

# Precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC

**Rogéria Dotti**

*Advogada no Paraná  
Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil  
pela Universidade Federal do Paraná  
Conselheira Estadual e Coordenadora-Geral da  
Escola Superior de Advocacia da OAB Paraná*

## RESUMO

Este trabalho tem a finalidade de analisar, no novo Código de Processo Civil, a possibilidade de antecipação da tutela, sem urgência e com base na aplicação de precedentes judiciais. Ele trata, portanto, da tutela da evidência: uma forma de tutela antecipada com base apenas na probabilidade do direito e que não exige a presença do *periculum in mora*. Trata-se de importante inovação no direito brasileiro e tem o objetivo de garantir, ao mesmo tempo, a razoável duração do processo e o tratamento igualitário para casos iguais. Tal estudo considera que o ônus do tempo no processo deve ser racionalmente distribuído entre as partes, mesmo quando não houver risco. Considera também que deve haver uma coerência e isonomia nas decisões judiciais. Conclui-se assim que, dentro do devido processo legal, o direito provável e reconhecido pela jurisprudência deve ser desde logo tutelado.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Precedentes judiciais. Novo Código de Processo Civil. Probabilidade do direito.

## ABSTRACT

This work aims to analyze the possibility of injunctive relief in the New Civil Procedure Code, without urgency and based on the precedent system. Therefore, it focuses on the evident provisional measure: a kind of preliminary injunction based only on the clear right, which does not require the presence of *periculum in mora*. It is an important innovation in Brazilian law, that has the aim to assure, at the same time, the reasonable length of proceedings and the equal treatment for equal cases. This study considers the need to distribute rationally the time of proceedings among plaintiffs, even when there is no risk at all. It also considers that there must be coherence and equality in judicial decisions. The conclusion is that, in a due process of

law, what has been declared a clear right by jurisprudence must be satisfied right away.

Keywords: Injunctive relief. Precedents. New Civil Procedure Code. Clear right.

## Introdução

O processo civil da atualidade depara-se com dois graves problemas: a demora na prestação jurisdicional e a instabilidade da jurisprudência. Ambos são igualmente nocivos. Tanto o atraso como a existência de decisões diferentes para casos iguais geram a sensação de injustiça e a descrença no Poder Judiciário.

Ciente dessa realidade, o legislador do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) procurou encontrar alternativas. O art. 926, por exemplo, estabelece o dever dos tribunais quanto à uniformização da jurisprudência, a fim de mantê-la estável, íntegra e coerente. E, complementando o dispositivo anterior, o art. 927 determina que os juízes (de primeiro e segundo grau) observem as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmulas vinculantes, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, assim como os julgamentos de recursos repetitivos, os enunciados de súmulas do STF e STJ nas matérias que lhes são inerentes e a orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais de segundo grau.

Por outro lado, o novo Código de Processo Civil assegura também a possibilidade da antecipação da tutela nas hipóteses em que, apesar de não concluída a instrução, a existência do direito do autor já se mostre clara. É a chamada tutela da evidência, disciplinada pelo art. 311 e baseada em um forte juízo de probabilidade. O interessante é que a antecipação nesse caso dispensa o requisito da urgência, ou seja, do *periculum in mora*. A satisfação do direito do autor decorre pura e simplesmente de uma melhor equação em relação ao tempo de espera do processo.

A solução legal é de uma lógica inquestionável. Com efeito, se o direito do autor já se mostra muito mais do que provável, nada mais adequado que permitir sua imediata realização. Embora não se trate de verdadeira novidade – uma vez que o art. 273, inciso II do Código de Processo Civil de 1973 já autorizava a antecipação sem urgência –, não há como negar que o instituto foi significativamente ampliado pela nova lei.

O que se pretende analisar no presente artigo é justamente essa fórmula encontrada pelo novo Código para dar solução, ao mesmo tempo, a essas duas preocupações: demora e instabilidade jurisprudencial. Com efeito, através da previsão do inciso II do art. 311, será possível a antecipação baseada em teses jurídicas pacificadas pelos tribunais.

E aí surge a seguinte questão: a lei produzirá verdadeiro avanço em termos de antecipação? A dúvida é razoável na medida em que, de acordo com a tradição jurídica brasileira, só se antecipa o que é urgente. Nesse sentido, basta lembrar que o inciso II do art. 273 do Código de 1973 nunca teve grande aplicação prática.

Contudo, é possível pensar que a busca de celeridade e segurança autoriza uma aplicação mais ampla da tutela da evidência. Essa é a reflexão que ora se propõe.

## **1 O princípio da razoável duração do processo**

O direito processual da atualidade é iluminado pelos valores expressos nos princípios e nas garantias constitucionais. Serão eles que darão o tom para a correta aplicação das regras nas áreas do processo civil, penal e administrativo. Logo, a doutrina não pode mais ser indiferente a esses valores e à busca de realização do direito material. Daí a noção de direito constitucional processual.

Além disso, percebe-se que o objetivo do processo civil não se limita a compor as partes. Hoje não se pensa mais na jurisdição apenas como a *justa composição da lide*, consoante a clássica lição de Carnelutti. Independentemente da solução ao conflito concreto, o processo busca ser também um meio de estabelecimento de condutas e de realização de Justiça. Essa função pública, bem exposta na teoria dos precedentes, faz com que a lei, a doutrina e a jurisprudência preocupem-se com a isonomia e a estabilidade das decisões judiciais. Afinal, serão elas que estabelecerão os comportamentos e a forma de atuação dos jurisdicionados.

Nesse contexto, Ada Pellegrini Grinover fala da “notável transformação” decorrente da mudança de enfoque do individual para o social. O processo passa a ser visto como “instrumento ético e político de atuação da justiça e de garantia da liberdade” (GRINOVER, 1986, p. 19).

E, ainda que a leitura deva sempre ocorrer no sentido da Constituição em direção ao ordenamento infraconstitucional, não se pode desconsiderar que o Código de Processo Civil desempe-

nha um importante papel na concretização dos direitos. Nesse aspecto, a nova lei traz um capítulo inicial destinado às *normas fundamentais do processo civil*, o qual reafirma várias das garantias constitucionais. Nele se lê, por exemplo, que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º). Trata-se, evidentemente, de reflexo da garantia insculpida no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A garantia vem também prevista no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. O art. 8º, inciso 1 do texto estabelece:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A propósito, Jorge de Oliveira Vargas lembra que o direito de obter decisões judiciais dentro de um prazo razoável é bastante antigo, já estando previsto na Carta Magna de 1215. Lá, o direito inglês, no parágrafo 40, assegurava expressamente “a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça” (VARGAS, 2005, p. 343). Trata-se de uma decorrência direta do princípio da efetividade e do direito à tutela jurisdicional adequada.

Na Itália, desde 2001, há legislação específica assegurando o direito à indenização pela violação da garantia à razoável duração do processo. Trata-se da Lei nº 89, de 24 de março de 2001, mais conhecida como “*Legge Pinto*”. Ela alterou o art. 375 do Código de Processo Civil italiano, o qual passou a permitir *equa riparazione* dos danos causados pela demora excessiva.

Destaque-se que o atraso na prestação jurisdicional, além de gerar prejuízos materiais, causa malefícios a todo o sistema e ao próprio Estado de Direito. Isso porque gera desalento e um descrédito da população em relação ao Poder Judiciário. Vale aqui recordar a belíssima lição de Eduardo Couture: no processo, o tempo é algo mais do que ouro: é justiça.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> “Por outra parte es menester recordar que en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia” (COUTURE, 1945 *apud* NERY JUNIOR, 2009, p. 315).

## 2 Precedentes judiciais e a busca de isonomia e segurança jurídica

O princípio da isonomia constitui uma das garantias constitucionais. Ele tem sua base normativa no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, o qual assegura que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*.

A leitura que se faz hoje dessa garantia é bastante ampla, de maneira a proteger a igualdade sob o ponto de vista material, ou seja, concreto. Justamente por isso, abandona-se a noção antiga, herdada do movimento revolucionário francês e consistente na igualdade meramente formal, ou seja, apenas perante a lei. Isso porque, se a vedação à interpretação e à criação do direito pela jurisprudência fazia algum sentido em um contexto de juízes aristocratas e ligados ao *ancien regime (noblesse du robe)*, com o passar dos anos tal concepção de jurisdição mostrou-se totalmente incapaz de lidar com as sensações de frustração e descrédito decorrentes de julgamentos diversos para casos idênticos.

Na verdade, a vedação à interpretação judicial mostrou-se absolutamente utópica. Os juízes, inicialmente proibidos de interpretar a lei, passaram naturalmente a fazê-lo (em face das cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, do controle difuso da constitucionalidade das leis e da aplicação de valores ou princípios metajurídicos). Isso gerou graves distorções e passou a permitir decisões absolutamente diferenciadas para casos iguais. Tal instabilidade, como é natural, trouxe grande insegurança jurídica. Não é mais possível prever qual será a solução concreta dada pelos tribunais e, conseqüentemente, não há uma pauta de conduta a ser seguida. A atuação das pessoas físicas e jurídicas deixa, portanto, de ter uma orientação jurídica clara e segura.

Nesse cenário, o respeito ao princípio da isonomia (em sua conotação material) e à própria segurança jurídica passou a exigir uma aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*, a fim de assegurar tratamento igual para casos iguais (*treat like cases alike*).

Importante destacar que, no Brasil, o conjunto de decisões judiciais (jurisprudência) infelizmente não apresenta coerência ou uniformidade. Aliás, isso é facilmente demonstrável, pois, quando a doutrina se refere a um grupo de decisões em um mesmo sentido, ela utiliza a expressão “corrente jurisprudencial”. A jurisprudência brasileira, portanto, não é em nada uniforme. E isso por um motivo muito claro: muitos magistrados proferem suas decisões a partir de suas próprias convicções pessoais e seu modo pessoal de interpretar a lei.

Não há no país nem mesmo um sentimento de colegialidade dentro das Cortes. Cada assessoria ou gabinete decide de uma forma e não há uma coerência entre as decisões. Isso faz com que o entendimento de um mesmo órgão julgador se altere em pequenos intervalos de tempo, de acordo com sua composição. Por outro lado, sendo a lei o único parâmetro e, ainda assim, apresentando por vezes uma alta carga de indeterminação, não há como prever o conteúdo das decisões judiciais. A propósito, Sérgio Cruz Arenhart defende a adoção dos precedentes e salienta que a lei é por si só insuficiente para gerar previsibilidade do sistema. Segundo o autor, a instabilidade é um dos problemas que leva ao aumento do número de demandas: “Hoje uma dificuldade muito grande é a imprevisibilidade da decisão judicial. É um sistema totalmente imprevisível, que estimula o litígio de maneira exagerada” (ARENHART, 2014).

Realidade completamente diversa se verifica nos países que adotam um sistema de precedentes judiciais. A expressão latina *stare decisis et non qujeta movere* já traz em si a noção de estabilidade. Tal orientação, adotada nos países de *common law*, pressupõe uma relação de coerência e integridade no conjunto das decisões judiciais. Ainda que exista um comando na lei ou na Constituição, a norma realmente só surge no julgamento do caso concreto, através de uma construção judicial baseada no contexto social e cultural. E tal norma deve ser respeitada nos casos futuros, de modo a garantir um mesmo julgamento para todos os casos iguais. Dessa forma, a obediência de juízes e tribunais às decisões anteriores tem uma natureza semelhante ao respeito que eles devem ter em relação à Constituição ou aos textos legais (*statutes*). Há, nitidamente, um compromisso com o passado, jamais permitindo que o juiz parta de um marco zero (*ex nihilo*). Assim, mesmo nas hipóteses de superação ou não aplicação do precedente por *overruling* ou *distinguishing*, o magistrado deve considerar as decisões já proferidas e justificar o motivo de sua não aplicação. Isso garante isonomia material, ou seja, igualdade de direitos no julgamento dos casos concretos.

Nesse aspecto, o Código de Processo Civil de 2015 possui inegavelmente o mérito de buscar uma maior uniformidade e coerência na aplicação da lei, assegurando o respeito à segurança jurídica e ao princípio da isonomia material.

### **3 O ônus do tempo no processo e a probabilidade do direito**

No Brasil, há uma tendência em se imaginar que a não concessão de tutela antecipada – por não alterar o *status quo ante* –

não traria riscos e não causaria prejuízos. Tal raciocínio é um erro. Em todas as ocasiões em que o autor tiver razão (o que só será possível apurar ao final do processo), a mera postergação da realização de seu direito evidentemente lhe causará prejuízo. Por isso, estando presentes os requisitos legais, o magistrado tem o dever legal de tutelar antecipadamente o direito da parte. Trata-se da justa distribuição do ônus do tempo no processo ou, em outras palavras, da tutela do direito que já se mostra evidente.

Marinoni e Mitidiero (2008, p. 270), que há muito tempo tratam desse tema, afirmam que o processo não pode ser fonte de prejuízo ao autor que tem razão: "Ora, como o autor tem direito à tutela jurisdicional tempestiva, e o réu direito à defesa, somente é processo justo aquele que está preocupado com ambas as partes, repartindo o ônus do tempo do processo, que antes era jogado inteiramente nas costas do autor". Vale aqui a lembrança do princípio chiovendiano de que *a durata del processo non deve andare a danno dell'attore que ha ragione* (MARINONI, 2006, p. 148).

Daí porque o Direito Processual Civil, ciente dos valores constitucionais, deve propor a construção de um processo justo. E, para tanto, é preciso que o magistrado assuma riscos, faça escolhas, decida com base em probabilidade. Deve-se abandonar aquele antigo ideal da busca de um juízo de certeza.

Além disso, essa nova concepção do processo procura evitar o imobilismo e a neutralidade de algum tempo atrás, quando ao magistrado cabia tão somente a aplicação das formalidades legais, pouco importando a realização do direito material. "O processo civil moderno repudia a ideia do juiz Pilatos que, em face de uma instrução malfeita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes" (DINAMARCO, 2001, p. 223).

A inércia do Poder Judiciário realmente prejudica a parte que tem razão e cria o chamado *dano marginal*, decorrente da frustração, da não fruição do direito. Isso não decorre da atitude do réu, mas da própria demora que o processo acarreta. O Estado prejudica assim o cidadão diante da má prestação do serviço tendente à tutela jurisdicional (HOFFMAN, 2006, p. 222).

O juízo de probabilidade possui relevância processual e deve servir para assegurar, nas hipóteses legalmente previstas, a antecipação da realização do direito. Qualquer pensamento em sentido contrário desconsidera a ideia de isonomia no tratamento das partes, privilegiando a manutenção do *status quo* e dando valor excessivo à busca de certeza. Afinal, por que prestigiar o possível, mas improvável, direito do réu quando o autor apre-

senta provas suficientes de que certamente vencerá a demanda? Diante dessa circunstância, é lógico pensar que o Poder Judiciário deve tutelar o direito que já se mostra provável, em vez de impor uma longa e demasiada espera.

Aliás, se até pouco tempo atrás já parecia injusto fazer o autor (que aparentemente tem razão) esperar até a decisão final, agora, diante da demora cada vez maior da tramitação dos processos, essa injustiça se mostra de forma ainda mais nítida.

#### **4 A Tutela da Evidência no CPC de 2015**

Em seu sentido amplo, a tutela provisória possui o grande mérito de fazer com que o tempo necessário para o deslinde da controvérsia não se torne um fardo injustamente pesado para as partes (notadamente para o autor que tem razão). Ela constitui uma das maneiras de se enfrentar o dilema da falta de estrutura judicial e do enorme volume de processos. Nesse sentido, “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” (MARINONI, 2006, p. 165-166).

A tutela provisória é vista, então, como uma opção do legislador para implementar a garantia constitucional da razoável duração do processo (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXVIII) e assegurar a efetividade do direito material (tão necessária para a credibilidade e a respeitabilidade do próprio Poder Judiciário).

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) prevê a tutela provisória como gênero, o qual abrange a tutela de urgência (cautelares ou satisfativas) e a tutela da evidência. Esta última se caracteriza pela possibilidade de antecipação de tutela mesmo quando não exista *periculum in mora*.

A tutela da evidência está disciplinada no art. 311 do novo diploma, o qual amplia consideravelmente as possibilidades até então previstas. Com efeito, no sistema anterior (art. 273, II do Código de Processo Civil de 1973, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994), já se mostrava possível a antecipação da tutela, independentemente do risco de dano. Isso ocorria sempre que se caracterizasse o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Mas a nova lei prevê agora outras circunstâncias nas quais se autoriza a antecipação, consoante os incisos do art. 311 do referido diploma legal. E, o que é melhor, dispensa o requisito da má-fé processual, exigido no sistema do Código anterior.

Destaque-se que o simples fato de haver um aumento das hipóteses legais de antecipação divorciada da urgência já sinaliza uma maior preocupação do sistema legal com a posição jurídica daquele autor que, aparentemente, tem razão. Para ele, o Código de Processo Civil de 2015 aumenta as chances de ver o direito realizado desde logo, independentemente de qualquer situação de risco.

Trata-se assim de uma demonstração de mudança de paradigma em relação àquele processo anterior, extremamente conservador e comprometido apenas com a visão do réu.

O novo Código Civil de 2015 prevê a concessão da tutela de evidência em quatro cenários distintos: a) abuso do direito de defesa ou propósito protelatório da parte; b) prova documental das alegações de fato e existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmulas vinculantes; c) pedido reipersecutório fundado em prova documental adequado ao contrato de depósito; e d) petição inicial instruída com prova documental suficiente à demonstração do direito do autor, sem oposição de defesa do réu com prova capaz de gerar dúvida razoável.

Entre os cenários descritos, merece destaque a possibilidade prevista no inciso II, ou seja, a concessão da tutela da evidência diante de prova documental e pretensão em sintonia com tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. Tal hipótese procura unir, de um lado, a necessidade de acelerar a satisfação do direito provável da parte e, de outro, o sistema de respeito aos precedentes judiciais. Com isso, pretende-se não apenas garantir a efetividade mas também possibilitar uma prestação jurisdicional mais uniforme, íntegra e coerente.

Vale lembrar que o princípio da razoável duração do processo mostra-se cada vez mais necessário para a efetividade dos direitos. Isso porque a complexidade maior das causas, aliada ao grande aumento da litigiosidade, passou a impor uma melhor distribuição do ônus do tempo do processo. Se antes era possível aguardar o término do processo (a fim de se obter a satisfação do direito mediante cognição exauriente), agora a longa espera por uma decisão final torna imprescindível criar meios alternativos para o atendimento imediato de certos direitos, demonstráveis de plano. E, nesse contexto, a tutela de evidência mostra-se plenamente apta a conciliar segurança jurídica com efetividade do processo.

Com efeito, se a pretensão só puder ser realizada ao final da demanda (quando então se concluirá com absoluta certeza quanto à existência do direito), muitas vezes o longo trâmite

processual causará descrédito, frustração e sensação de injustiça. Daí a importância da aplicação da tutela provisória.

É importante ter em mente que a função jurisdicional não depende exclusivamente da cognição exauriente. Como muito bem lembrou Carlos Ayres Britto, não é à toa que na língua portuguesa “o substantivo sentença venha do verbo sentir”.<sup>2</sup> E, para sentir, ou melhor, perceber quem tem razão, nem sempre é preciso chegar ao final da instrução processual.

## **5 Precedentes judiciais e antecipação de tutela: por que não antecipar o direito que já se mostra mais que provável?**

O que se tem verificado, em todo o mundo, é uma clara aproximação entre os sistemas jurídicos do *civil law* e *common law*. Isso porque não é mais possível obter isonomia apenas com a aplicação da lei. Com efeito, diante da maior complexidade das causas, dos conceitos jurídicos indeterminados e da própria indeterminação da linguagem, a aplicação de uma mesma regra jurídica pode conduzir a diferentes resultados.

Ao julgar a causa, o magistrado necessariamente faz uma operação de interpretação e, conseqüentemente, produz uma norma para o caso concreto. Daí a necessidade de se preocupar com a igualdade perante o julgamento das causas e não mais com aquela igualdade baseada exclusivamente na lei. O princípio da isonomia exige hoje uma igualdade de julgamentos, ou seja, decisões iguais para casos iguais.

O respeito aos precedentes judiciais é ainda tema novo no Brasil e gera grande polêmica. Parte da magistratura entende que a aplicação de decisões judiciais anteriores a novos casos implicaria restrição à liberdade de convicção do julgador. Isso é natural diante desse momento de ruptura. Cada grande mudança é, normalmente, acompanhada de resistência.

Mas, na verdade, o estudo mais aprofundado da teoria dos precedentes mostra que ela não viola a liberdade judicial. Muito pelo contrário. Se aplicada corretamente, tal teoria valoriza as decisões e ainda assegura uma evolução da própria jurisprudência. Isso porque ela gera dois grandes benefícios: permite a liberdade do magistrado para fazer a distinção<sup>3</sup> ou a superação do precedente<sup>4</sup> e ainda garante o respeito à isonomia e à segu-

<sup>2</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaSTF/anexo/discursoAyresBritto.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaSTF/anexo/discursoAyresBritto.pdf)>. Acesso em: 23 fev. 2014.

<sup>3</sup> O chamado *distinguishing* na terminologia do *common law*.

<sup>4</sup> O *overruling*, que se caracteriza pela não mais aplicação do precedente pela corte que o criou, diante da mudança de entendimento.

rança jurídica. Ou seja, permite um sistema estável e, ao mesmo tempo, em movimento.

Saliente-se que a estabilidade da jurisprudência – consequência natural da adoção do sistema de precedentes – diminui os riscos na antecipação da tutela. Isso porque, em um ambiente de decisões estáveis, será muito mais fácil prever as chances de acolhimento da pretensão pelo Poder Judiciário. Assim, teses jurídicas pacificadas permitem a antecipação da tutela com menor risco de reversão.

Nesse ponto, a tutela da evidência tem um papel relevantíssimo a cumprir. Ela permite a aproximação da segurança dos precedentes com a celeridade processual, visando a um melhor resultado no que diz respeito à distribuição do ônus do tempo no processo.

Ao tratar da tutela da evidência, o Código de Processo Civil de 2015 dispensa a urgência e procura realizar o direito provável nas situações de defesa inconsistente. Há, aqui, uma aproximação com o sistema francês e a previsão do *référé*.<sup>5</sup>

A tutela da evidência se refere, portanto, a uma “pretensão de direito material de existência quase certa”, razão pela qual a procedência da demanda para o magistrado “salta-lhe aos olhos *simpliciter et de plano*” (COSTA, 2011, p. 71).

Segundo Alcides Munhoz da Cunha, nesses casos, a antecipação fática dos efeitos do provimento decorre da presunção, e não da necessidade, já que aqui não há situação de perigo como nas medidas de urgência (MUNHOZ DA CUNHA, 2005, p. 241).

No que tange ao abuso ou à mera defesa inconsistente do réu, a possibilidade de antecipação da tutela é a demonstração de que o ônus do tempo não deve ser suportado por aquela parte que, aparentemente, tem razão. Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni,

a norma que permite a tutela antecipatória em caso de abuso de direito de defesa (art. 273, II, CPC) constitui o fundamento para a distribuição do ônus do tempo do processo de acordo com a evidência do direito afirmado pelo autor e a fragilidade da defesa. Sem tais normas o

<sup>5</sup> No que diz respeito à urgência, há três formas distintas de *référé* atualmente na França: aquele tradicional baseado no perigo da demora (art. 808 do Nouveau Code de Procédure Civile), aquele cuja urgência pode ser simplesmente presumida (art. 809, 1ª parte do mesmo Código) e, por fim, o *référé provision* e *injonction* (art. 809, 2ª parte do Código), que dispensa a urgência e baseia-se única e exclusivamente na defesa inconsistente. É o que vem previsto expressamente na segunda parte dos arts. 809, 849, 873 e 894 do Nouveau Code de Procédure Civile.

processo civil seria inconstitucional, por não viabilizar a realização do direito fundamental à duração razoável do processo e não tratar as partes de forma isonômica (MARINONI, 2009, p. 86).

A lógica está em fazer com que o réu (que possivelmente perderá a demanda) é que tenha de suportar o tempo necessário de tramitação até a eventual demonstração de seu (improvável) direito. Por isso, mesmo que não exista má-fé do réu, ainda assim o autor tem o direito de ter sua pretensão desde logo atendida. Segundo Daniel Mitidiero, há duas razões para isso: primeira, é profundamente injusto fazer com que a parte aguarde pela fruição de um direito que se mostra evidente; segunda, quem deve pagar pelo tempo da instrução é a parte que ainda tem que demonstrar ter razão em sua postulação (MITIDIERO, 2013). Em outras palavras, ainda que não haja abuso, é mais justo assegurar o bem da vida ao autor que, aparentemente, tem razão do que mantê-lo nas mãos do réu.

Daí por que se acredita que a jurisprudência e a doutrina assegurem a ampla aplicação da tutela da evidência, sempre que o direito se mostrar provável desde logo, independentemente da má-fé, do abuso ou da protelação do réu. O que mais importa para o sistema jurídico nesse ponto não é punir o réu, mas sim satisfazer quem aparenta ter razão. É o que se espera para o fim de se valorizar, de fato, a celeridade e o direito à razoável duração do processo.

Observe-se, todavia, que o Código de Processo Civil de 2015 faz referência apenas aos julgamentos em casos repetitivos e às súmulas vinculantes. Ou seja, restringe demasiadamente a possibilidade de antecipação, deixando de mencionar as demais hipóteses de decisões que, nos termos da própria lei (art. 927), constituem precedentes obrigatórios. Com efeito, o art. 311 estabelece:

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 documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Não há, portanto, previsão da lei quanto ao cabimento dessa forma de tutela quando a tese jurídica invocada pelo autor esteja em consonância com os precedentes das Cortes Superiores. Lembre-se que no sistema atual (Constituição Federal, art. 103-A) as súmulas ditas vinculantes somente são editadas pelo Su-

premo Tribunal Federal. Contudo, a própria Lei nº 13.105/2015 prevê também serem de observância obrigatória as súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do próprio Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional (art. 927).

Assim, entende-se que a omissão legislativa não deve afastar a possibilidade de realização imediata do direito do autor quando houver prova documental suficiente e a pretensão estiver de acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o que se percebe é que os quatro incisos do mencionado dispositivo legal tratam da defesa frágil, ou seja, daquela contestação já formulada (ou que virá a ser apresentada) mas que não tem forças para gerar dúvida razoável sobre o direito do autor. Nesse sentido, em relação às quatro hipóteses do art. 311, "o denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de defesa inconsistente. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será" (MITIDIERO, 2015, p. 322).

A interpretação sistêmica do Código permite, dessa forma, ampliar o cabimento da tutela da evidência para abranger, justamente, as decisões que constituam precedentes obrigatórios (MITIDIERO, 2015, p. 322).

Afinal, o próprio Código permite o julgamento liminar de improcedência do pedido que contrariar enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (art. 332, I), ou ainda enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (art. 332, IV). Ora, sendo possível nessas hipóteses a improcedência liminar (antes mesmo da citação do réu), não se justifica o não cabimento da tutela da evidência. Nesse sentido, sustenta Neves (2015, p. 217) que o legislador deveria ter sido mais incisivo na abrangência do dispositivo.

## Conclusão

A entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil fomentará discussões acadêmicas, dando assim oportunidade para mudanças culturais e quebras de paradigmas. Essa é a função da doutrina: gerar reflexão e orientação na aplicação da lei, conduzindo os operadores do Direito a caminhos até então não imaginados ou explorados.

É bem verdade que a morosidade processual, especialmente nos países mais pobres, não decorre apenas de deficiência das leis, mas também de fatores culturais, institucionais e materiais,

como a carência de recursos humanos e de equipamentos. Apesar disso, não se pode diminuir o papel das reformas legislativas na resolução dessa problemática (KOEHLER, 2013, p. 303).

É o momento de se colocar em prática as ideias de efetividade, celeridade e isonomia processual. E a tutela da evidência é um excelente instrumento nesse sentido. Não há como negar que o direito se torna evidente quando a tese jurídica defendida pelo autor está em consonância com a orientação pacificada dos tribunais superiores. Nessa hipótese, nada justifica que a parte (que provavelmente terá êxito na demanda) tenha que aguardar até o final do processo para só então poder usufruir do direito material. Neves (2015, p. 218) chega inclusive a sustentar que o rol do art. 311 do novo Código de Processo Civil é meramente exemplificativo.

A tutela da evidência constitui, portanto, um meio para assegurar a própria credibilidade do Poder Judiciário e evitar a sensação de injustiça que o decurso do tempo poderia trazer. Isso porque, na medida em que ela assegura uma prestação rápida, afasta o risco de a justiça se tornar, como alertou Piero Calamandrei, uma “atrasada e inútil expressão verbal, uma vã ostentação de lentos engenhos destinados, como os guardas da ópera bufa, a chegar sempre muito tarde”.<sup>6</sup>

Destaque-se que, antes mesmo da previsão legal dessa forma de tutela da evidência, a doutrina já vinha sustentando o cabimento da antecipação de tutela perante a orientação pacífica nas cortes superiores. Nesse sentido, Ruy Fernando Zoch Rodrigues, em relevante tese de doutorado apresentada na USP em 2009, ampliou o conceito de “pedido incontroverso” do § 6º do art. 273 para aí incluir as hipóteses de teses jurídicas já pacificadas. Para ele, o direito “incontroverso” seria direito evidente e justificaria a antecipação da tutela, independentemente da urgência.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> “Esta visa, portanto, como os procedimentos que o direito inglês entende sob a denominação de *Contempt of Court*, a salvaguardar o *imperium judicis*, ou seja, a impedir que a soberania do Estado, na sua mais alta expressão que é aquela da justiça, se reduza a ser uma atrasada e inútil expressão verbal, uma vã ostentação de lentos engenhos destinados, como os guardas da ópera bufa, a chegar sempre muito tarde” (CALAMANDREI, 2000, p. 209/210).

<sup>7</sup> “Além de assimilar a ideia de direito evidente ao contexto do direito incontroverso expresso no § 6º, definimos a possibilidade de decisão a qualquer momento, inclusive liminar, e o regime da efetivação da tutela antecipatória proposta nos mesmos termos do empregado nas tutelas urgentes” (RODRIGUES, 2009, p. 13).

Nessa linha de raciocínio, a tutela antecipatória, “ainda que de certa forma possa colocar em risco o direito de defesa, é fundamental para a efetividade do direito de ação” (MARINONI, 1993, p. 105). O que se busca, portanto, é uma nova mentalidade: a tutela antecipada não se limita mais às situações de urgência. Aliás, desde sua criação em 1994, ela já era viável sem o risco da demora, ainda que estivesse limitada, naquele tempo, aos casos de abuso do direito de defesa.

Essa orientação, se difundida adequadamente, poderá melhorar a qualidade da prestação jurisdicional e assegurar um Poder Judiciário com maior credibilidade. Impõe-se aqui uma verdadeira mudança cultural para alterar a triste realidade da sensação de descrédito e de injustiça gerada pelo decurso do tempo.

E, muito embora o caminho seja árduo – diante da tendência e do hábito em só se decidir provisoriamente o que é urgente –, há esperança de que a nova lei produza verdadeiro avanço. Com efeito, o julgamento em prazo razoável é uma forma de atender a justa expectativa dos jurisdicionados.

Foi o que, há alguns anos, defendeu Egas Dirceu Moniz de Aragão, referindo-se à missão do Poder Judiciário:

Se este, e os magistrados que o consubstanciam, são providos de prerrogativas, que asseguram sua independência, e são tradicionalmente depositários das esperanças de legiões de moleiros Sans Souci, que diariamente lhes batem às portas, é essencial que deles se exija o julgamento em prazo razoável, sem o que o jurisdicionado ficará ao desamparo e a justiça terá faltado à sua mais importante missão (MONIZ DE ARAGÃO apud MUNHOZ DE MELLO, 2005, p. 891).

## Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. Entrevista concedida ao jornal Gazeta do Povo em 11 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/nao-acho-que-nos-vamos-virar-um-pais-de-common-law-eaoiesazpvyuaiy8hvtqi4n7ta?ref=editorialista>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O “direito vivo” das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, p. 19-30, jul. 1986.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: JusPodivm, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Estação Científica** (Ed. Especial Direito), Juiz de Fora, v. 01, n. 04, p. 82-97, out./nov. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novidades sobre a tutela antecipatória. **RePro**, local de publicação, v. 69, p. 105-110, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. Antecipação e antecipações. Dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 241-253.

MUNHOZ DE MELLO, Joaquim. Um professor emérito. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 891-972.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9 ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com a análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Código de Processo Civil**: inovações, alterações, supressões comentadas. São Paulo: Método, 2015.

RODRIGUES, Ruy Fernando Zoch. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência em ações repetitivas**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia fundamental contra a demora nos julgamentos. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 343-347.