

Tutela de evidência: uma proposta de interpretação sistemática e teleológica do inciso II do art. 311 do CPC

Fernanda Pereira Bento*

RESUMO: Este artigo pretende identificar as hipóteses que podem decorrer da aplicação do art. 311, inciso II, do CPC, que, em princípio, restringem-se à concessão de tutela de evidência às situações em que há robusta documentação dos fatos alegados e que o fundamento jurídico decorre exclusivamente de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. A conclusão é de que a limitação da regra apenas a casos repetitivos e súmula vinculante precisa ser adequada ao sistema de precedentes do CPC/15, que é mais abrangente, bem como ao direito que se apresenta em juízo de forma evidente e incontroversa.

Palavras-chave: Tutela provisória. Tutela provisória de evidência. Tutela de evidência. Direito evidente. Precedente. Norma não controversa.

Introdução

Muitas vezes, a morosidade no trâmite do processo, por permitir a ocorrência ou a permanência de dano ou de ato ilícito, é capaz de gerar verdadeira infrutuosidade da prestação jurisdicional (MITIDIERO, 2014, p. 134). É nesse contexto que se inserem as tutelas provisórias, que têm a precípua função de distribuir, de forma isonômica, o ônus do tempo no processo (MITIDIERO, 2017, p. 78).

Com o advento do CPC/2015 (Código de Processo Civil de 2015), as tutelas provisórias receberam novo tratamento jurídico, com ênfase na estruturação das tutelas de evidência,¹ que são concedidas nas situações em que, dentre outros requisitos, o direito da parte se mostrar de altíssima probabilidade. Uma das hipóteses de maior relevância e que será objeto deste trabalho consiste na concessão da tutela de evidência quando houver alegações de fato comprovadas

* Pós-graduada em Direito dos Contratos pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/SP, Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

¹ Diz-se “estruturação” porque já havia hipóteses de tutela de evidência distribuídas ao longo do CPC/1973; porém, sem a nomenclatura atual, tal como a concessão de liminar em ação possessória.

apenas documentalmente, somadas à tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.²

Na temática das decisões judiciais vinculantes, o CPC/2015 também inovou ao reestruturar a construção e interpretação da matéria, dando destaque aos precedentes vinculantes, nos termos do art. 927,³ cujo fim principal é manter a jurisprudência dos tribunais estável, íntegra e coerente.

O objetivo deste artigo é, ao relacionar os temas citados, identificar as hipóteses que podem decorrer da aplicação do art. 311, inciso II, do CPC, que, em princípio, restringem-se à concessão de tutela de evidência nas situações em que há robusta documentação dos fatos alegados e o fundamento jurídico decorra exclusivamente de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Com fundamento em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, propõe-se a interpretação sistemática e teleológica da norma, a partir de uma reflexão acerca dos precedentes no CPC atual e de outros institutos processuais que utilizam os precedentes judiciais de forma mais completa ou, pelo menos, em conformidade com que dispõe o art. 927 do CPC.

Analisa-se inclusive a possibilidade de concessão da tutela de evidência em situações que superam os precedentes obrigatórios do caderno processual vigente, a fim de abranger normas que se revelam como “raras verdades jurídicas”, cujo conteúdo, de tão incontroverso, nem sequer demanda uniformização jurisprudencial para se mostrar evidente.

1 Aspectos gerais das tutelas provisórias e hipótese de cabimento da tutela de evidência

² “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.”

³ “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.”

A leitura do art. 294 do CPC, diploma que trouxe nova sistematização às tutelas provisórias, permite notar duas espécies do gênero tutela provisória, uma delas fundada na urgência, e a outra, na evidência do direito postulado pela parte. A tutela de urgência poderá ser cautelar (natureza assecuratória ou conservativa) ou antecipada (natureza satisfativa), ao passo que a tutela de evidência terá sempre natureza satisfativa.

As tutelas de urgência visam combater o “perigo de dano” ou o “risco ao resultado útil do processo”. Por sua vez, a tutela da evidência, objeto do presente estudo, está fundamentada em um alto grau de probabilidade do direito invocado pela parte, que, de tão elevado, deve ser entendido como evidente.

Por meio da tutela de evidência, é possível antecipar os efeitos da tutela final, que, em princípio, somente seriam concedidos na sentença, mas sem a necessidade de qualquer risco de dano para o processo ou para as partes, na medida em que se funda apenas no direito evidente da parte autora. Em razão disso, afirma-se que a tutela de evidência é “uma tutela provisória, mas não de urgência, porquanto fundada exclusivamente na evidência do direito, não se cogitando de *periculum in mora*” (WAMBIER, 2015, p. 524).

No que tange ao momento para requerimento das tutelas provisórias, a lei processual classifica as tutelas de urgência em antecedentes e incidentais. Enquanto as tutelas antecedentes são requeridas antes da formulação do pedido de tutela final, as tutelas incidentais são requeridas simultaneamente ao pedido principal ou posteriormente à formulação de tal pedido. A tutela de evidência será sempre requerida em caráter incidental.

Apesar de o CPC/1973 já prever, em relação a algumas situações,⁴ a antecipação dos efeitos da tutela quando cristalino o direito da parte autora, o CPC/2015, por meio do art. 311, apesar de não esgotar todas as hipóteses legais, trouxe maior destaque à tutela de evidência, mediante a formalização do instituto e a ampliação de suas hipóteses de cabimento (BARCELLOS, 2016, p. 3).

⁴ Quando há a caracterização de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, do CPC/1973) e quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (art. 273, § 6º, do CPC/1973). Destaque-se que, no CPC/15, o pedido incontroverso deixa de ser uma hipótese de tutela de evidência e passa a ser uma hipótese de julgamento antecipado parcial do mérito, conforme dispõe o art. 356, I, CPC/15.

As hipóteses de tutela de evidência estão elencadas em quatro incisos do art. 311 do CPC atual,⁵ cujo *caput* estabelece que a tutela será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

O inciso I trata do abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório da parte. É predominante o entendimento de que essa primeira hipótese de concessão de tutela de evidência consiste em tutela sancionatória para a parte que age de má-fé, no intuito de procrastinar o feito.

Tal inciso deve ser lido como uma regra aberta, a permitir a antecipação de tutela em qualquer situação, sem urgência, em que a defesa se mostre frágil quando comparada à robustez dos argumentos trazidos pela parte autora (MARINONI, 2015, p. 201). Em outras palavras, é cabível quando a defesa se mostrar inconsistente.

Fredie Didier Júnior (2014) afirma que essa hipótese

É fundada na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica da parte requerente, que se coloca em estado de evidência em relação à situação litigiosa, vez que a parte adversária é exercente de defesa despida de seriedade e consistência e, por isso, deve ser apenas com o ônus de provar que sua posição é digna de tutela jurisdicional (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 620).

Para além da finalidade punitiva, a concessão da medida visa transferir o ônus da espera àquele que abusa de seu direito de defesa. Vale dizer, ainda, que o manifesto propósito protelatório do réu pode se caracterizar antes mesmo da citação, ao, por exemplo, empregar meios para impedir a efetivação do ato citatório. Contudo, prevalece o entendimento de que não é permitida a decisão antecipatória liminar (sem oitiva da parte contrária), que somente é autorizada nas hipóteses do art. 311, II e III, do CPC/15.

No inciso II, está prevista a hipótese de concessão de tutela de evidência quando "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante".

⁵ "Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente."

Tal situação independe de qualquer conduta do réu, sendo possível, inclusive, a concessão da medida em caráter liminar.

Aponta-se que houve certo equívoco do legislador ao limitar as hipóteses de concessão da tutela de evidência do inciso II do art. 311 do CPC, em caso de prova documental, apenas às teses firmadas em recursos repetitivos e súmulas vinculantes. Defende-se, majoritariamente, que o dispositivo se aplica aos precedentes elencados no art. 927 do CPC.

Já no inciso III está prescrita a hipótese de concessão de tutela de evidência quando se tratar de “pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”. Trata-se de tutela de evidência decorrente de contrato de depósito, em que a restituição do bem ao depositante é inerente a tal espécie de contrato.

No diploma processual civil anterior, era prevista a “ação de depósito”, que tinha por finalidade exigir a restituição da coisa depositada, cuja petição inicial deveria ser instruída com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa (artigos 901 e seguintes do CPC/1973). Com a tutela de evidência prevista no inciso III do art. 311 do CPC/2015, o citado procedimento especial foi superado.

Por fim, segundo o inciso IV, a tutela de evidência também será cabível quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

Tal hipótese não admite concessão liminar e, segundo Marinoni (2015, p. 202), consiste da clássica situação em que o tempo para produção da prova deve ser suportado pelo réu, e não pelo autor, que já se desincumbiu de seu ônus probatório documentalmente.

Dentre as hipóteses de cabimento de tutela de evidência no CPC vigente, a prevista no inciso II do art. 311 merece especial destaque e será tratada com mais profundidade neste estudo, sobretudo diante da recente valorização dos precedentes pelo ordenamento jurídico-processual.

2 Precedente judicial

Para dar início à discussão acerca da interpretação do inciso II do art. 311 do CPC/2015, é curial compreender, de forma breve, as diferenças essenciais entre os sistemas jurídicos existentes no tocante à temática dos precedentes obrigatórios e suas implicações.

A *Common Law* e a *Civil Law* são os dois principais sistemas jurídicos historicamente situados.

Apesar de haver certas variantes entre os países que a adotam, pode-se dizer, de forma simplória, que a *Common Law* é um sistema de direito de origem anglo-saxônica, baseado na atuação dos tribunais, que, ao decidirem um caso concreto, passam a extrair do julgado uma norma a ser aplicada, no futuro, a casos que sejam análogos.

Em contrapartida, a *Civil Law* se caracteriza preponderantemente pela aplicação de uma norma jurídica positivada por meio de um processo legislativo. Nesse sistema, os precedentes eram originariamente menos valorizados, porque, nele, não se destacava a necessidade de outra garantia para a segurança jurídica que não fosse o robusto conjunto de leis aplicadas pelo Poder Judiciário. Assim, a jurisprudência despontava como mera fonte secundária do Direito, com pouca ou nenhuma força vinculante (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 303).

Sobre as diferenças entre os dois sistemas, Marcos Vinicius Rios Gonçalves ensina:

O nosso ordenamento jurídico processual, oriundo do sistema romano-germânico, estava baseado fundamentalmente na norma escrita, embora mesmo antes da entrada em vigor do CPC/2015 já fosse possível identificar a influência do sistema anglo-saxônico. Com a nova lei, que adotou o sistema dos precedentes vinculantes, pode-se afirmar que o nosso sistema, embora ainda predominantemente embasado na *Civil Law*, passou a ser, de certa forma, híbrido, já que, tal como nos países da *Common Law*, os precedentes e súmulas vinculantes se erigem em verdadeira fonte formal do direito. Mas apenas nos casos em que eles são vinculantes. Afora essas hipóteses, a jurisprudência não é fonte formal do direito. [...] os precedentes judiciais não obrigatórios serão úteis para reforçar as conclusões do julgador (GONÇALVES, 2019, p. 53).

Delineadas, sucintamente, as principais características originárias dos sistemas jurídicos referidos (hoje bastante imbricados, como se vê na realidade jurídico-processual dos países de tradição anglo-saxônica e continental), passa-se a

uma tentativa de definir “precedente judicial”, importantíssimo conceito a ser relacionado ao art. 311, inciso II, do CPC.

Empreende-se aqui mera tentativa, haja vista que qualquer estudo exclusivo sobre o tema dos precedentes judiciais envolve inúmeras nuances e divergências doutrinárias. Para o objeto deste estudo, basta compreender que os precedentes judiciais podem ser meramente persuasivos ou dotados de caráter vinculante e, nesse último caso, consubstanciam-se em verdadeira fonte formal do direito.

Para Marinoni (2016), o precedente consiste em uma decisão acerca da matéria de direito e deve enfrentar todos os argumentos relacionados à questão de direito, motivo pelo qual seus contornos podem surgir a partir da análise de vários casos (MARINONI, 2016, p. 215-216).

Segundo Didier Júnior (2012, p. 385), precedente deve ser entendido como: “decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior”.

Ao se mencionar “núcleo essencial” da decisão judicial, ressaí a ideia de *ratio decidendi*,⁶ nomenclatura advinda da *Common Law* e um dos conceitos mais importantes para se compreender o sistema de precedentes judiciais. A *ratio decidendi*, como núcleo essencial, não se confunde com a decisão judicial em si, uma vez que é constituída pelos fundamentos jurídicos da decisão, pela tese jurídica adotada. Em outras palavras, a noção de *ratio decidendi* guarda relação com a identificação dos fundamentos centrais de certa decisão judicial; trata-se das “razões para decidir”. Nesse sentido, pode-se dizer, também, que a *ratio* de uma decisão está ligada à própria noção de fundamentação da decisão judicial (GLEZER, 2017).

Alguns defendem que o precedente nasce da interpretação conferida por uma Corte Suprema a um texto constitucional ou legal, o que, no Brasil, dá-se, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, explica Hermes Zaneti Júnior:

[...] parece impossível limitar os precedentes apenas às Cortes Supremas, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, formalizado pelo art. 927 e incisos. Neste caso, serão precedentes mesmo as decisões que não

⁶ Há divergência sobre a origem da expressão *Ratio decidendi*, prevalecendo que decorre da doutrina do *stare decisis*. Nesse sentido: “A doutrina do precedente buscou firmar a ideia de que casos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante, a teoria do *stare decisis* buscou instituir, de forma científica, técnicas para delinear a parte do precedente que vincula os futuros juizes na solução de casos análogos” (CAVARZANI, 2015).

forem de Cortes Supremas, desde que, por evidente, limitem-se à sua esfera de influência formal e, portanto, respeitem as decisões das instâncias formalmente superiores (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 404).

Por coerência com o sistema processual vigente, propõe-se a adoção da corrente defendida por Zaneti Júnior (2016), de que todos os precedentes previstos no art. 927 do CPC são obrigatórios, a fim de se manter a jurisprudência dos tribunais estável, íntegra e coerente.

Entender, conceitualmente, em que consiste a *ratio decidendi* parece tarefa simples quando comparada à de se identificar, concretamente, tal *ratio* em uma decisão judicial.

Na visão de Maurício Ramires:

O precedente não é uma regra abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual o conhecimento das razões é imprescindível. A 'exigência hermenêutica', segundo Gadamer, é justamente a de compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido. Assim, ainda que tenha sido permeável à subjetividade dos métodos, a tradição da *common law* nunca cedeu à tentativa de esquecer os fatos ou de escondê-los sob as conceituações jurídicas contidas nas decisões judiciais ou nas *opinions of the court*. Ao contrário, para o juiz daquele sistema decidir invocando o precedente, é imprescindível que antes tome conhecimento dos fatos do caso presente e do caso que deu origem ao julgado pretérito, e só após compará-los, identificá-los e distingui-los ele poderá aplicar a regra (RAMIRES, 2010, p. 70-71).

A extração das "razões de decidir", do que é essencial juridicamente para a solução do caso, exige uma intensa atividade hermenêutica, e, após essa primeira análise, ainda se faz necessária a apreciação minuciosa do caso ao qual se pretende aplicar o precedente, a fim de verificar se este e o paradigma podem ser juridicamente tratados de maneira idêntica (CERQUEIRA, 2018, p. 215).

Nessa complexa análise, o intérprete se deparará, ainda, com outro elemento de suma relevância no sistema de precedentes, advindo da *Common Law*, o chamado *obiter dictum*.

Embora relevante em termos argumentativos, o *obiter dictum* consiste naquele elemento que se mostra dispensável para a conclusão alcançada pelo julgador. Constitui um item acessório da decisão, argumentação jurídica lateral que, isoladamente, não soluciona o caso específico e, por isso mesmo, pode até ser retirado da fundamentação sem implicar perda substancial do conteúdo da decisão tomada (CERQUEIRA, 2018, p. 214).

Na análise que se faz para verificar se o precedente se aplica ao caso examinado, é possível alcançar conclusões variadas, como a constatação de que o precedente não se aplica ao novo caso concreto ou até mesmo a superação daquele precedente. A distinção entre os casos, seja para aplicar o precedente, seja para afastá-lo, é técnica jurídica advinda da *Common Law*, denominada *distinguishing* (CERQUEIRA, 2018, p. 215). Já a técnica de revogação ou superação de um precedente é chamada *overruling*.

A superação de um precedente pode se dar de forma horizontal ou vertical, se, respectivamente, o órgão revoga seu próprio precedente ou na situação em que um tribunal hierarquicamente superior o faz.

Ambas as técnicas, assim como quaisquer outras decisões judiciais, exigem a observância do art. 489, § 1º, do CPC, que reforça o dever constitucional de fundamentação das decisões (art. 93, IX, da Constituição).

2.1 Os precedentes obrigatórios no CPC/2015

O atual diploma processual civil promoveu uma reestruturação da construção e interpretação das decisões judiciais, ao fixar, expressamente, no art. 927, a observância obrigatória, pelos juízes e pelos tribunais, dos seguintes precedentes judiciais: decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante; acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A inclusão de diversos dispositivos que preveem a obrigatoriedade de observância dos precedentes consiste em um movimento inovador, com os objetivos de aproximar o processo civil brasileiro da tradição da *Common Law* e, claramente, de atender aos princípios da celeridade, da segurança jurídica e da isonomia diante de e entre os tribunais (CERQUEIRA, 2018, p. 216).

É com base nessas premissas, principalmente, de segurança jurídica e celeridade, que se deve interpretar, de forma sistemática e teleológica, o inciso II do art. 311 do CPC.

3 Interpretação sistemática e teleológica a do inciso II do art. 311 do CPC

Ao observar as disposições do art. 927 do CPC e compará-las à previsão do art. 311, inciso II, também do CPC, nota-se certa incongruência do legislador, que limitou a hipótese de incidência da tutela de evidência fundada em prova documental apenas a duas espécies de precedentes (teses firmadas em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante), excluindo, pois, as demais.

Embora haja respeitáveis opiniões contrárias, causa estranheza que os precedentes elencados no art. 927 sejam de observância obrigatória por juízes e tribunais em suas decisões, mas, para o legislador, não sejam dotados de força suficiente para autorizarem a concessão da tutela da evidência (BALUS, 2021, p. 6).

É simples perceber que a interpretação meramente literal da regra limita sobremaneira a utilização do instituto, sem uma justificativa plausível, e acarreta o empobrecimento da tutela da evidência, já que não existe distinção essencial entre as espécies de precedentes vinculantes do art. 927 do CPC que motive a restrição imposta pelo art. 311.

Assim, ao se realizar interpretação sistemática e teleológica da norma, mostra-se possível a concessão da tutela da evidência diante de tese fundada em quaisquer dos precedentes vinculantes constantes do art. 927 (RIBEIRO, 2016, p. 196).

A maior abrangência que deve ser dada ao dispositivo é corroborada pela existência de diversos institutos no CPC que recorrem à disciplina dos precedentes judiciais vinculantes de forma mais completa. A título de exemplo, menciona-se o art. 332, que cuida da improcedência liminar do pedido, e confere ao juiz a possibilidade de julgar o feito, em casos que dispensem a fase instrutória, independentemente da citação do réu, diante da existência de súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ou de enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

A aplicação de interpretação sistemática leva à conclusão de que, se ao juiz é imposto um dever de julgar o pedido inicial liminarmente improcedente em razão desses precedentes, também pode e deve utilizar tais precedentes para conceder tutela provisória de evidência (RIBEIRO, 2016, p. 196).

Além da improcedência liminar do pedido, cita-se a possibilidade de negativa de provimento de recurso por decisão monocrática do relator (art. 1.011, I, do CPC), nas hipóteses em que o recurso for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; e de entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Menciona-se igualmente o mecanismo da remessa necessária, que não terá aplicação nas hipóteses do § 4º do art. 496 do CPC, quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior; em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Esse último exemplo demonstra ainda uma maior abrangência do instituto, de modo que é possível considerar como hipótese de concessão da tutela de evidência outros precedentes, ainda que não previstos no art. 927 do CPC.

Para Marinoni (2017, p. 334-335), a conclusão possível é realmente essa: “a ideia de súmula vinculante e de decisão tomada em ‘casos repetitivos’ indica meros exemplos do entendimento das Cortes Supremas”.

É nesse sentido que tem caminhado a interpretação da norma do inciso II do art. 311 do CPC, já havendo pelo menos três enunciados que tratam sobre o tema,⁷ a defender a ampliação interpretativa das hipóteses de cabimento da tutela de evidência.

Vê-se, pois, que a restrição inserida no inciso estudado aparenta ser um equívoco legislativo de redação, exigindo-se uma interpretação sistemática e teleológica da norma, a fim de preservar a segurança jurídica, a coerência do

⁷ Enunciado 30 da ENFAM: “É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante”.

Enunciado 48 da I Jornada de Direito Processual Civil (CJF): “É admissível a tutela provisória de evidência, prevista no art. 311, II, do CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores”.

Enunciado 135 da II Jornada de Direito Processual Civil (CJF): “É admissível a concessão de tutela de evidência fundada em tese firmada em incidente de assunção de competência”.

sistema jurídico, a integridade das decisões judiciais, a celeridade da tramitação processual, tão valorizados pelo atual ordenamento jurídico.

4 Inciso II do art. 311 do CPC e “norma legal não controversa”⁸

Ampliando a temática de interpretação extensiva do inciso II do art. 311 do CPC, investiga-se, brevemente, o cabimento da tutela de evidência para além do art. 927, quando houver prova documental somada a uma norma legal sobre cuja interpretação não parem controvérsias.

A salutar tese é sustentada por Marco Félix Jobim e Milton Terra Machado (2002), segundo os quais é possível defender o cabimento da tutela de evidência do inciso II nos casos em que, além da prova documental, o direito se mostra evidente por não haver “qualquer dúvida ou indeterminação na doutrina e na jurisprudência sobre seu conteúdo e/ou aplicação” e por não existirem decisões conflitantes sobre o tema, que, assim, jamais será objeto de “direito jurisprudencial” (JOBIM; MACHADO, 2020, p. 2).

Em outras palavras, é possível que a tese jurídica que embasa o pleito de tutela de evidência seja tão indiscutível e de aceitação geral, por sua simplicidade e clareza interpretativa, que não irá provocar a incidência de quaisquer mecanismos de uniformização de jurisprudência. Se uma norma é tão evidente que nem sequer precisou ser materializada em um precedente judicial, não há motivos para que, somada à prova documental dos fatos, não possa ser utilizada como fundamento para a concessão de tutela de evidência. Ora, “negar-se a tutela da evidência em um caso dessa natureza seria como negar-se o provimento da evidência em razão de o direito ser ‘evidente demais” (JOBIM; MACHADO, 2020, p. 4).

Para corroborar a tese, vale observar o disposto no art. 927, § 2º, do CPC, que prevê a possibilidade de alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, o que poderá ser precedido de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Ora, a possibilidade de alteração e reversão dos precedentes faz cair por terra eventuais argumentos no sentido de que apenas os precedentes listados no

⁸ Expressão utilizada por Marco Félix Jobim e Milton Terra Machado (2002).

art. 927 do CPC poderiam ser fundamento da tutela de evidência, por, supostamente, estarem livres de discussão. Afinal, se até estes podem sofrer modificações interpretativas ao longo do tempo, claramente não são os únicos fundamentos detentores da segurança jurídica para embasar o inciso II do art. 311 do CPC (JOBIM; MACHADO, 2002, p. 2).

A fim de ilustrar a possibilidade de concessão de tutela de evidência fundada em “norma legal não controversa”, como defendido pelos citados autores, tem-se o direito ao divórcio, que, com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, tornou-se possível de concessão de forma direta, sem necessidade de se passar por período de prévia separação, revelando-se como um direito potestativo da parte que pretende se divorciar.

Na lição de Tartuce (2021, p. 570), o direito potestativo consiste no poder de influência na esfera jurídica de outra pessoa, sem que esta possa fazer algo, senão se sujeitar. Dessa forma, não há necessidade de se aguardar a instrução do processo sobre todos os pontos correlatos ao divórcio para, enfim, vê-lo decretado. Considerar o divórcio como direito potestativo significa reconhecer que o réu não pode se opor a ele,⁹ de forma a ser possível sua concessão por meio de tutela provisória.

Acerca do assunto, leciona Maria Berenice Dias (2016):

A ação de divórcio não dispõe de causa de pedir. Não é necessário o autor declinar o fundamento do pedido. Não há defesa cabível. Culpas, responsabilidades, eventuais descumprimentos dos deveres do casamento não integram a demanda, não cabem ser alegados, discutidos e muito menos reconhecidos na sentença. Daí a salutar prática que vem sendo adotada: a decretação do divórcio a título de tutela antecipada, ainda que não tenha o autor pedido sua concessão liminar. Ao despachar a inicial, o juiz decreta o divórcio e determina a expedição do mandado de averbação após a citação do réu e o decurso do prazo de recurso. Tal não ofende o princípio do contraditório até por ser admitida sentença parcial antecipada (CPC 356) (DIAS, 2016, p. 227).

A norma que permite o divórcio direto, sem prévio período de separação, mostra-se absolutamente incontroversa, uma vez que nunca se mostrou necessário uniformizar decisões conflitantes e teses doutrinárias distintas sobre sua natureza jurídica. Tanto é assim que, em recente julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a 7ª Câmara de Direito Privado deu provimento a agravo de

⁹ “Tratando-se o divórcio de um direito potestativo, que sequer admite contestação pela parte adversa, poderá o juiz conceder-lhe já após a contestação, deixando para a fase instrutória apenas as demais questões como alimentos, guarda e visitas” (BÜRGER, 2017, p. 222).

instrumento interposto contra decisão que indeferiu a tutela de evidência para o decreto liminar de divórcio, sob o fundamento de que se tratava de uma: “Hipótese constitucional de uma rara verdade jurídico-absoluta, a qual materializa o direito civil-constitucional, que, em última reflexão, firma o divórcio liminar”.¹⁰

A decisão se mostra correta, porquanto reconhece que a natureza de direito potestativo do divórcio decorre de “normal legal não controversa”, uma “rara verdade jurídico-absoluta”, conferindo-lhe, nesses termos, aptidão para fundamentar a tutela de evidência.

Embora não haja divergência sobre a natureza jurídica do pedido de divórcio em si, ressalta-se que há visões restritivas sobre sua concessão nos moldes aqui propostos, sobretudo para os que consideram o rol do art. 311 do CPC taxativo¹¹ ou por outras questões fáticas específicas do caso concreto.¹²

Além dessa controvérsia, muito se discute acerca da decretação do divórcio por meio de tutela de evidência ou já por meio de uma decisão parcial de mérito,¹³ prevista no art. 356 do CPC.

Contudo, é certo que a natureza do direito em questão não apresenta controvérsias interpretativas ou indeterminações jurídicas, o que permite sustentar a possibilidade de concessão da tutela de evidência (do inciso II do art. 311) em situações que superam, em grau de certeza, até mesmo os precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC.

¹⁰ “Agravo de instrumento. Divórcio. Decisão que indefere a tutela de evidência para o decreto liminar do divórcio. Inconformismo. Acolhimento. Divórcio no direito positivo-constitucional que verte, após a Emenda Constitucional nº 66/2010, em direito potestativo e incondicional de cada qual dos cônjuges. Inteligência da nova redação dada ao artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, com supressão do requisito temporal e causal. Princípio da ruptura do afeto. Direito cujo exercício somente depende da manifestação de vontade de qualquer interessado. Hipótese constitucional de uma rara verdade jurídico-absoluta, a qual materializa o direito civil-constitucional, que, em última reflexão, firma o divórcio liminar. Particularidade que suprime a possibilidade de oposição de qualquer tese de defesa, salvo a inexistência do casamento, fato incogitável. Detalhe que excepciona a necessidade de contraditório formal. Precedentes. Partilha que não é impeditiva (art. 1.581 do Código Civil e Súmula 297 do c. STJ). Decisão reformada. Provimento de plano.” (TJSP - Agravo de Instrumento 2093458-08.2021.8.26.0000; Relator Rômulo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara de Família e Sucessões; data do julgamento: 30/4/2021; data de registro: 30/4/2021).

¹¹ TJSP - AI 2273022-15.2019.8.26.0000; Ac. 13290412; Cerqueira César; Segunda Câmara de Direito Privado; Rel.ª Des.ª Hertha Helena de Oliveira; j. em 6/2/2020; DJESP de 18/2/2020; p. 2.438; e TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.082909-3/001, Rel. Des. Oliveira Firmo, 7ª Câmara Cível, j. em 3/12/0019, p. em 6/12/2019.

¹² TJRS - AI 0174693-89.2019.8.21.7000; Proc. 70082027848; Porto Alegre; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos; j. em 7/11/2019; DJERS de 11/11/2019.

¹³ “Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do [art. 355](#).”

Em consonância com o que defendem Jobim e Machado (2020), a proposta em questão não revela a criação de um novo procedimento pelo magistrado, em afronta ao devido processo legal, mas, simplesmente, significa “aplicar o arsenal hoje disponível para o intérprete, otimizando a regra do inciso II do art. 311 do CPC, e dela extraindo norma compatível e coerente com o sistema e com as razões de sua existência” (JOBIM; MACHADO, 2020, p. 6).

Conclusão

O CPC atual sistematizou e ampliou a possibilidade de concessão de tutelas provisórias para incluir hipóteses em que não há “perigo de dano” ou o “risco ao resultado útil do processo”, prevendo, para tanto, o instituto da tutela de evidência.

Ao limitar a hipótese de incidência da tutela de evidência prevista no inciso II do art. 311 do CPC a apenas duas espécies de precedentes (teses firmadas em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante), o legislador agiu, no mínimo, com incongruência e deixou de espelhar o elenco de precedentes do art. 927.

Embora ainda haja visões mais restritivas, os intérpretes, valendo-se de interpretação sistemática e teleológica, têm ampliado o rol previsto no mencionado inciso, a fim de abranger os precedentes vinculantes do art. 927 do CPC.

Vislumbra-se também a admissibilidade de concessão de tutela de evidência fundada em prova documental em caso de ser aplicável “norma legal não controversa”, isto é, quando o Direito incidente se mostrar evidente, por não haver qualquer dúvida interpretativa ou indeterminação na doutrina e na jurisprudência sobre seu conteúdo. O direito evidente por “norma legal não controversa” não pode “valer menos” do que a norma que, em algum momento, gerou divergência que demandou solução jurisprudencial (JOBIM; MACHADO, 2020, p. 6).

A tese de concessão de tutela de evidência fundada em “norma legal não controversa” não viola o devido processo legal, por se tratar apenas de interpretação extensiva do inciso II do art. 311 do CPC. Essa interpretação se mostra coerente com o sistema jurídico vigente e compatível com a celeridade processual, princípio de aplicação tão necessária nos dias atuais, diante da exacerbada judicialização dos fatos da vida social, com conseqüente elevação da morosidade processual.

Referências:

BALUS, Livia Candido. Tutela da evidência, precedentes judiciais e a necessidade de uma interpretação extensiva da norma do art. 311, II, do CPC. *Revista de Processo*, [s. l.], v. 46, n. 314, p. 171-192, abr. 2021.

BARCELLOS, Leonardo de Souza Naves; LIMA, Julia Lins das Chagas. As hipóteses de tutela de evidência previstas no novo CPC. *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil. Revista de Processo*, [s. l.], v. 41, n. 254, p. 225-233, abr. 2016.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 5 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 5 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil, Brasil, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 maio 2021.

BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo. As tutelas provisórias no novo CPC: análise sob a perspectiva do Direito de Família. *Revista Síntese - Direito de Família*, [s. l.], v. 17, n. 101, p. 203-224, abr./maio 2017.

CAVARZANI, Vinicius. A ascensão de aspectos do *common law* no sistema processual civil brasileiro: uma crítica à aplicação da jurisprudência e à doutrina dos precedentes judiciais. Franca: 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/138547/000864521.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2021.

CERQUEIRA, Dheborá de. Tutela provisória fundada em precedente obrigatório. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 3, p. 206-224, set./dez. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: RT, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. II.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 1.

GLEZER, Rubens. *Ratio decidendi*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica*

da PUC-SP. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidenti>. Acesso em: 5 maio 2021.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

JOBIM, Marco Félix; MACHADO, Milton Terra. A tutela provisória do art. 311, II, do CPC e a evidência por norma legal não controversa. *Revista de Processo*, [s. l.], v. 45, n. 306, p. 205-222, ago. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. II.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

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

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4. ed. rev., atual. e amp. Salvador: Juspodivm, 2019.