

TUTELA DA EVIDÊNCIA E PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DA NORMA DO ART. 311, INC. II DO CPC

PROTECTION OF EVIDENCE AND JUDICIAL PRECEDENTS: A PROPOSAL TO EXPAND THE RULE OF ART. 311, INC. II OF CPC

Letícia Isabel da Silva Vieira ¹, Ruy Alves Henriques Filho ²



O presente trabalho visa analisar o sistema da tutela da evidência em conjunto com os precedentes judiciais, ambos adotados pelo Código de Processo Civil de 2015. Em especial o foco do estudo se dá em razão do art. 311, inciso II do CPC, que adotou como hipótese autorizadora da concessão da tutela da evidência a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, mas deixou de elencar outros precedentes que o próprio código civil adota como sendo formalmente vinculantes que é o caso do art. 927 do CPC. Ainda, será proposta a possibilidade de aplicar outras modalidades de precedentes, mesmo que, não positivados na legislação, para assim autorizar a concessão da tutela da evidência, de modo a ampliar a norma e adequar a aplicação deste instituto.

Palavras-Chave: Tutela da Evidência. Precedentes Judiciais. Ampliação da norma.

¹ Advogada OAB/PR 112.844. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (UnicuriTiba) em 2021. Integrante do Grupo de pesquisa "Precedentes Judiciais" (UnicuriTiba). Participante do projeto formação constitucional nas escolas, ministrando aulas sobre a constituição em colégios públicos. Atualmente atuante como advogada tributarista.

² Professor e Magistrado. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1995). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Fundamentais e Processo Civil. Doutor pela Universidade de Lisboa (título reconhecido pela UFPR em 2020). Mestre pela Universidade Federal do Paraná (2008). Membro do Instituto Paranaense de Direito processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Diretor da Escola Judicial da América Latina. Membro do Fundo Penitenciário do Paraná. Professor do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR e da Escola da Magistratura do Paraná. Vice-Diretor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (EJUD-PR).



The present work aims to analyze the injunction based on evidence along the judicial precedents both of them adopted by Brazilian Civil Procedure Code. Specially the goal of this work will be regarding the rule inserted in article 311, which item II adopted as hypothesis of authorizing the concession of injunction based on evidence the existence of the thesis when it comes to trial for repetitive cases, however it no longer contemplates other precedents which the Civil Code itself adopts as it being formally binding which is the case article 927. In addition, I'll propose an analysis of the possibility of another precedent modalities even though they are not present in legislation, in consequence, to authorize the injunction based on evidence and therefore to expand this norm, in that way evolving the institute to have a larger and adequate comprehensiveness.

Keywords: injunction based on evidence; Judicial Precedents; Norm Expansion.

INTRODUÇÃO

A tutela da evidência em seu art. 311 inc. II do CPC, preceitua que a tutela deverá ser antecipada quando "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante". Ocorre que, o texto expresso, revela um grande equívoco de orientação que incidiu o legislador, pois, o julgamento de casos repetitivos ou súmulas vinculantes, são hipóteses expressas da redação do art. 927 do CPC, possibilidades que são reconhecidas pela lei, como sendo precedentes judiciais formalmente vinculantes e, nesse mesmo artigo, há outras modalidades de precedentes, que são de observância obrigatória dos juízes e tribunais.

No entanto, na doutrina resta fortalecido que o rol do art. 311, inc. II do CPC previu menos do que gostaria, vez que há outras maneiras de expressão jurisdicional que serão aptas a conferir ao magistrado a "certeza", evidência do direito alegado para a concessão da tutela da evidência.

O que causa espanto em sua redação é a impossibilidade de ser concedida a tutela da evidência, por decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, hipótese expressa do art. 927 do CPC, o qual, juízes e tribunais devem observar.

Por que decidiu o legislador tão somente na escolha dos incisos II e III do art. 927 (súmulas vinculantes e casos repetitivos) para a concessão da tutela da evidência? Foram considerados mais importantes ou dotados de superioridade pelo legislador em relação aos demais? Os outros incisos não estariam aptos a conceder a tutela da evidência? Dessa forma, não faz sentido o legislador seguido este caminho, afinal, todas as hipóteses do art. 927 do CPC são igualmente vinculantes.

Consequentemente, na prática processual, a tutela da evidência é raramente utilizado pelos jurisdicionados, tendo em vista a omissão do legislador, assim, a justificativa deste trabalho, se presta a analisar e identificar se será possível autorizar a concessão da tutela da evidência com base em outros precedentes vinculantes, em especial todas as hipóteses do art. 927 do CPC, com o fito de ampliar e qualificar sua aplicação, e adequá-la à prestação jurisdicional no caso concreto, tornando-o efetivo com vistas ao alcance da segurança jurídica, da previsibilidade e da estabilidade, qualidades tão caras ao ordenamento jurídico pátrio.

1 TUTELA DA EVIDÊNCIA

O provimento jurisdicional apenas será proveitoso, útil, eficaz se a parte gozar do seu direito tempestivamente ou puder assegurar a sua satisfação

futura por meio da técnica antecipatória. Dessa forma, o Estado tem como dever, garantir a satisfação do direito em um tempo considerado adequado, motivo este que ensejou a criação do instituto da tutela provisória.

Tutela provisória é gênero, da qual são espécies a tutela de urgência e a da evidência. A tutela de urgência é subdividida em tutela antecipada (antecipar os efeitos da sentença) e cautelar (medida assecuratória), ambas exigem dois elementos para sua concessão, o *fumus boni iuri* (probabilidade do direito) e o *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.) A tutela da evidência, no que lhe concerne, funda-se somente no *fumus boni iuri*, nesse sentido, não há o requisito de urgência, repousando seu estudo apenas na probabilidade do direito do autor.

Para Humberto Theodoro a tutela da evidência não deve ser assimilada a uma simples modalidade de urgência, pois, o que se tem em mente, não é somente afastar o perigo de dano gerado pela demora processual, mas eliminar de plano, de imediato, qualquer injustiça de manter insatisfeito um direito subjetivo, pois, a evidência existe e, assim merece a tutela do Poder Judiciário (DE SOUZA, 2017, p. 564). Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni "um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo." (MARINONI, 2020, p. 278)

Em conformidade a este entendimento Rogéria Fagundes Dotti, afirma que um direito é evidente quando postulado é percebido desde logo, isto é, os direitos evidentes são aqueles que podem ser percebidos desde o primeiro momento, sem a devida instrução processual. Portanto, os direitos evidentes são caracterizados pela percepção de sua existência e essa decorre de dois fatores conjugados, isto é, a probabilidade e a fragilidade da defesa de outro. (DOTTI, 2020, p. 89)

A tutela jurisdicional viabiliza a distribuição do ônus do tempo do processo, técnica processual destinada a proporcionar a tutela do direito do autor, sendo os fatos constitutivos incontroversos ou até mesmo evidentes e defesa infundada, isto é, da evidência do direito e da fragilidade da defesa, permitindo que a tutela do direito postulado se dê no início ou no curso do processo sem que seja pago o preço do direito de defesa. (MARINONI, 2020, p. 272)

Note-se como bem assevera Luiz Guilherme Marinoni:

- i) o tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se esse fosse o culpado pela demora inerente à investigação dos fatos; ii) portanto, o tempo do processo deve ser visto como um ônus; iii) o tempo deve ser distribuído entre os litigantes em nome da necessidade de o processo tratá-los de forma isonômica. (MARINONI, 2020, p. 272 - 273)

Percebe-se que o tempo do processo não poderá prejudicar o autor e acabando por beneficiar o réu, pois, o Estado proibiu a justiça de mão própria, assumindo o compromisso com aquele que busca o judiciário, portanto, além do Estado ter o dever de tutelar os direitos, este deve tutelar de forma efetiva e além de tudo tratar os litigantes de maneira isonômica. (MARINONI, 2020, p. 273)

Daniel Mitidiero, segue a mesma linha de raciocínio do autor acima, a tutela da evidência visa promover a igualdade no processo entre os litigantes, "tem como objetivo distribuir o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não." (MITIDIERO, 2019, p. 158). Pois, quando o legislador criou a modalidade antecipatória baseou-se no abuso do direito de defesa ou contra manifesto protelatório do réu, assim, este visou que o demandado não fosse prejudicado ou que estivesse sendo beneficiado pelo tempo do processo. (MITIDIERO, 2019, p. 158)

A proposição desses pensamentos está em quem deve suportar o tempo que o processo habitualmente leva para o seu desenvolvimento e o seu desfecho, verifica-se que é aquele litigante que dele necessita para demonstrar que tem razão. Nesse quesito a tutela jurisdicional será deveras adequada à maneira como o direito material se apresenta em juízo. Pois, o litigante que apresenta um direito evidente, sendo provável que este é o titular do direito discutido, deverá usufruir do bem da vida e no decorrer do processo o oponente terá que provar que o seu posicionamento é merecedor da tutela jurisdicional. (MITIDIERO, 2019, p. 158)

Rogéria Dotti, em sua obra, constata que é:

Se antes o *periculum in mora* constituía a justificativa para a inversão das atividades de execução e cognição, atualmente isso decorre da aplicação dos direitos fundamentais e da lógica de que o ônus do tempo no processo deve ser suportado por aquele que ainda não produziu prova de suas alegações. Independentemente do risco, o legislador nesse caso contenta-se com a probabilidade de o autor ter razão. (DOTTI, 2020, p.163 - 164)

A partir do que foi exposto é possível compreender que é desproporcional e injusto que a parte que tem um direito evidente aguarde o tempo processual, sem uma resposta prévia a um direito evidente, é por si só é uma lesão aos seus direitos tutelados pelo ordenamento jurídico. (FUX, 1996, p. 309)

Dado o exposto à tutela da evidência, técnica processual que se funda na evidência do direito ou até

mesmo nos fatos constitutivos do direito comprovado pelo autor e com a inconsistência da defesa do réu, tem como principal objetivo resolver os problemas do ônus do tempo processual, para aquele agente que mesmo sem o requisito de urgência (*periculum in mora*), vai obter desde logo a tutela jurisdicional do direito, sem precisar aguardar o longo período de toda instrução processual. (MAZINI, 2020, p.26)

Compreendido o conceito da tutela da evidência, verifica-se que há quatro hipóteses contempladas no art. 311 do CPC, discutidas pela doutrina e jurisprudência, se o rol do artigo 311 do CPC seria taxativo ou exemplificativo. Como bem pontua Rogéria Dotti "esse dispositivo disciplina a tutela da evidência e apresenta um rol de hipóteses não taxativas para sua concessão." (DOTTI, 2020, p. 90), ou seja, o rol do art. 311 do CPC é exemplificativo, a técnica deve ser aplicada genericamente, e não apenas em possibilidades taxativas.

Abordadas as questões preliminares, o artigo passa a se debruçar sobre a norma do inciso II do art. 311 do CPC, objeto do presente estudo, que pretende abreviar uma hipótese de direito evidente.

A previsão legal é justificada de duas formas, a primeira parte do dispositivo (art. 311 do CPC) refere-se à prova documental dos fatos, enquanto, a segunda, é a coerência do direito. Assim, havendo comprovação dos fatos alegados pelo autor e somada a necessidade de continuidade da instrução probatória a requerimento do réu e principalmente estando baseado a pretensão em entendimento judicial a respeito da lei, a tutela da evidência deverá ser antecipada. (DOTTI, 2020, p. 258)

Desse modo, é relevante um aprofundamento na hipótese do inciso II, pois, revela um grande equívoco de orientação que incidiu o legislador, ao deixar expressamente "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante". (BRASIL, Lei nº 13.105, 2015)

Insta salientar, como bem assevera o autor Guilherme Freire no Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual do IPDP, não basta somente abrir as portas ao judiciário e não observar o princípio da garantia da ação, este estabelece que um desenvolvimento do processo, deve ser dar à luz de um processo ético e justo, quando se fala a ter acesso à justiça, esse entendimento deve ser superado, não basta oferecer assistência judiciária, se após isso, o processo vai seguir sem o adequado amparo a parte.³

Um ponto final deve ser observado e compreendido no que tange a natureza jurídica da tutela da evidência. Muito frequentemente questiona-se como de fato será aplicada pelo julgador a evidência que se comprova nos autos. Bem, na prática a parte está

³ CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. Aspectos práticos constitucionais. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uJfLTdHVY>. Acesso em: 1 jul. 2021.

em busca de uma tutela que podemos chamar de "comum", para usar a terminologia do código. Seria ela uma tutela condenatória, constitutiva ou até mesmo declaratória. Quem sabe uma executiva lato sensu ou mandamental (utilizando a classificação quinária de Pontes de Miranda). Modernamente poderíamos falar em tutela ressarcitória, inibitória ou mesmo reintegratória (agora sob as luzes de Marinoni). A questão é que ao deferir a tutela da evidência o julgador irá aplicar aquela tutela antes requerida (a tutela inserida no pedido principal) porque há ordem para o juiz dar justa distribuição equitativa do tempo intraprocessual. Assim, além de poder julgar parcialmente o mérito, poderá aplicar em sua decisão o "reforço" inserido no artigo 311 do Código de Processo Civil. Não há um milagre ou mesmo o deferimento de uma tutela mágica. Apenas será incrementado outro ritmo procedimental no feito que tem a possibilidade de receber o pleito da evidência.

Desse modo deve ocorrer um provimento justo e efetivo, assim, reitera-se, portanto, que o legislador deverá considerar as demais hipóteses elencadas nos incisos I, IV e V do art. 927 do CPC, haja vista serem precedentes igualmente vinculantes, logo, se propõe a concessão da tutela da evidência a partir de outras modalidades de precedentes, adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, serão analisados no próximo tópico.

2 ANÁLISE DO PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL

Os precedentes judiciais estão disciplinados nos arts. 489, 926 e 927 do CPC (precedentes judiciais formais). Os referidos artigos foram introduzidos no referido código para que as decisões judiciais sejam tomadas de acordo com os precedentes já firmados, garantindo desse modo, a segurança jurídica, estabilidade e a previsibilidade aos magistrados e, principalmente, àqueles que invocarem tal precedente.

No que tange a conceituação do precedente, Luiz Guilherme Marinoni afirma que "o precedente atinge as questões de direito, ainda que a partir dos fatos do caso." e "deve estar evidente, portanto, que a parte da decisão que constitui um precedente é, tão somente, aquela que trata de uma questão de direito." (MARINONI, 2019, p. 85)

Ruy Alves Henriques Filho, compartilha do entendimento ao afirmar que os "precedentes devem versar necessariamente sobre questão de direito, visto que a decisão sobre questão de fato não tem o condão de vincular, em respeito ao princípio da individualidade." (FILHO, 2018, p. 377). Na definição de Daniel Mitidiero, os precedentes são "razões generalizáveis que podem ser

identificadas a partir da decisão judicial". (MITIDIERO, 2018, p. 91)

Em linhas gerais, trata-se de uma decisão judicial baseada em um caso específico e, seus elementos normativos podem ser usados como um guia para julgamentos posteriores em casos semelhantes. A rigor, precedente pode ser definido como a razão de decidir, em latim "*ratio decidendi*", isto é, a base jurídica que ampara a decisão é a essência de ensaios jurídicos suficientes para determinar um caso específico.⁴

Precedente judicial nada mais é do que o juiz propor uma decisão e essa servir de base para outras causas semelhantes que possam receber a mesma resposta do judiciário, lembrando que essas necessariamente deverão versar sobre questões de direito, tendo em vista que, as decisões sobre questões de fatos não terão o condão de vincular.

Para o doutrinador Ruy Alves Henriques Filho, no Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual do IPDP, o precedente ao lado de incidentes de resoluções repetitivas, súmulas vinculantes, de incidente de assunção de competência, etc., os precedentes judiciais, vem hoje no Brasil, pelo sistema do novo código de processo civil, nos dizer, que é necessário, parâmetros e diretrizes para sustentar a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões, porque isso é o respeito ao Estado democrático de Direito. Se houver decisões conforme a ótica de cada julgador, não terá um sistema de justiça previsível, se quer estará observando o princípio da legalidade e o pior que não julgar, é fazer o julgamento sem parâmetro.⁵

Consequentemente, a decisão pode não ter as marcas necessárias para configurar um precedente, seja porque não trata de uma questão jurídica de direito ou não apoia a alegação por maioria de votos, seja porque se limita a confirmar a letra da lei ou reafirmar um precedente. Além disso, um precedente requer uma análise dos principais argumentos relativos a uma questão jurídica de direito e também reclama o delineamento final de muitas decisões. Nesta dimensão, pode-se dizer que o precedente é a primeira decisão que igualmente, pelo menos por maioria de votos, o estabelece de forma decisiva, deixando-o cristalino. (MARINONI, 2019, p. 154 - 155)

Um precedente inicialmente, deverá advir de uma decisão colegiada e, que esta para ser considerada um precedente, é necessário o esgotamento teórico da matéria e um juiz individualmente não esgota todo o conteúdo em discussão, por isso, que para que se tenha uma decisão que seja um precedente, ela terá que ser

⁴ DIREITO NET. Precedente Judicial – Novo CPC (Lei nº 13.105/15). Direito Net, 11 abr. 2016. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1642/Precedente_judicial-Novo-CPC-Lei-no-13105-15. Acesso em: 1 abr. 2021

⁵ CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. A Identificação dos Precedentes Judiciais Obrigatórios. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UHiZ6tnBJ3s>. Acesso em: 24 jul. 2021.

decorrente do colegiado real, vale lembrar que o quórum estendido não é formador de precedentes.⁶

Dessa forma, compreende-se que os tribunais deverão dar unidade ao direito, para orientar os comportamentos sociais. Surge, então, a seguinte questão – todos os tribunais poderão ter suas decisões qualificadas como precedentes vinculantes?

Adotar a teoria do precedente tem ocasionado algumas mudanças nas Cortes Supremas, faz com que gradativamente as pessoas deixem de se preocupar com a aplicação exata da lei para lidar com a unificação da legislação por meio da interpretação jurídica. A principal razão para essa mudança é que se entendem que texto e norma não se confundem, são distintas, portanto, norma é o resultado da interpretação de textos e, a responsabilidade por esse trabalho cabe às Cortes Supremas. (MITIDIERO, 2017; ZANETI JR, 2019. p. 311)

A lei prevê a existência de precedentes formalmente vinculantes, todavia, como, será visto adiante, não é somente a lei que irá autorizar que o precedente seja vinculante e tampouco a norma será necessária para que ocorra a vinculação do precedente, pois, o que vai determinar a vinculação de um precedente, serão os fundamentos da decisão que lhe deu origem e principalmente a instância em que foi proferida.

Ressalta-se que o art. 926 ao lado do art. 6º do CPC são de duas dimensões da tutela dos direitos, quais sejam, de viabilizar em tempo razoável a prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva e de outro lado, promover a unidade do direito, através da ordem jurídica segura, livre e igualitária. Através da leitura do artigo 926 do CPC, compreende-se que todos os “tribunais” que fazem parte da composição do poder judiciário tem a mesma função diante da ordem jurídica.

Mas, segundo Daniel Mitidiero, essa suposição está equivocada, pois, é necessária uma divisão entre Cortes de Justiça e Cortes de precedentes, onde determinadas cortes vão prolatar decisões justa e outras cortes irão formar somente precedentes. Para o autor, à luz do art. 926 do CPC, Cortes de Justiça (TJ e TRF) irão exercer um controle retrospectivo diante de causas decididas em primeira instância e, ainda, uniformizar a jurisprudência. Quanto as Cortes de Precedentes, irão ocupar o “vértice” da organização judiciária, quais sejam, o STF e STJ, que tem como fim outorgar uma interpretação prospectiva e dar a devida unidade ao direito. (MITIDIERO, 2018, p. 79-81)

Para o autor José Miguel Garcia Medina no Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual do IPDP, os tribunais superiores têm uma função paradigmática, diz respeito a ideia do

fornecimento de padrões decisórios para o julgamento de casos futuros, o palestrante corrobora com o entendimento do doutrinador Arruda Alvim, onde os tribunais superiores quando julgam, eles atuam como se fossem faróis, isto é, ele profere uma decisão sobre determinado caso e espera-se que o sentido que o STF e o STJ formulou, entendam como o correto a respeito de determinada disposição constitucional, e que seja observado pelos demais tribunais.⁷

Luiz Guilherme Marinoni, compartilha do mesmo entendimento, observa-se:

Lembre-se de que ao Judiciário podem ser reconhecidas duas funções básicas, a resolução de conflitos (*resolution of disputes*) e o desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas (*enrichment of the supply of legal rules*). Cabe aos juízes e tribunais de apelação a primeira tarefa, e às Cortes Supremas, a segunda. Isso significa que, enquanto perante os tribunais de apelação importa especialmente o desejo do litigante de ver bem solucionado o caso, diante das Cortes Supremas espera-se a aderência das soluções jurídicas à realidade e à cultura sociais, ou seja, a emissão de decisões capazes de atribuir ao direito um sentido conforme às necessidades da vida das pessoas. Não é por outro motivo que as decisões, quando resolvem litígios, interessam às partes (*res judicata*) e, quando atribuem sentido ao direito, interessam à sociedade (*ratio decidendi*). (MARINONI, 2019, p. 288)

Desse modo, os únicos tribunais que podem formar precedentes são o STF e o STJ, significa dizer que são considerados tribunais de precedentes, e suas respectivas funções são entendidas na perspectiva do ceticismo moderado, entendendo que sua essência se reflete na interpretação da constituição ou do texto legal. (MITIDIERO, 2018, p. 86 - 86)

Insta salientar que a interpretação da Corte Suprema, a constituição ou ao texto legal, consiste em dois elementos básicos: *ratio decidendi* (motivos determinantes da decisão, o que garante a segurança jurídica da decisão, parte vinculante) e obter *dictum* (questões não essenciais para a solução específica do problema).

Conforme Eduardo Talamini, no Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual do IPDP, a *ratio decidendi*, serão aqueles fundamentos que são verdadeiramente relevantes e fundamentais, que são essenciais para que a decisão seja a àquela em que ela foi decidida, as afirmações feitas como obter *dictum* em uma decisão de controle incidental, ainda que muito bem elaboradas e ainda que muito convincente, não serve para isso, não são elas as

⁶ CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. A Identificação dos Precedentes Judiciais Obrigatórios. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UHiZ6tnBJ3s>. Acesso em: 24 jul. 2021.

⁷ CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. O Código de Processo Constitucional e a função dos Tribunais Superiores. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PRn0HLU8eDM>. Acesso em: 28 jul. 2021.

relevantes para daí se extrair a força vinculante, entendimento aceito na teoria dos precedentes.⁸

As cortes de precedentes não serão cortes de uniformização, essas não poderão repetir inúmeras decisões diante de muitos casos concretos a mesma solução jurídica para então uniformizar, mas sim, atribuir unidade ao direito, com solução de casos que serão precedentes para guiar interpretações futuras. Assim, nesta linha, uniformizar é dever das Cortes de Justiça. (MITIDIERO, 2018, p. 86)

Ainda, no que concerne ao § 2º do art. 926, do CPC, embora afirme que, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” isso declara que a norma é uma curiosa admissão de que as súmulas são critérios que se referem ao passado, diferentemente dos precedentes, que são parâmetros voltados ao futuro. As súmulas não conferem unidade ao direito, diferentemente dos precedentes.

Imperioso salientar que para o autor Luiz Guilherme Marinoni, as súmulas foram concebidas como enunciados da interpretação das Cortes de correção e tem como objetivo facilitar a decisão sobre o recurso. No entanto, observe que a súmula é um enunciado de tese de direito e não pode, jamais, explicar os motivos da adoção da tese em face de um caso concreto, o que nos precedentes é totalmente cabível. (MARINONI, 2019, p. 284 - 285)

Verifica-se que o art. 927 do CPC estabelece o que seria um precedente e elenca quais deverão ser observados pelos juízes e tribunais, o legislador procurou dar força aos precedentes, conferindo autoridade a estes, através de regras positivadas, mas ignorando que a força do precedente independe da existência de dispositivo legal. Pois, um precedente está relacionado à *ratio decidendi*, aos motivos que os tribunais superiores utilizaram na interpretação da lei. Ainda cabe observar que para Marinoni, o art. 927 do CPC é exemplificativo, a força do precedente não decorre do seu positivismo, independe do fato de ter recebido poderes do legislador, observa-se:

[...] além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo. À parte das súmulas — que obviamente não são precedentes e só existem por terem que ser respeitadas —, decisões lembradas nos seus incs. I e III estão situadas entre os precedentes das Cortes Supremas. Precedente é gênero, que obviamente encarta os precedentes firmados em controle concentrado (art. 927, I do CPC/2015) e os precedentes estabelecidos em “julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (art. 927, III, do CPC/2015). Já as decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas

repetitivas — deixando-se de lado, por enquanto, a questão da ilegitimidade constitucional das decisões que prejudicam os que não participaram —, deveriam ser observadas em razão de sua natureza erga omnes. (MARINONI, 2019. p. 286) GRIFO NOSSO

Percebe-se que é necessário compreender a teoria da interpretação em uma perspectiva lógico-argumentativa, ou seja, retira-se o foco apenas da Lei e se coloca, inclusive, no precedente. Assim sendo, a liberdade e a igualdade passam a ser consideradas diante do produto da interpretação e da segurança jurídica. O precedente resultante da reestruturação legislativa passa a ser o garante último da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado de direito, portanto, o precedente judicial constitui a principal fonte de direito, cuja eficácia vinculativa decorre do poder institucionalizador da interpretação da jurisdição. (MITIDIERO, 2018, p. 93)

3 TUTELA DA EVIDÊNCIA E PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DA NORMA DO ART. 311, INC. II DO CPC – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA NORMA

Com a finalidade de conferir uma tutela adequada, tempestiva e efetiva aos direitos e tão logo, confirmar aos precedentes a sua eficácia vinculante, o CPC reuniu a tutela da evidência e os Precedentes Judiciais, trazendo como hipótese autorizadora da concessão da tutela a presença de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante, com à existência da prova documental (art. 311, inciso II, do CPC).

A tutela da evidência irá decorrer da justa distribuição do tempo da espera processual, desse modo, comprovados os fatos alegados pelo autor e estando baseado em teses jurídicas pelos tribunais superiores sobre o tema em questão e ainda havendo necessidade de instrução probatória, a tutela deverá ser antecipada. (DOTTI, 2020. p. 257-258)

Assim, causa espanto a tutela da evidência ser concedida através de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, sendo que essas hipóteses compõem o rol de precedentes elencados no art. 927 do CPC, que devem, obrigatoriamente, ser respeitado e observado pelos juízes e tribunais na solução dos casos concretos. Desse modo comparando o art. 927 e o art. 311, inc. II do CPC, verifica-se uma inconsistência legislativa.

Embora o art. 927 do CPC possua cinco incisos que se referem a diferentes modelos de precedentes, o legislador optou, exclusivamente pela existência de somente dois para a concessão da tutela da evidência,

⁸ CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. Controle de constitucionalidade pelo STF e coisa julgada no caso

concreto. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ulfLTrTdHVY>. Acesso em: 1 jul. 2021.

mesmo sendo os demais de observância obrigatória pelos juízes e tribunais.

Todas as hipóteses do art. 927 do CPC, assim, como às duas possibilidades da concessão da tutela da evidência, são precedentes vinculantes. Assim, diante dessa incoerência legislativa, boa parte da jurisprudência e doutrina, como será visto adiante, se posicionam afirmando que os precedentes arrolados no art. 927 do CPC são aptos a ensejar a autorização da concessão da tutela da evidência.

Insta salientar como bem elucidada a autora Rogéria Dotti, o art. 311 do CPC é um rol exemplificativo, a doutrinadora faz uma crítica válida, pois, não haveria sentido, uma decisão em IAC autorizar a improcedência liminar (art. 332, III, do CPC), mas não a tutela da evidência. (DOTTI, 2020, p. 265)

O art. 332 do CPC, prevê hipóteses de improcedência liminar do pedido. Confere ao juiz a possibilidade de julgar a lide diante da presença de súmulas do STJ e STF e enunciado de súmula de TJ sobre direito local, no conhecimento de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, poderá o magistrado utilizá-los também para a concessão da tutela da evidência, isto é, se um juiz pode julgar uma demanda improcedente com base em precedentes, este também será capaz de utilizar estes precedentes para conceder a tutela da evidência, assim, "quem pode o mais, pode o menos". (RIBEIRO, 2016, p. 196)

Desse modo, o art. 331, inc. II do CPC sendo considerado um rol exemplificativo, de antemão é possível afirmar que o art. 927 do CPC poderá conceder a técnica antecipatória, assim, todos os precedentes arrolados no art. 927 serão aptos a deferir a tutela da evidência, a exemplo de doutrina dominante Rogéria Dotti, leciona que:

Na verdade, todos os incisos do art. 311 e todas as hipóteses do inciso II referem-se a situações de uma defesa frágil, inconsistente. A propósito, a ideia de súmula vinculante e de decisão tomada em casos repetitivos representam meros exemplos do entendimento das Cortes Supremas, o que está contido em decisões vinculantes. Daí por que todas as hipóteses descritas no art. 927 do Código de Processo Civil podem autorizar a concessão da tutela da evidência. (DOTTI, 2020, p. 265)

Nessa senda, Paulo Guilherme Mazini, declara que o rol do art. 311, inc. II se trata de rol não exaustivo, portanto, cabe interpretação extensiva diante da previsão do art. 927, I à V do CPC, afinal, outras decisões poderão espelhar o posicionamento dos tribunais, não

havendo razão para excluir do art. 311, inc. II decisões que emanam das cortes brasileiras "desde que sejam capazes de exprimir seu entendimento a respeito das matérias versadas nos pedidos de tutela sumária da evidência." (MAZINI, 2020, p. 95-96)

A exemplo de jurisprudência a favor dessa interpretação extensiva, constata-se o enunciado 48 da I Jornada de Direito Processual Civil, 135 da II Jornada de Direito Processual Civil e o enunciado 30 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).⁹

Desse modo, partindo da premissa básica da tutela da evidência, o tempo processual deverá ser equilibrado entre as partes, isto é, a justa distribuição do tempo da espera processual e baseando-se naquilo que já foi possível comprovar, não seria razoável limitar apenas algumas situações específicas (taxativamente previstas em lei), por isso que tal técnica necessitará ser aplicada de modo amplo. (DOTTI, 2020, p.178)

Portanto, parece haver um consenso doutrinário e jurisprudencial, que as hipóteses de concessão de tutela da evidência não devam ser restringidas à existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, pois, não seria razoável e nem lógico excluir do regramento da tutela da evidência o conjunto completo de todos os precedentes obrigatórios, não tendo sentido algum¹⁰ se aplicado dessa forma, assim, se fazendo necessário a extensão hermenêutica. (GOUVEIA; SOUZA JÚNIOR; ALVES, 2019, p. 644)

Em uma abordagem mais ampla, para além dos precedentes e da jurisprudência uniformizadora do art. 927 do CPC, deverá ser considerado como hipótese autorizadora da concessão da tutela da evidência, outros precedentes, todos e quaisquer precedentes obrigatórios vinculantes, mesmo os que não estejam previstos em lei.

Inicialmente, insta salientar que o art. 927 do CPC é meramente exemplificativo, isto é, a norma trata apenas de alguns dos precedentes existentes, não será somente a lei que poderá autorizar a criação de um precedente e tampouco a legislação será necessária para que ocorra a vinculação do precedente. O que vai determinar a vinculação de um precedente, serão os fundamentos da decisão que lhe deu origem e principalmente a instância em que foi proferida, como visto em tópico próprio, para uma parte da Doutrina, os precedentes emanam de cortes de Precedentes, quais sejam, STF e STJ. Desse modo sendo emanados de Cortes Supremas, serão sempre obrigatórios vinculantes.

⁹ Recomenda-se a Leitura.

¹⁰ "Não tem nenhum sentido a restrição do dispositivo a esses casos mencionados no dispositivo legal, devendo ainda ser proposta uma interpretação sistemática para que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela da evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes

obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927 do CPC, no caso da tese fixada em decisão do STF dada em sede de controle concentrado e dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça."

Não haverá vinculação de um precedente apenas nos casos em que uma determinada norma de direito positivo reconheça eficácia normativa geral em relação às razões em que se baseiam certas decisões judiciais – como é o caso do art. 926 e 927 do CPC. (MITIDIERO, 2018, p. 94).

Portanto, uma vez que um precedente é formado, este fará parte do sistema jurídico como a principal fonte de direito e deverá ser considerado na determinação da regra que se aplica a um caso concreto, faz parte do âmbito protegido pela segurança jurídica, objetivamente considerado elemento integrante do conhecimento. (MITIDIERO, 2018, p. 94)

Nessa perspectiva de outros precedentes autorizarem a concessão da tutela da evidência, confira-se a doutrina de Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Devem ser levado em conta todos os precedentes vinculantes exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunal superior já foi antecedido de amplo debate dos principais argumentos existentes em torno do tema, limitando as possibilidades argumentativas da parte em face da qual se requer a tutela da evidência e tornando pouco provável o seu êxito (salvo se conseguir demonstrar uma distinção do caso em exame com o caso paradigma ou a superação do precedente. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 629)

Cabe ressaltar que para o autor Marinoni, “a ideia de súmula vinculante e de decisão tomada em casos repetitivos indica meros exemplos do entendimento das Cortes Supremas, que, mais do que em qualquer outro lugar, está em seus precedentes.” (MARINONI, 2020, p. 330-331)

Dessa forma, se a norma do art. 311 inc. II do CPC permitiu que casos repetitivos e súmulas vinculantes, sejam consideradas como autorizadas da tutela da evidência, por qual, outro motivo, não poderia a tutela ser concedida sob a perspectiva de outros precedentes vinculantes. Pois, como observado pelo doutrinado Marinoni essas hipóteses são meros exemplos de precedentes, entendimento de Corte Suprema.

Além disso, como visto em tópico anterior um precedente é muito mais do que uma súmula vinculante, é evidente que a leitura do art. 311, II, do CPC deverá ser feita a partir da isonomia e consequentemente o devido respeito as decisões vinculantes e não somente a meros comandos abstratos expostos em súmula. Mesmo que a lei diga expressamente que deverá ser considerado os recursos repetitivos ou as súmulas vinculantes, se sabe que esses enunciados não serão capazes de garantir a igualdade no direito. (DOTTI, 2020, p. 259)

A diferença fundamental é que, enquanto as súmulas estão relacionadas à sua definição como

enunciados, extraídos de julgamentos, os precedentes, no que lhe concernem, referem-se à análise efetiva e aprofundada de casos específicos. Dessa forma, a utilização de súmulas não traz a mesma garantia que o uso de precedentes.

A norma só terá sentido se interpretada da seguinte forma “as alegações do autor, evidenciadas por documento, têm fundamento jurídico amparado em entendimento de Corte Suprema” (MARINONI, 2020, p. 331)

Nessa percepção, a autora Rogéria Dotti sustenta que o legislador incorreu em equívoco ao escolher apenas dois institutos jurídicos (casos repetitivos ou súmulas vinculantes), deixando de lado todos os outros precedentes vinculantes, abaixo:

Em outras palavras, a força vinculante não está obviamente no invólucro processual em que fora proferida a decisão, mas na decisão em si mesma. Daí porque o legislador não poderia escolher esse ou aquele instituto jurídico, deixando de lado todos os outros que também encerram decisões vinculantes. (DOTTI, 2020, p. 265-266)

Para corroborar o entendimento, confira-se o Agravo de Instrumento n. 70076356773, da relatora Des. Marilene Bonzanini, julgado em 2018, cuja ementa expressa a necessidade de interpretação extensiva ao disposto no art. 311, II, do CPC. Ainda há o entendimento exarado pelo Des. Paulo Sérgio Scarparo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70077253730 de 2018, em que foi concedida a tutela da evidência, com fundamento no art. 311, inciso II, do CPC, em razão de, além de prova documental suficiente, existir entendimento firmado em Súmula do STJ – hipótese esta não contemplada na redação do dispositivo.

Diante do exaurido, o posicionamento da jurisprudência e da doutrina em sua maioria, defendem que a concessão da tutela da evidência não deverá se limitar à existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmulas vinculantes.

De tal forma é evidente que deverá haver a necessidade de uma interpretação extensiva do artigo 311, inc. II do CPC, é a partir da ampliação da norma do artigo que será atingido o objetivo do processo de prestar uma tutela adequada, efetiva, tempestiva e eficaz ao direito material posto.

Dessa maneira, essa é a proposta de ampliação das hipóteses elencadas do art. 311, inciso II, do CPC, para que os precedentes e a jurisprudência uniformizadora elencadas no rol do art. 927 do CPC, assim, como, qualquer precedente obrigatório com força vinculante autorizem a concessão da tutela da evidência, assegurando assim uma prestação de tutela adequada, tempestiva e efetiva e ainda concretizando a função do STF e STJ, pois, precedentes contém potência obrigatória vinculante, sempre serão vinculantes e assim também servindo de parâmetro para

provimentos provisórios, que é o caso da tutela da evidência.

CONCLUSÃO

A tutela de evidência será concedida quando os fatos puderem ser comprovados apenas documental e houver tese firmada em caso de julgamento de casos repetitivos ou súmulas vinculantes, hipótese positivada no art. 311 inc. II do CPC. O objeto do estudo foi a análise legal, doutrinária e jurisprudencial, com o intuito de identificar se é factível autorizar a concessão da tutela da evidência com base em outros precedentes vinculantes, com a finalidade de garantir a efetiva prestação jurisdicional no caso concreto.

O art. 311, inc. II do CPC, ao elencar as hipóteses de concessão, apenas eleger somente dois dos precedentes existentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim, parece incongruente o legislador elencar somente alguns dos precedentes e jurisprudência uniformizadora, para autorizar a permissão da tutela da evidência, tendo em vista, o vasto sistema de Precedentes Judiciais.

Constatou-se que o sistema de precedentes judiciais adotado no Brasil, tem status de fonte formal do direito, como se percebe da redação dos arts. 926 e 927 do CPC. Insta salientar que a criação e a vinculação de um precedente, não será determinada somente pela positivação na norma e, sim os fundamentos da decisão que lhe deu origem e principalmente a instância em que foi proferida. O legislador elencou, artigos, súmulas; acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas; teses firmadas em julgamento de casos repetitivos, etc., como sendo obedecidas obrigatoriamente por juízes e tribunais. No entanto, nem todas essas hipóteses são precedentes e, além disso, o legislador não teve empenho significativo de apresentar uma lista final de precedentes positivados pelo Código.

Verificou-se que o sistema judiciário deverá ser dividido em Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, onde as Cortes de Justiça (TRF e os TJ), desempenham a função de revisão dos casos julgados em primeira instância e padronização da jurisprudência. Enquanto, a Cortes de Precedentes (STF e STJ) serão os únicos tribunais que poderão formar precedentes e, suas respectivas funções são entendidas na perspectiva do ceticismo moderado, entendendo que sua essência se reflete na interpretação da constituição ou do texto legal.

Investigou-se que o art. 927 do CPC, estabelece o que serão os precedentes e quais deverão ser observados pelo julgador. O legislador procurou dar força aos precedentes, conferindo autoridade a estes, através de regras positivadas, entretanto, ignorou que a força do precedente independe da existência de

dispositivos legais, afinal, o precedente está relacionado ao respeito à *ratio decidendi*, ou seja, aos motivos que os tribunais superiores utilizam na interpretação da lei, assim, é errôneo entender que um precedente só se aplicará se houver uma disposição legal explícita.

Comprovou-se com base em doutrina e jurisprudência majoritária, que somente STF e o STJ formam precedentes e os TRF e os TJ constituem jurisprudência e as súmulas poderão colaborar na interpretação e na aplicação do direito, para as Cortes Supremas e Cortes de Justiça, isto é, poderá emanar de quaisquer dessas cortes.

Ainda é imperioso destacar que a maioria doutrinária e alguns enunciados sobre o tema, afirmam que o art. 927 do CPC é meramente exemplificativo, isto é, o artigo apenas lista alguns dos precedentes existentes e jurisprudência uniformizadora.

Desse modo, será possível o artigo 311, inc. II do CPC ter sua redação ampliada para as hipóteses do art. 927 do CPC e todos os outros precedentes obrigatórios vinculantes, pois, o sistema processual civil brasileiro ao adotar o sistema de precedentes, eleger alguns artigos com previsões expressas de precedentes vinculantes, como é exemplo do art. 927 do CPC e justamente por serem precedentes vinculantes devem ser respeitados obrigatoriamente por todos os juízes e tribunais, assim, causaria estranheza e seria incongruente todas as hipóteses do art. 927 do CPC não autorizar a concessão da tutela da evidência, sendo que o inc. II do art. 311 autoriza a sua concessão pelos recursos repetitivos e súmulas vinculantes, modalidades elencadas no art. 927 do CPC, inexistem ressalvas ou até mesmo diferenças estabelecidas pela lei do art. 927 do CPC, portanto, todas as hipóteses do art. 927 do CPC, gozam do mesmo poder e estão no mesmo nível hierárquico.

Em relação a todos os outros precedentes, igualmente verifica-se a sua ampliação no âmbito de hipóteses da tutela da evidência, a maioria doutrinária, declaram, que as opções do artigo 927 do CPC, são alguns dos muitos precedentes existentes, isto é, para se formar um precedente não precisará ser positivado na norma e tão pouco para a vinculação, pois, precedentes emanam de Cortes de Precedentes (STF e STJ), assim, todos os precedentes serão obrigatórios vinculantes.

Exatamente dentro desse contexto que a possibilidade de conceder proteção temporária, a tutela da evidência, não se pôde limitar a concessão da tutela, aos precedentes que o legislador considerou como sendo vinculantes. A fidelidade ao precedente é um meio pelo qual a nossa ordem jurídica ganha a almejada unidade ao direito, assim, tornando-se um ambiente seguro, isonômico e livre, sem os precedentes, nenhuma ordem jurídica poderá ser considerada como legítima, portanto, essas são as

razões, pelas quais os precedentes são obrigatórios vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma é coerente a ampliação da norma para essas hipóteses, pois, somente desse modo os institutos, irão atingir o que se pretendeu no início, aplicabilidade e adequação a prestação jurisdicional no caso concreto, garantindo assim, a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade.

REFERÊNCIAS

CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uJfLTrTdHVY>. Acesso em: 26 mai. 2022.

DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da Evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR; Tutela provisória de evidência. //: COSTA, Eduardo José Fonseca da; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos (org.). Tutela Provisória. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

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

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos F. de; ALVES, Luciana Dubeux Beltrão. Breves considerações sobre a tutela da evidência no CPC/2015. //: COSTA, Eduardo José Fonseca da; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos (org.). Tutela Provisória. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Identificação do Precedentes Judiciais. Criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão. Londrina: Editora Thoth. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

MAZINI, Paulo Guilherme. Tutela da Evidência – perfil funcional e atuação do juiz à luz dos direitos fundamentais do processo. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MITIDIERO, Daniel. Antecipação da Tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: v. 3. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.