#>

⁵²⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 453.

Para Lúcio Grassi, o dispositivo importa em exceção à regra do art. 10 do CPC/15 (que prestigia o contraditório como fator influência na formação da decisão e que contém a vedação a decisão-surpresa). De fato, o regramento do par. único do art. 311 atropela a ideia de contraditório substancial, quando não estiver cominado à presença da urgência, pois permite a concessão da tutela antecipada contra alguém que nem se manifestou sobre o pedido antecipatório.⁵²⁷

O fato é que o regramento em tela propõe o sobrestamento do contraditório sem exigir que seja demonstrada alguma situação de urgência para justificar a supressão, ainda que temporária, desta garantia. Trata-se, portanto, de perigosa exceção, pois ao passo que pretende distribuir melhor o ônus do tempo no processo, oferece riscos à garantia do contraditório.

Quanto à possibilidade de concessão da tutela de evidência *inaudita altera parte* fundada no inciso II, do CPC/15, criticam Lenio Streck, Lúcio Delfino e Diego Crevelin, ao afirmarem que o legislador, nesse caso, trabalhou com uma “lógica pragmática absolutamente deletéria, ignorando que a interpretação é prática inerente e inofensiva, quer se trate de alegações de fato ou de direito, mesmo em se tratando de provimentos vinculantes.”⁵²⁸

Além disso, quanto ao lastro probatório exigido no inciso em comento, lembram os autores que “comumente documentos são impugnados por contraprovas que eliminam por completo sua força probante. Assim, se o direito não corre risco de lesão não se justifica a redução do contraditório, o que, *per se*, deslegitima a vulneração do contraditório prévio.”⁵²⁹

Têm razão os autores, pois, o parágrafo único do art. 311 deixa a garantia do contraditório vulnerável, sujeita ao julgador intérprete que venha a se debruçar sobre a pertinência entre o direito alegado e a tese firmada em casos repetitivos ou em súmula vinculante sugerida pelo requerente.

⁵²⁷ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I. p. 505.

⁵²⁸ Nesse sentido, acrescentam que: “Decididamente, precedentes não dispensam interpretação. Eles sempre impelem o intérprete a apurar: i) a sua efetiva aplicação, dadas as semelhanças fático-jurídicas entre o caso anterior e o caso atual; e ii) se a norma a ele atribuída (*ratio decidendi*) está em conformidade com a legalidade constitucional[5]. E não é trivial argumentar sobre distinção, superação ou inconstitucionalidade (ou ilegalidade) de precedentes, como vem relevando a prática judiciária brasileira[6], a reforçar a necessidade de franquear a manifestação do réu antes da decisão.” STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. **Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade**. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade> Acesso em: dez/2017.

⁵²⁹ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. **Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade**. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade> Acesso em: dez/2017.

3.5 Tutela da evidência em face do Poder Público

No estudo das tutelas provisórias há um ponto bastante sensível e pouco mencionado por aqueles que se debruçam sobre o tema: tutela provisória contra o poder público. No entanto, Cassio Scarpinella Bueno⁵³⁰ não deixou passar despercebido o art. 1.059 que está lá, escondido no livro das disposições finais e transitórias do CPC/15.

O mencionado art. 1.059 insere exceções à aplicação dos arts. 294 a 311, que disciplinam as tutelas provisórias. Isso porque faz referência aos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437/92, cuja redação implica a vedação da tutela provisória quando ato do Poder Público seja contrastado por mandado de segurança; caso em que a hipótese reclamaria, por disposição constitucional federal, competência originária de Tribunal⁵³¹.

Cumprido destacar, no entanto, que as restrições impostas por força do art. 1.059 não se prestariam a alcançar as tutelas da evidência. “é que todos os casos vedados ou limitados pela Lei nº 8.437/92 e pela Lei nº 12.016/09 pressupõem urgência, que era, à época de sua edição, o único critério autorizador das tutelas cautelares e liminares em mandado de segurança”. Além disso, Bueno anota que o fundamento em evidência revela a pouca probabilidade de reversão da medida.⁵³²

Esse é também o posicionamento firmado no enunciado 35 do FPPC, cujo teor é claro e objetivo: “as vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência.”

Em sentido convergente, Antônio de Moura Cavalcanti Neto afirma que a apreciação do cabimento da tutela da evidência contra a Fazenda Pública deve ser harmonizada com o texto constitucional, engendrada pela garantia de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.⁵³³

Nessa linha, sob a perspectiva de aplicação do art. 311, I em face do Poder Público, afirma o autor:

⁵³⁰ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela provisória contra o poder público no CPC de 2015**. In: Tutela provisória no novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 59-72.

⁵³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela provisória contra o poder público no CPC de 2015**. In: Tutela provisória no novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 60.

⁵³² BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela provisória contra o poder público no CPC de 2015**. In: Tutela provisória no novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67.

⁵³³ “O ordenamento jurídico vincula a todos e não tem a Fazenda Pública como tutora absoluta do interesse público, que pode até coincidir com alguns atos seus, mas não é necessariamente vinculado a eles, até porque o interesse de cada Governo é muito determinante para entendermos o que está por trás de cada vontade estatal manifestada.” CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça**. *Revista de Processo*. vol. 238. ano 39. p. 382-383.

A Fazenda Pública, por exemplo, quando mantém uma defesa sem sentido manifestamente contrário a entendimento vinculante emanado do próprio órgão administrativo, comete abuso de defesa. A Advocacia-Geral da União, no âmbito federal, tem diversas súmulas administrativas que têm caráter vinculante para todos os seus membros (art. 28, II, da LC 73/1973) e, portanto, uma contestação ofertada em sentido absolutamente contrário àquela manifestação é indicativa de abuso do direito de defesa, porque o Advogado Público não pode querer negar em juízo o que o ente administrativo apresentado já reconhece administrativamente, seria ilógico, além de ser totalmente injusto.⁵³⁴

No entanto, o autor aduz que a viabilidade de sua tese deve estar embasada no princípio do acesso à justiça, que, para ele deve ser “dotado de um conteúdo mínimo e inegociável, que não admitirá limitações arbitrárias pelo legislador infraconstitucional ou pelo Poder Judiciário”⁵³⁵

Desse modo, Cavalcanti Neto sustenta que a vedação à concessão de tutela da evidência fere uma série de normas constitucionais, podendo, inclusive, esvaziar o conteúdo do art. 5.º, XXXV da CF e do princípio da igualdade. E conclui que: mesmo que presente qualquer das hipóteses previstas nas Leis 8.437/1992, 9.494/1997 e 12.016/2009, em se tratando de direito evidente, será possível conceder a tutela antecipada”⁵³⁶

No entanto, para Leonardo Carneiro da Cunha, nem todas as hipóteses de tutela da evidência são concessíveis em face do poder público, pois as vedações legais que proíbem a tutela antecipada contra a Fazenda Pública incidem no inciso IV do artigo 311. Com isso, tem razão o autor ao elucidar que: se o teor do art. 1.059 for conciliado com o mencionado inciso do art. 311, ambos do CPC/15, o juiz poderá conceder a tutela de evidência - desde que a hipótese não se enquadre em alguma das vedações legais.⁵³⁷

⁵³⁴ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça.** *Revista de Processo*. vol. 238. ano 39. p. 383. No mesmo sentido está o enunciado 34 do FPPC: “34. (art. 311, I) Considera-se abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento. (Grupo: Tutela Antecipada)”

⁵³⁵ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça.** *Revista de Processo*. vol. 238. ano 39. p. 383.

⁵³⁶ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça.** *Revista de Processo*. vol. 238. ano 39. p. 398.

⁵³⁷ Para o autor, por exemplo, o juiz poderá conceder a tutela de evidência para fins de afastamento do efeito suspensivo da apelação, “desde que isso não implique pagamento ou expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo.** Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 328.

De outra banda, em acertada convergência com os demais autores citados neste tópico, o Carneiro da Cunha reconhece a possibilidade de concessão da tutela da evidência em face da Fazenda pública quando verificadas as hipóteses previstas no inciso I, II e III do art. 311.⁵³⁸

3.6 Da tutela de evidência recursal

O CPC/15 prevê que a parte insatisfeita com a decisão proferida pode recorrer com pedido de antecipação da tutela recursal para antecipar os efeitos pretendidos no recurso, seja para conceder o que fora negado na decisão recorrida, seja para suspender os efeitos da mesma. Essa antecipação pode ter fundamento em urgência ou em evidência, o que seria, no último caso, a tutela da evidência em sede recursal.⁵³⁹ Verifica-se, assim, que o regime das tutelas provisórias pode ter incidência sobre o processamento dos recursos, como se demonstrará a seguir.⁵⁴⁰

Por força do caput do art. 995, a regra geral é a de que os recursos não impeçam a eficácia das decisões. No entanto, o par. único daquele dispositivo prevê que a decisão recorrida poderá ter eficácia suspensa por decisão do relator⁵⁴¹ quando a produção dos efeitos gerar risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. Trata-se de previsão de tutela de urgência recursal.

Com relação aos efeitos da apelação, o caput do art. 1.012 atribui efeito suspensivo como regra geral, atribuindo apenas efeito devolutivo em casos excepcionais. Um deles é o inciso V do par. 1º, que dispõe sobre hipótese na qual a sentença recorrida tenha apreciado tutela provisória. Ou seja, se a sentença confirmar, conceder ou revogar tutela de urgência ou da evidência, caberá falar em exceção ao duplo efeito da apelação.⁵⁴² Desse modo, o recurso

⁵³⁸ “Enfim, cabe a tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública, ressalvados os casos de vedação legal quanto à hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 329.

⁵³⁹ Também reconhecida pelo enunciado 423 do FPPC: “**423.** (arts. 311; 995, parágrafo único; 1.012, §4º; 1.019, inciso I; 1.026, §1º; 1.029, §5º) Cabe tutela de evidência recursal. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência)”.

⁵⁴⁰ Sentido também firmado por Daniel Castro ao tempo do projeto do CPC/15. CASTRO, Daniel Penteadado de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 274.

⁵⁴¹ O que nos remete também ao art. 932, CPC/15, que autoriza a apreciação do relator, sem formação de colegiado, quando as razões aduzidas pelo recorrente estiverem manifestamente contrárias a súmulas do STF, do STJ ou do próprio tribunal; contrárias a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; ou ainda estiverem contrárias a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

⁵⁴² Cassio Scarpinella Bueno advoga no mesmo sentido: “Mesmo quando a hipótese não seja de concessão liminar da tutela provisória (e não há, à falta de urgência, nenhuma inconstitucionalidade na opção feita pelo legislador no parágrafo único do art. 311), é possível a tutela provisória ser concedida na própria sentença, o que significa dizer, em termos diretíssimos, que a apelação eventualmente interposta pelo sucumbente não será recebida no efeito suspensivo. É o que também se pode extrair do inciso V, art. 1.012, ao se referir à concessão

carregará apenas o efeito devolutivo, permitindo que a sentença comece a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação.

Em outro caso, o par. 4º do mesmo dispositivo prevê que o recorrente pode requerer o efeito suspensivo se demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação. Relevante notar que, diferentemente do que prevê o par. único do art. 955, o código passa a usar o conectivo “ou” ao elencar os pressupostos para concessão do efeito suspensivo. Assim, é possível que o requerente obtenha o efeito suspensivo da apelação apenas demonstrando a probabilidade de provimento do recurso, configurando, assim, uma tutela de evidência recursal.⁵⁴³

Com relação ao agravo de instrumento, o código prevê no art. 1.015, I, expressamente, a possibilidade de as partes recorrerem contra decisão que tenha apreciado tutelas provisórias, o que não é nenhuma inovação do CPC/15. Mais a frente, o art. 1.019 prevê, em seu inciso I, que o relator poderá atribuir efeito suspensivo ou deferir antecipadamente, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.

Ou seja, o relator pode suspender os efeitos da decisão recorrida, ou antecipar os efeitos pretendidos no recurso, sem que o diploma processual tenha especificado sob quais fundamentos seria dado o cabimento de tal antecipação. Pelo exposto, impõe reconhecer que tem cabimento em sede de agravo de instrumento a antecipação de tutela com fundamento em urgência ou em evidência.

Do mesmo modo, em sede de recurso especial e de recurso extraordinário, admite-se a possibilidade de concessão de tutelas provisórias destinadas à suspensão dos efeitos da decisão recorrida. Sobre o tema, Cruz e Tucci assevera que:

Em certas situações, nas quais desponta chance razoável de êxito do recurso especial, o recorrente poderá pleitear o deferimento de tutela provisória, para que seja atribuído efeito suspensivo à impugnação ainda pendente de juízo de admissibilidade, perante o tribunal de origem, ou de julgamento, no tribunal superior.⁵⁴⁴

da tutela provisória.” BUENO, Cassio Scarpinella. **O novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 232-233.

⁵⁴³ O que observa Leonardo Ranña: “São, portanto, duas modalidades distintas, o que se denota da partícula “ou” entre duas hipóteses previstas no dispositivo. A demonstração de probabilidade de provimento do recurso trata-se aqui de verdadeira tutela de evidência para fins de atribuição de efeito suspensivo a recurso, não havendo, nestes casos, a vinculação ao perigo da demora. Já se a fundamentação se mostra apenas relevante, aí se exige a demonstração do perigo de dano (*periculum in mora*), o que caracteriza típico provimento de tutela de urgência.” RANÑA, Leonardo Fernandes. **O novo Código de Processo Civil e os meios de obtenção de tutelas provisórias na fase recursal – Breves comentários sobre as inovações trazidas pelo novo ordenamento**. Revista de Processo. vol. 255. ano 41. p. 241.

⁵⁴⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial**. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/paradoxo-corte-pedido-concessao-efeito-suspensivo-recurso-especial> Acesso em: dez/2017.

A relevância da mencionada possibilidade se dá também em razão de que as decisões proferidas em sede de tribunais de segundo grau normalmente possuem eficácia imediata.

Há previsão de tutela da evidência recursal também em sede de embargos de declaração, que pode ser extraída do art. 1.026, §1º, para o qual tem cabimento a suspensão da eficácia da decisão monocrática ou colegiada se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Para Bodart, tem cabimento a tutela da evidência em sede de Embargos de declaração, considerando que a previsão não deixa de ser coerente com o art. 1.023 §2º, a qual impõe o contraditório caso o eventual acolhimento dos embargos de declaração possa implicar a modificação da decisão embargada.⁵⁴⁵ E tem razão o autor, pois o §1º do art. 1.026 também emprega o conectivo “ou” quando da descrição dos pressupostos que autorizam o efeito suspensivo.

Pelo exposto, nota-se que o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* são recebidos como os pressupostos autorizadores da concessão do efeito suspensivo recursal ou da antecipação dos efeitos pretendidos no recurso. No entanto, ora são mutuamente exigidos, ora podem ser independentemente considerados.

3.7 Da tutela de evidência negociada

Partindo da premissa de que as hipóteses de tutela da evidência não se encerram no rol discriminado no art. 311, questiona-se: é possível haver uma tutela da evidência negociada? De logo, importa registrar que este trabalho não pretende esgotar o desenvolvimento teórico acerca dos negócios jurídicos processuais. A partir de breve levantamento acerca do conceito e cabimento dos negócios processuais, o que se propõe a seguir é traçar um elo entre os institutos para aferir a possibilidade de relacioná-los em benefício das partes.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ Assim, afirma o autor: “na pendência da instauração do contraditório é possível a prolação de tutela da evidência para suspender a eficácia da decisão embargada, caso entenda o julgador ser provável o provimento do recurso.”BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 150.

⁵⁴⁶ Nesse sentido, afirma Didier: “No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana. DIDIER Jr., Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. In: Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, jun/2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>. Acesso em: dez/2017.

Fredie Didier, por exemplo, não encontra razão para minimizar o papel da liberdade no processo, tendo certo que aquela é fundamento do Estado Democrático de Direito. Para o autor “há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil”⁵⁴⁷ Eis uma razão para apreciar a temática com zelo, pois tem o condão de projetar efeitos sobre a tutela jurisdicional dos direitos, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Conforme delineiam Didier e Nogueira:

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. No negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação.⁵⁴⁸

Afirma-se que o negócio jurídico processual poderá versar sobre o objeto litigioso, mas também sobre o próprio processo, quando poderá servir para a redefinição de situações jurídicas processuais ou para a reestruturação do procedimento. Parece, no entanto, que o negócio jurídico que versar apenas sobre o objeto litigioso não será *processual*. O fato é que o CPC/15 carrega exemplos de negócios jurídicos processuais típicos, mas também contém uma cláusula geral da qual se extrai o *subprincípio da atipicidade da negociação processual*, contido no caput do art. 190, que “serve à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo,” consoante esclarece Didier.⁵⁴⁹

O mencionado artigo dispõe que, se o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição, as partes, desde que plenamente capazes, podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa. Podem também convencionar, antes ou durante o processo, sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.⁵⁵⁰ O parágrafo único do dispositivo prevê o controle da validade das convenções pelo juiz, que o fará de ofício ou a requerimento, quando poderá recusar sua aplicação quando verificar

⁵⁴⁷ DIDIER Jr., Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. In: Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, jun/2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>. Acesso em: dez/2017.

⁵⁴⁸ DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 59-60. *Apud* DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2015. pp. 376-377; DIDIER Jr., Fredie. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 293.

⁵⁴⁹ DIDIER Jr., Fredie. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 295.

⁵⁵⁰ Marinoni, na mesma linha, reconhece que esses acordos processuais – admitidos onde for possível realizar autocomposição – revelam uma tendência de gestão procedimental cuja inspiração pode ser atribuída ao direito francês. Acrescenta ainda que podem ser realizados antes da propositura da ação ou no curso do processo. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 244.

nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Com relação os negócios processuais típicos, já se reconhecia, ao menos por parcela da doutrina⁵⁵¹, a existência de negócios jurídicos processuais ao tempo do CPC/73⁵⁵², vindo o CPC/15 apenas ampliar a abrangência do instituto. Assim, para Jaldemiro Ataíde Jr., por exemplo:

As características que se têm apontado para defender a criação, pelo CPC/15, do princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo – tais como: o incentivo à autocomposição; a delimitação do objeto litigioso do processo pela vontade das partes; a previsão de um significativo número de negócios processuais típicos; a positivação do princípio da cooperação e a previsão de uma cláusula geral de negociação processual – já estão todas presentes, embora que com menor nitidez, no sistema processual do CPC/73, iluminado pela CF/1988.⁵⁵³

Antes, no texto do art. 158 do CPC/73, já se autorizava que os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzissem, imediatamente, a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. De outro modo, o regramento constante no art. 190 do CPC/15 veio esclarecer a amplitude e o alcance dos negócios jurídicos que versem sobre o processo. Na vigência do atual diploma legal, reconhece-se que só não serão permitidos aqueles negócios jurídicos cujo objeto tenha sido vedado ou se refira à hipótese na qual o ordenamento jurídico tenha limitado o autorregramento da vontade.⁵⁵⁴ É o que ocorre, por exemplo, com a taxatividade do rol de recursos, que não pode ser relativizada por meio de negócio jurídico processual.

Assim, tornando à pergunta de partida que ensejou o desenvolvimento deste tópico, questiona-se se a previsão do art. 190 serve para permitir que as partes convençionem sobre tutela da evidência. Ou seja: é possível que as partes criem uma hipótese de tutela da

⁵⁵¹ Tal como relacionado por Leonardo Carneiro da Cunha, já eram autores favoráveis à existência de negócios jurídicos processuais antes mesmo da vigência do CPC/15, dentre outros: Rogério Lauria Tucci, Pontes de Miranda, Moacyr Amaral Santos, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fux, José Eduardo Carreira Alvim, Leonardo Greco, Paula Sarno Braga, Marcos Bernardes de Mello, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. In: CABRAL, Antônio Passo; NOGUEIRA, Antônio Passo (coord.). *Grandes temas do novo CPC*, V. 1: negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2017. pp. 51-53.

⁵⁵² Lorena Miranda vai além, indicando a doutrina de Alfredo Lopes da Costa, que se referia aos negócios jurídicos processuais ainda ao tempo do CPC/39. “No Brasil, Alfredo de Araújo Lopes da Costa, ainda sob a égide do CPC/1939, aludia aos negócios jurídicos processuais como categoria integrante do gênero fatos jurídicos processuais, mencionando a existência de negócios unilaterais e bilaterais, por intermédio dos quais a parte lograria o efeito almejado de forma direta e imediata”. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia. Faculdade de direito. Doutorado em Direito Público. Salvador, 2016. p. 127.

⁵⁵³ ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites nos negócios jurídicos processuais**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, ano 40. p. 393-423, jun. 2015.

⁵⁵⁴ AVELINO, Murilo Teixeira. **A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura**. In.: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Coleção Grandes Temas do novo CPC –vol.1*. Salvador: JusPodivm, 2016, 2ª ed. pp. 367 –390.

evidência firmada em negócio jurídico processual? Ou ainda: é possível que as partes pactuem a dispensa do requisito da urgência para fins de concessão de um determinado direito disponível com fundamento apenas do *fumus boni iuris*?

Conforme reconhecido neste trabalho, a urgência e a evidência são pressupostos autorizadores das tutelas provisórias, que estão imersos em uma relação de interdependência. Desse modo, argumenta-se que a presença extremada de um pode vir a justificar a dispensa do outro para fins de concessão de uma tutela provisória.⁵⁵⁵

É sabido também que a técnica antecipatória dos efeitos do provimento final é reconhecidamente generalizada desde a vigência do CPC/73. Além disso, não há previsão no nosso ordenamento jurídico proibindo que as partes disponham sobre exigir-se a demonstração de urgência para fins de antecipação da tutela jurisdicional.

Nessa linha – desde que resguardadas as garantias constitucionais, respeitados os limites legais e sendo possível o autorregramento – não há como negar que as partes podem convencionar acerca da exigência dos pressupostos que ensejam a concessão das tutelas provisórias, sejam de urgência ou de evidência. Por exemplo, pode o negócio jurídico processual tratar especificamente do requisito da urgência, tanto para dispensá-lo no caso de tutela antecipada de urgência quanto para fazê-lo necessário dentro de alguma hipótese de tutela de evidência.

Diante do exposto, parece-nos que a resposta é positiva. Portanto, sendo admitida autocomposição acerca de determinado bem jurídico, é possível que as partes prevejam a dispensa da presença de urgência para que seja possível antecipar determinado provimento final, provisoriamente, apenas com fundamento na evidência. Dessa maneira, as partes terão convencionado sobre uma tutela da evidência negociada.

É possível também que as partes pactuem o afastamento da concessão de tutela de urgência ou de evidência, consoante defende Bruno Garcia Redondo, no sentido de que:

É lícita, primeiramente, a renúncia (unilateral ou bilateral) à própria tutela provisória, seja ela da evidência ou de urgência (antecipada ou cautelar, antecedente ou incidental). Afinal, nada impede que a(s) parte(s) abra(m) mão de direitos que são a ela(s) assegurados.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ Sobre o tema, conferir o capítulo 3. Conferir também FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 41.

⁵⁵⁶ O autor aduz também ser possível as partes convencionarem para ampliar as hipóteses em que se admite a estabilização, inclusive para prever tal efeito em caso de concessão de tutela da evidência deferida incidentalmente. REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). Tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.07.PDF acesso em: dez/2017. Em sentido similar, há o enunciado n°

Para fins de ilustração, como exemplo, veja-se o caso em que dois nubentes, ao firmarem o pacto antenupcial, possam prever que, em caso de dissolução da união conjugal, a partilha poderá ser deferida provisoriamente sem que seja necessária a configuração da urgência. Ou seja, havendo a propositura da ação de divórcio, uma das partes poderá requerer que a partilha seja apreciada antecipadamente, independentemente da demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, autorizando que o juiz profira decisão apenas com fundamento no direito evidenciado a cada uma das partes.

Quanto à incidência de um dos incisos do art. 311, é possível que as partes, ao firmarem o contrato de depósito, pactuem que a tutela provisória prevista no inciso III só terá cabimento se a ela for agregada a demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Com essa previsão negocial, as partes trazem o pressuposto da urgência para a hipótese legal de tutela da evidência, qualificando aquela previsão normativa.

4. A tutela dos direitos evidentes fundada nos precedentes judiciais vinculantes: uma proposta de interpretação sistemática da previsão normativa constante no art. 311, II do CPC/15

O presente trabalho aborda uma inovação do CPC/15 quanto aos requisitos para concessão da tutela dos direitos evidentes. Trata-se do inciso II do art. 311, que versa sobre a tutela provisória de evidência fundada em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente. Cuida-se de previsão inovadora, porque os demais incisos do artigo 311 reproduzem hipóteses que, embora não rotuladas com a locução tutela da evidência, já pertenciam a dispositivos similares no texto do CPC/73, e, por essa razão, não representam uma inteira novidade.

A partir de uma análise inicial, depreende-se que o legislador impôs uma dupla exigência consubstanciada em requisitos de duas ordens: um requisito de ordem probatória – alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente; e um requisito de ordem normativa – existência de tese firmada em casos repetitivos ou em súmula vinculante.⁵⁵⁷

496 do FPPC: “**496.** (art. 294, parágrafo único; art. 300, *caput* e §2º; art. 311) Preenchidos os pressupostos de lei, o requerimento de tutela provisória incidental pode ser formulado a qualquer tempo, não se submetendo à preclusão temporal. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência)”

⁵⁵⁷ Fonseca Costa observa que a exigência do inciso II é a de demonstração do direito “líquido e certo”, pois ele entende que versa sobre “pretensão de direito material cujo suporte fático seja demonstrável *ab initio* apenas por

Com isso, a referida hipótese cuida do cabimento da tutela da evidência fundada em dois dos elementos pertencentes ao sistema de precedentes judiciais, que, por omissão, ou opção, limita a incidência do instituto à existência de tese firmada em casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Todavia, a partir de todas as premissas levantadas neste trabalho, nota-se que reconhecer a existência de um sistema de precedentes judiciais importa a defesa de uma interpretação em consonância com esse objetivo.

Restou delineado, a partir da doutrina de Ferraz Jr., que o sistema normativo é aquele que compreende um conjunto normativo, cujos elementos interligam-se axiológica e hierarquicamente. Quanto ao aspecto funcional, trata-se de estruturação que visa resguardar a coesão, a uniformidade e a efetividade daquele conjunto normativo nele compreendido. Este último, por sua vez, engloba ainda os mecanismos de calibração, que cuidam do funcionamento do próprio sistema e cuja pretensão gira em torno de garantir sua imperatividade.⁵⁵⁸ Nessa linha, viu-se que o art. 926 do CPC/15⁵⁵⁹ é um regramento que bem ilustra a exigência de calibração prevista por Ferraz Jr., pois cuida de norma que regula a imperatividade do sistema de precedentes no âmbito do processo civil.

Disso decorre notar que quando se interpreta um dispositivo imerso em um sistema normativo, há que se observar, em especial, a interpretação sistemática, que consiste em atribuir a melhor significação ao corpus normativo de um ordenamento jurídico. Nesse sentido, como afirma Freitas, trata-se de operação que, ao hierarquizar os princípios, as normas e os valores jurídicos contidos no sistema, fixa-lhes o alcance e supera antinomias, fazendo-o a partir da conformação teleológica que tem em vista a solução dos casos concretos.⁵⁶⁰ Portanto, essa é a ferramenta mais adequada para demonstrar o que se propõe neste trabalho.

prova literal pré-constituída”. FONSECA COSTA, Eduardo José da. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 449.

⁵⁵⁸ “Entendemos por sistema um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão ao sistema” FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 140.

⁵⁵⁹ *In verbis*: “Art. 926. **Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente**. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” (grifo nosso)

⁵⁶⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 60.

Ademais, viu-se que o precedente judicial⁵⁶¹ pode ser considerado norma decisória, enquanto decisão que cria a norma do caso concreto e que pode, eventualmente, servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. De outra banda, também pode ser considerado fonte do direito, quando aplicado ao caso concreto por equivaler à primeira decisão judicial que solucionou uma determinada questão jurídica. Esta última acepção aproveita ao conteúdo do art. 311, II, que, por sua vez, indica os precedentes judiciais como fonte normativa para preenchimento dos requisitos que autorizam a concessão da tutela da evidência.

Reconhece-se que o CPC/15 encarta uma das normas que viabilizam a identificação de um sistema de precedentes no Brasil, impondo aos julgadores a necessária observância aos precedentes judiciais obrigatórios. Trata-se do já mencionado art. 926, que cuida da vinculação horizontal interna. O dispositivo prevê o dever de os tribunais uniformizarem a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Com esse propósito, determina a edição de enunciados de súmula que indiquem a jurisprudência dominante e prescreve que, ao editá-los, devam ser observadas as circunstâncias fáticas motivadoras do precedente originário.

Quanto à sistematização dos precedentes no tocante à vinculação vertical, esta é delineada pelo art. 927, ao determinar que os juízes e tribunais deverão observar: 1) as decisões do STF firmadas em controle concentrado de constitucionalidade; 2) os enunciados de súmulas vinculantes; 3) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; 4) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; 5) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Em seguida, vem o art. 928 prever que as decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em recurso especial e extraordinário repetitivos são consideradas, para os fins do diploma processual, julgamento de casos repetitivos. Como visto, o dispositivo mencionado cuida do chamado “microsistema de enfrentamento de

⁵⁶¹ Importante lembrar o que foi esclarecido no segundo capítulo: “Por tudo acima exposto, tendo-se em consideração que o núcleo normativo sempre será a *ratio decidendi*, o vocábulo “precedente judicial” no Brasil abarca duas acepções: 1) refere-se à decisão primeira que cria a norma decisória aplicada ao caso concreto, sendo, assim, precedente enquanto norma casuística original, apta a ser aplicada em casos futuros; 2) também é a decisão identificada como pretérita ao caso concreto levado ao judiciário, sendo, portanto, precedente enquanto fonte do direito, a ser aplicado no julgamento do caso que o identificou e também nos casos futuros que com ele se identificarem.”

causas repetitivas ou de massa”⁵⁶², somando-se aos demais regramentos processuais que compõem o referido microssistema.⁵⁶³

Todavia, a concretização de um sistema de precedentes requer observância às normas que cuidem da sua sistematização, sobretudo no âmbito de reverência aos precedentes obrigatórios. Nesse sentido, Marinoni tem razão ao afirmar que:

A unidade do direito é o resultado de um sistema de precedentes obrigatórios e reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos similares. O precedente, portanto, é um valor em si, pois é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisitos para a racionalidade do direito.⁵⁶⁴

Sobre o mesmo tema, Fonseca Costa assevera que a respeitabilidade dos precedentes horizontais infelizmente dependerá da boa vontade dos respectivos tribunais, pois não há previsão expressa de sanção ao tribunal que descumpra a previsão do art 926⁵⁶⁵ (bem como dos art. 927 e 928). O fato é que os dispositivos mencionados propõem a sistematização do respeito aos precedentes judiciais, cuja finalidade pode ser extraída do art. 926, enquanto que os parâmetros de operacionalização podem ser encontrados nos arts. 927 e 928.

Em vistas do exposto, não se pode negar que o respeito aos precedentes estabelece uma zona de conforto para os jurisdicionados, pois demonstra uniformidade na aplicação da justiça, evitando controvérsias nas decisões que tratam conflitos semelhantes. O que contribui sobremaneira para a segurança jurídica. Seja ela vista enquanto fato, quando se refere à previsibilidade; seja tida enquanto valor, quando cuida do direcionamento da atividade criativa do direito, que deve guardar correspondência com os ditames normativos.⁵⁶⁶ O que,

⁵⁶² FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1137.

⁵⁶³ Com relação aos regramentos que, de algum modo, vêm a compor o chamado “microssistema de enfrentamento de causas repetitivas ou de massa”, tem-se o art. 12, § 2º, II; art. 311, II; art. 927, §2º-§3º e §4º, art. 521, IV; art. 988, IV; art. 1.022, par. Único, I; art. 955, par. Único, II; art. 1.035 § 3º, II. Nesse sentido, conferir: FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1137.

⁵⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 105.

⁵⁶⁵ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado**. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1120. No mesmo sentido: Para Streck e Abboud, a melhor leitura do art. 926 indica que “o julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu” STRECK, Lenio Luiz. *In*: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 1187.

⁵⁶⁶ Sentidos já elucidados no capítulo 3: Nesse sentido, enquanto fato, a segurança jurídica é constituída, primeiramente, pelo elemento da previsibilidade, na qual os sujeitos de direito percebem as possíveis causas e consequências das relações sociais. Mas outro elemento também constitui o aludido princípio: a estabilidade, situação na qual será possível aferir diferentes graus de satisfação. Assim, na medida em que aumenta ou diminui a densidade da estabilidade, por consequência, tem-se maior ou menor o grau de segurança jurídica. De outro lado, enquanto valor, a garantia da segurança jurídica assume a função de direcionar a atividade criativa do direito. Saliente-se que, neste ponto, entende-se por atividade “criativa” não só aquela que nasce no legislativo,

saliente-se, deve servir não apenas para a concessão de tutela definitiva, mas também para o manejo das tutelas provisórias.⁵⁶⁷

Nessa linha, já se observava ao tempo do CPC/73 que a reprodução do teor contido nos julgamentos anteriores com fins à antecipação da tutela demonstrava a crescente valorização dos precedentes judiciais. O que se expressa em artigo publicado por Camilo Zufelato ainda em 2012, no trecho a seguir:

Aplicar essa técnica da precedentarização à tutela da evidência, significa dizer que o julgador poderá conceder tutela jurisdicional ao autor quando sua pretensão se qualificar como pleito que autoriza procedência, pois se alinha a precedentes judiciais aplicáveis aos casos. De qualquer forma, é indispensável a participação do demandado para a confirmação ou revogação da tutela preventivamente concedida ao autor.⁵⁶⁸

Já se reconhecia que quando o judiciário reaplicava o produto de sua atuação jurisdicional, atendia-se à necessidade de previsibilidade e de segurança jurídica, retomando a consolidação do judiciário como vetor da justiça. Nessa toada, tem razão quando afirma Ruy Zoch Rodrigues, no sentido de que:

Na perspectiva política e social, por exemplo, a generalização das antecipatórias de tutela em ações repetitivas, dependendo apenas da evidência do direito e sem mais condicionamentos, opera no sentido de afastar zonas de absurdo, que a sociedade enxerga de fora sem condições de compreender, como aquela em que o correntista que não tenha como alegar o *periculum in mora* obriga-se a aguardar dois anos ou mais para receber suas diferenças do Plano Bresser.⁵⁶⁹

Essa linha também já era defendida por Eduardo Costa, alertando que o fenômeno já era corriqueiro em demandas tributárias: "nelas, muitas vezes, os juízes mal averiguam a existência do *periculum in mora*".⁵⁷⁰ As decisões eram proferidas, muitas vezes, com base em súmulas e/ou acórdãos dos Tribunais superiores como se fossem elementos que materializam a evidência do direito. Ao tempo do CPC/73 já era visível a valorização da aplicação dos precedentes judiciais; ora com o objetivo de acelerar o trâmite processual, ora buscando a uniformização dos julgados.

mas também aquela que é fruto da atividade jurisdicional. Nesta última, veremos que o grau da cognição adquirida pelo juízo acerca dos elementos abarcados na demanda figurava como um importante instrumento à consecução da segurança jurídica, vinculação que tem sido superada nos últimos anos, como veremos a seguir.

⁵⁶⁷ Quanto à delimitação do conceito de tutela jurisdicional, nos firmamos ao lado de Yarshell já no terceiro capítulo, no sentido de que, para além do provimento de mérito conferido a quem tiver razão, consubstancia-se também nos meios de proteção dos direitos, servindo à solução do litígio, o que aproveita ao vencedor, ao perdedor e também às partes que compuseram suas pretensões.

⁵⁶⁸ ZUFELATO, Camilo. Tutela da evidência e o Projeto de Novo CPC. *Jornal Carta Forense*. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tutela-da-evidencia-e-o-projeto-de-novo-cpc/9769>. Acesso em: 29 de mar. 2016.

⁵⁶⁹ RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 187.

⁵⁷⁰ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 76.

Não custa lembrar que Fonseca Costa, ao construir sua tese, a fez sob a égide do CPC/73, quando não havia previsão normativa que falasse expressamente em tutela da evidência. Assim, a aplicação do instituto dependia de construção hermenêutica, embasada nas premissas que o autor levantou em seu trabalho. O que se verifica no trecho a seguir:

Todavia, para obter-se a tutela de evidência extremada pura, é interessante infundir-se no espírito do juiz as ideias de que o direito é um sistema fechado e que o ordenamento jurídico é uma homogeneidade normativo-piramidal. É necessário convencê-lo de que o aplicador do direito pode partir tão-só dos textos normativos (e, quando muito, dos precedentes judiciais, os quais revelam “cientificamente” o verdadeiro sentido e alcance dos textos de lei). Deve-se persuadi-lo, enfim, de que a aplicação do direito é uma operação mental de subsunção do fato à norma, e de que a interpretação jurídica nada mais é do que uma apreensão linear somatória dos “efeitos de sentido” emergentes das “partes” do texto. (ao tempo do CPC/73)⁵⁷¹

A doutrina que se debruçou sobre a matéria já na vigência do CPC/15 também trouxe algumas contribuições acerca da aplicabilidade do dispositivo. Do mesmo modo, há enunciados interpretativos do FPPC e da ENFAM⁵⁷² que versam especificamente sobre o dispositivo em comento.

Para Yarshell e Abdo, por exemplo, o inciso II só tem sentido se aplicado nos moldes do parágrafo único daquele dispositivo.⁵⁷³ Os autores advogam na linha de que se o réu for citado para se manifestar, a hipótese seria de julgamento antecipado do mérito, enquadrando a situação nos arts. 355 e 356 do CPC/15. Todavia, trata-se de perspectiva que não merece progredir.

Primeiramente, o inciso II não se presta apenas para servir ao direito do autor. É possível que qualquer das partes pleiteie pela tutela da evidência no curso do processo, desde que o direito alegado preencha os requisitos de ordens probatória e normativa já apontados. A segunda razão é a de que, citado o réu, sua contestação poderá trazer elementos para afastar a aplicação do precedente indicado pelo autor por meio das técnicas de distinção ou superação, que, por sua vez, têm o condão de auxiliar no adequado funcionamento do sistema de precedentes. Assim, a citação do réu pode ser decisiva para evitar a aplicação de um precedente inadequado ao caso.

⁵⁷¹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares**. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 89.

⁵⁷² Há interpretações no sentido de que a concessão da tutela da evidência independe do trânsito em julgado da decisão paradigma (enunciado 31 da ENFAM); também há quem defenda o cabimento da tutela da evidência fundamentada em orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou em tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente do caráter vinculante (enunciado 30 da ENFAM). No mesmo sentido, acompanha: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Comentários ao art. 311**. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva. p. 957.

⁵⁷³ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. **As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência**. In: **Tutela provisória no novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 461

Bodart também versa sobre o mencionado inciso, lembrando que não existe previsão legal que exija a necessidade de ter havido o trânsito em julgado da decisão paradigma a ser usada para fundamentar a tutela da evidência. Com isso, o autor oferece o exemplo no sentido de que não se deve impedir que decisão do plenário do STF, adotada sob a sistemática dos arts. 1.036 e ss do CPC/15 seja invocada para dar lastro à tutela de evidência, tão somente porque pendem de análise embargos de declaração opostos em face de acórdão prolatado.⁵⁷⁴

No entanto, não custa lembrar que a aplicação de um precedente cuja eficácia ainda esteja condicionada ao trânsito em julgado pode expor o julgador que aprecia a tutela da evidência aos riscos inerentes à eventual reversão da medida concedida. Ainda que remota a possibilidade, não se pode afirmar que seja inexistente.

Ademais, a tutela da evidência concedida, confirmada ou revogada em sentença com fundamento em precedente obrigatório será impugnável por apelação sem efeito suspensivo, tal como prevê os art. 1.013, §5º, combinado com o art. 1.012, §1º, V. Com efeito, observam Didier-Braga-Alexandria de Oliveira: “torna-se, pois, uma nova e importante técnica de subtração do efeito suspensivo da apelação.”⁵⁷⁵ No entanto, o enunciado nº 217 do FPPC assevera que não terá efeito suspensivo automático a apelação contra o capítulo da sentença que concede, confirma ou revoga a tutela antecipada da evidência ou de urgência.⁵⁷⁶ Dessa maneira, o recorrente deve fundamentar o pedido de efeito suspensivo.

Além disso, em se tratando de recurso de apelação interposto em face de sentença que confirme ou conceda a tutela da evidência fundada no inciso II, impõe reconhecer que as razões do recorrente estão fadadas à limitação em argumentar a existência de distinção ou de superação referente ao precedente paradigma.⁵⁷⁷

O fato é que, não sendo suficientes as alegações do recorrente, o destino daquele recurso deverá cair na previsão do art. 932, IV, o qual concede ao relator a possibilidade de negar provimento ao recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

⁵⁷⁴ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 124.

⁵⁷⁵ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Tutela provisória de evidência**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 428.

⁵⁷⁶ **217.** (arts. 1.012, § 1º, V, 311) “A apelação contra o capítulo da sentença que concede, confirma ou revoga a tutela antecipada da evidência ou de urgência não terá efeito suspensivo automático.”

⁵⁷⁷ O que notam também Didier-Braga-Alexandria de Oliveira. DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Tutela provisória de evidência**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 413-432

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Esclarecidos os pontos que servem de base ao presente trabalho, propõe-se o seguinte questionamento: é possível a aplicação da tutela da evidência com fundamento nos precedentes vinculantes formulados conforme o art. 927 do CPC/15?

Em síntese, as premissas firmadas são as seguintes: reconhece-se a ideia de precedente judicial enquanto fonte normativa no âmbito do processo civil brasileiro; entende-se pela necessidade de se operar a interpretação sistemática sobre o art. 311, II, em conformidade com os artigos 926 e 927. Em vistas disso, o que se propõe é trazer os precedentes obrigatórios elencados no art. 927 para o rol de requisitos de ordem normativa dispostos no inciso II do art. 311, conformando a aplicabilidade do dispositivo ao que enuncia o art. 926.

O legislador do referido diploma processual optou por especificar as situações nas quais seria possível conceder a tutela com base na evidência, elencando o que seria considerado direito evidente. Contudo cumpre observar que o CPC/15 deve ser tomado como documento uniforme. Assim, ao se debruçar sobre seus dispositivos, o aplicador do direito deve fazê-lo em sintonia com os princípios norteadores do respectivo texto normativo.

Buril também ressalta a unicidade do código ao afirmar que “uma leitura sistêmica do NCPC não autoriza a interpretação meramente literal e restritiva dessa hipótese concessiva, o que resultaria em uma norma bastante empobrecedora do instituto”⁵⁷⁸. Assim, para além das teses restringidamente firmadas em casos repetitivos ou em súmulas vinculantes, o CPC/15 contempla o tradicional respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional; bem como do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

Assim, concordamos com a proposta de Macedo, pois o resultado de uma minuciosa compreensão sobre o art. 927 do CPC/15⁵⁷⁹ está na necessária interpretação sistemática. Isso porque a inserção do dever de seguir os precedentes obrigatórios – então definida como particular manifestação do dever de aplicar o ordenamento jurídico – é fato que tornaria um

⁵⁷⁸ MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 544. No mesmo sentido, DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Tutela provisória de evidência**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 427.

⁵⁷⁹ 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.

completo disparate não permitir a tutela da evidência fundada nos precedentes vinculantes.⁵⁸⁰ Isso porque a vinculação dos tribunais às suas decisões traduz, especialmente, a necessidade de uniformidade que deve estar presente na construção de um sistema de precedentes.

É cediço considerar que a autoridade inerente aos julgamentos das Cortes Supremas é destaque no quadro do judiciário nacional, o que justificaria a escolha normativa circunscrita ao rol mencionado no 311, II, porquanto pressupõem maior grau de certeza, sobretudo em razão da improvável modificação da decisão firmada.

No entanto, como bem anota Fonseca Costa, há outras formas de expressão institucional que podem reconhecer direitos e dar-lhes satisfatório grau de certeza. Como exemplo, ele elenca: jurisprudência unânime dos tribunais Superiores; julgamento de recurso extraordinário dotado de repercussão geral; resolução do Senado Federal que suspenda a eficácia de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF; portaria do poder Executivo que dispense a oferta de contestação, ou a interposição de recurso pelos seus órgãos de representação judicial; lei interpretativa.

Propomos, então, que seja realizada uma interpretação extensiva e sistemática do artigo 311 do CPC/15; para que – além das teses firmadas em casos repetitivos ou em súmulas vinculantes – a tutela da evidência possa ser concedida com fundamento em tese firmada nos precedentes obrigatórios, tendo-se como parâmetro o rol previsto no art. 927.

Nesse sentido, quando as alegações de fato puderem ser documentalmente comprovadas, tendo-se, assim, preenchido o requisito de ordem probatória, passa-se a verificar se há o preenchimento do requisito de ordem normativa, tomando como fundamento não apenas os itens indicados no inciso II do art. 311, mas também o rol de precedentes obrigatórios indicados no art. 927.

Assim, no momento processual em que cabe ao juiz verificar a existência dos requisitos para concessão da tutela da evidência, a interpretação sistemática do nosso diploma processual, em conformidade com a nossa Constituição Federal concederá espaço para estender a amplitude do requisito de ordem normativa elencado no artigo 311, II, segunda parte, do CPC/15, de modo a reconhecer que os mencionados precedentes judiciais servem de fundamento para a concessão da tutela da evidência.

⁵⁸⁰ MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016. p. 545. No mesmo sentido: GOUVEIA, Lucio Grassi. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I. p. 504. Em sentido liminar está o enunciado 48 aprovado na I Jornada de Direito Processual Civil do CJF: “ENUNCIADO 48 – 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.”

CONCLUSÃO

Quanto às premissas, o trabalho se desenvolveu a partir dos seguintes alicerces teóricos: (1) o reconhecimento da distinção entre texto e norma, considerando ainda que há um sentido normativo mínimo presente no texto (dispositivo normativo) preexistente à atividade interpretativa que desvela a norma (sentido); (2) a superação da ideia de que o juiz apenas aplica a literalidade da lei, reconhecendo que o caráter constitutivo do direito pode ser verificado na atividade judicante; (3) a noção de que a delimitação conceitual de precedente judicial está fincada sob dois aspectos: (3.1) como a primeira decisão judicial que solucionou uma determinada questão jurídica, sendo, sob esse aspecto, fonte do direito; mas não só isso, (3.2) também podendo ser a decisão que cria a norma do caso concreto e que pode, eventualmente, servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos; (4) o reconhecimento de um sistema de precedentes judiciais no Brasil, no qual às decisões judiciais é conferida a potencialidade de se tornarem fontes do direito, a partir da identificação do seu respectivo conteúdo normativo, a *ratio decidendi*.

No decorrer do desenvolvimento, alguns pontos foram decisivos para as conclusões que foram alcançadas, dos quais é possível destacar: (1) que na formação de um sistema de precedentes, as questões a serem enfrentadas pelo colegiado das Cortes Supremas devem ser permeadas pelo diálogo entre aqueles que exercerão a atividade judicante, de modo que *ratio decidendi* represente a tese jurídica geral decorrente da fundamentação do julgado e, exatamente por ser geral, que seja aplicável também em casos análogos; (2) a interpretação de um enunciado normativo no processo de aplicação do direito deve ser realizada tomando-se em consideração a unicidade do sistema ao qual ele pertença, deve por tanto, ser sistemática.

Pelo exposto, então, foi possível alcançar as seguintes conclusões: (1) depreende-se do artigo 311, inciso II, que o legislador impôs uma dupla exigência consubstanciada em requisitos de duas ordens: um requisito de ordem probatória – alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente; e um requisito de ordem normativa – existência de tese firmada em casos repetitivos ou em súmula vinculante; (2) considerando a necessidade de uniformização e coerência, imperativa na construção do sistema de precedentes, impõe-se que a interpretação do art. 311, II projete-se de forma sistemática, conformando-se com a previsão descrita no art. 927; (3) Conclui-se, assim, que quando as alegações de fato puderem ser documentalmente comprovadas, tendo-se preenchido o requisito de ordem probatória, terá cabimento o preenchimento do requisito de ordem normativa, com fundamento em tese

firmada em precedentes obrigatórios nos moldes do art. 927; havendo, assim, os precedentes judiciais como fundamento para a concessão da tutela da evidência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALBUQUERQUE, Felipe Vilar de. **Direito líquido e certo em mandado de segurança**. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5. Região, Recife, n. 13, p. 231-288, mar. 2007.

ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. **O incidente de assunção de competência no microsistema de formação de precedentes obrigatórios**. In: Temas relevantes de direito processual Civil: elas escrevem. CORTEZ, Renata; FREITAS, Rosalina; DOURADO, Sabrina. (Coord.) Recife: Editora Armador, 2016.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e tutela jurisdicional**. In. Revista de direito processual civil 34. Curitiba: Gênese. Outubro – Dezembro de 2004.

ALVIM, Arruda. **A evolução do direito e a tutela de urgência**. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Lisboa: Editorial Juruá, 2012.

_____. **Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites nos negócios jurídicos processuais.** Revista de Processo, São Paulo, v. 244, ano 40. p. 393-423, jun. 2015.

AVELINO, Murilo Teixeira. **A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais—já uma releitura.** In.: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Coleção Grandes Temas do novo CPC –vol.1. Salvador: JusPodivm, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2009.

BAUR, Fritz. **Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares.** Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Do processo cautelar.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Processo de conhecimento e procedimentos especiais.** Revista dos Tribunais, vol. 692/1993, p. 40-47, jun/1993.

_____. **Coisa julgada relativa?** In: Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público.** Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia. Faculdade de direito. Doutorado em Direito Público. Salvador, 2016.

BAUTISTA, José Becerra. **El principio de la congruência em las sentencias civiles.** **Boletim Mexicano de Derecho Comparado.** Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Año VIII, n. 22-23, Enero-Agosto/75.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao art. 311. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil.** v. 1. São Paulo: Saraiva.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo. Ed. Noeses. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela provisória contra o poder público no CPC de 2015**. In: Tutela provisória no novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. BUENO, Cassio Scarpinella. **O novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil: segundo o novo código : estudos de direito civil**. 2.ed. Tradução: Douglas Dias Ferreira. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **A ação no processo civil brasileiro**. Editora Juspodivm: Salvador, 2014.

_____. **Teoria geral dos procedimentos especiais**. In: Farias, Cristiano Chaves de; Didier Jr., Fredie (coords.). Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante. São Paulo: Ed. RT, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris: 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas; PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Fernando Lage. **Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: O quanto o novo tem de inovador?** Revista de Processo. vol.262. ano 41.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARPI, Federico. **Elio Fazzalari**. Disponível em: <http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/gottwald/iapl/obituaries/Elio%20Fazzalari.pdf>. Acesso em: 20 de dez. 2016.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela antecipada**. 3. Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2004.

CASTRO, Daniel Penteadó de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017.

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização**. Disponível em: https://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_antecipada_antecedente_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o Acesso em: 02 de abr. de 2016.

_____. **A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça**. Revista de Processo. vol. 238. ano 39.

_____. Comentários ao art. 300. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CUCHE, Paul. **Petit traité de procédure civile et commerciale**. Paris: Librairie Dalloz.

CUNHA, Alexandre Luna da; ZAINAGHI, Maria Cristina. **Tutela provisória no novo CPC e antecipação de tutela em ação de despejo**. Revista de Processo. vol .248.ano 40.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. In: CABRAL, Antônio Passo; NOGUEIRA, Antônio Passo (coord.). **Grandes temas do novo CPC**, V. 1: negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2017.

DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: editora Martins Fontes, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 380

DESTEFENNI, Marcos. **Natureza Constitucional da Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2015.

_____. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. In: Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, jun/2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>. Acesso em: dez/2017.

_____. **Comentários ao art. 190.** In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: JusPodivm, v. 2, 2015.

_____. **Tutela provisória de evidência.** In: Grandes temas do novo CPC, V. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do Direito brasileiro.** In: Revista de Processo comparado. Ano 1, vol. 2. Jul-dez. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** Tomo II. 5. ed. rev., atual. Tradução de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério;** tradução: Nelson Boeira,- 3ª ed.- São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares.** In: Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança.** São Paulo: Malheiros, 2006.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Código de Processo Civil Comentado.** Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. Comentários ao art. 311. *In:* STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

_____. **O direito vivo das liminares.** Saraiva, São Paulo, 2011.

_____. **Tutela de evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos.** *In:* O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FONSECA COSTA, Eduardo José da; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **A estabilização e a imutabilidade das Eficácias Antecipadas;** Justificando; disponível em: <http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>; acesso em: 04/01/2016.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes.** Revista de Jurisprudência do STJ (Brasília), v.2, p.23-43, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 29 de mar. 2016.

_____. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência.** São Paulo: Saraiva, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.

GAIO JR., Antônio Pereira. **Apontamentos para tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de processo. vol. 254. Ano 41.

GOMES JR, Luiz Manoel; BATISTA; Thiago Buchy. **A tutela provisória do novo Código de Processo Civil e sua aplicação na Ação de Improbidade Administrativa**. Revista de Processo. vol. 260. ano 41. p. 158.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000.

_____. **Comentários ao art. 311**. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Lualri, 2017. t. I.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Uma crítica analítica à ideia de relação processual entre as partes**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBD-Pro, Edição n. 93 (janeiro/março de 2016). Fórum. 2016.

_____. **Comentários aos arts. 502 e 503**. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. t. II. São Paulo: Lualri, 2017.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; Di Spirito, Marco Paulo Denucci. **Comentários aos arts. 294 ao 299**. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; et al. **O novo código de processo civil comentado**. t. I. São Paulo: Lualri, 2017.

GRECO, Leonardo. **A tutela da urgência e a tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015**. In: Grandes temas do novo CPC, V. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2016.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madri: CEPC, 2014.

JUST, Gustavo. **O Direito como ordem e hermenêutica: a filosofia do direito de Nelson Saldanha**. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 181, p. 7-16, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194890/000861663.pdf?sequence=3>. Acesso em: 20 de dez. 2016. p. 14.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LACERDA, Galeno Vellinho. **O código como sistema legal de adequação do processo**. In: Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1976.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3^a ed. Trad. José Lamago. Liboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipada sancionatória**. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2007.

MACEDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador, JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Antecipação da tutela**. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.11-58, 2008.

_____. **Efetividade do processo e tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Processo cautelar**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

_____. **O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos**. Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015.

MARQUES, Luiz Guilherme. **O processo Civil francês**. In: **Revista Emerj**, digital, v. 13, nº 49, p. 80-139, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/revista49_sumario.htm>. Acesso em: 20 de abr. de 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ação popular**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, ROGELIO. **A Tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria estruturante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MUÑOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y el precedente vinculante**. Pamplona, Espanha: Thompson Reuters, 2011.

NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NEVES, MARCELO. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 248.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada**. MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. V. 4. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA SILVA, Beclaute. **A cognição no Mandado de Segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 292 folhas. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco. Recife. Orientador: Artur Stamford da Silva.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: *JusPODIVM*, 2015.

_____. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 - uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)**. Revista de Processo, v. 248, p. 331-354, 2015. p. 339.

PIMENTEL, Alexandre Freire; PEREIRA, Mateus Costa; LUNA, Rafael Alves de. **Da – suposta – provisoriedade da tutela cautelar à “tutela provisória de urgência” no novo código de processo civil brasileiro: entre avanços e retrocessos**. In: Revista de Processo Comparado, vol. 3/2016, p. 15 – 40, Jan - Jun / 2016.

PIMENTEL, Alexandre Freire; TEIXEIRA, Sergio Torres. **Distinções conceituais entre: direito subjetivo, facultas agendi, pretensão, tutela jurisdicional e ação**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6480&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov. de 2016.

PISANI, Andrea Proto. **La tutela jurisdiccional**. Perú: Palestra Editores, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de processo civil**. t. V Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Tratado de direito privado**. Tomo V, Rio de Janeiro, 1955.

RANÑA, Leonardo Fernandes. **O novo Código de Processo Civil e os meios de obtenção de tutelas provisórias na fase recursal – Breves comentários sobre as inovações trazidas pelo novo ordenamento**. Revista de Processo. vol. 255. ano 41.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). Tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016.

RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, Stanford, vol. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-606. Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/sources/Issue%2090.1/Widiss/10%2025%20OD/Widiss.fn019.Schauer.39StanLRev571.pdf>. Acesso em: 20 de mar. 2013.

_____. **Precedent**. University of Virginia School of Law. Maio de 2011. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384. Acessado em: 20 de mar de 2013.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

SPRIGGS II, James F.; HANSFORD, Thomas G.. **Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent**. The Journal of Politics, Vol. 63, No. 4. Novembro de 2001, p. 1091-1111. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0022-3816%28200111%2963%3A4%3C1091%3AETOOUS%3E2.0.CO%3B2-0>. Acesso em: 03 de abr. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. Publicado em: 18 ago. 2016. Disponível <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. **Comentários aos arts. 926, 927 e 928.** In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. **Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade.** In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade> Acesso em: dez/2017.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. 20 jul. 2016.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das Decisões Judiciais.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 39.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da Evidência.** Revista de Processo. vol. 257. ano 41.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença; processo cautelar e tutela de urgência.** 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de Direito positivo.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

VINCENT, Jean. GUINCHARD, Serge. **Procédure civile.** Paris: Librairie Dalloz. 1981.

WACH, Adolf. **La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho.** Buenos Aires: E.J.E.A, 1962.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Em direção ao common law? Palestra – Rio de Janeiro – 2012 in Processo em perspectivs: jornadas brasileiras de direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 1998.

YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. **As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência.** In: Tutela provisória no novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.

ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante do precedente.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 1999.

ZUFELATO, Camilo. **Tutela da evidência e o Projeto de Novo CPC.** Jornal Carta Forense. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tutela-da-evidencia-e-o-projeto-de-novo-cpc/9769>. Acesso em: 29 de mar. 2013.