XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

JANAÍNA RIGO SANTIN

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Janaína Rigo Santin, Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-351-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI foi realizado em Curitiba-Paraná, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com o Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, sob a temática CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 08 de dezembro de 2016, na sede do Centro Universitário Curitiba, e contou com a apresentação de vinte e um artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema processual civil brasileiro.

Os textos foram organizados por blocos de temas, coerentes com a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, abarcando os seguintes grupos: 1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis; 2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III); 3 - Da Tutela Provisória (Livro V); 4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII); 5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III); 6 - Do Processo de Execução (Livro II); 7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III):

1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UTOPIA OU APLICAÇÃO REVERBERADA DA JUSTIÇA (Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita): Os autores abordam os critérios de Justiça e o resguardo do princípio da dignidade humana atinentes ao novo Código de Processo Civil, questionando se existe afronta a constituição; A BOA-FÉ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Raisa Duarte Da Silva Ribeiro e Juliane Dos Santos Ramos Souza): As autoras examinam o princípio da boa-fé processual, a partir de sua evolução e expansão do instituto pela leitura no direito privado e público; PODER JUDICIÁRIO E ESTADO DE DIREITO: O ATIVISMO E A PROATIVIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (Janaína Rigo Santin e Gustavo Buzatto): Os autores examinam com olhar crítico o papel do Judiciário, diante do preceito da inafastabilidade da jurisdição pelas recorrentes omissões das demais funções do Estado (Legislativa e Executiva); MODELOS DE JUSTIÇA

ITINERANTE ESTADUAL COMO FORMA DE EFETIVIDADE DA JUSTIÇA (Luciana Rodrigues Passos Nascimento e Adriana Maria Andrade): As autoras abordam as inovações decorrentes da chamada Justiça Itinerante, os benefícios e malefícios por sua implantação, bem como os obstáculos enfrentados para sua efetivação;

2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III): A FIGURA DO AMICUS CURIAE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A POSSIBILIDADE DE SUA ATUAÇÃO EM DEFESA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE AO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (Pedro Augusto De Souza Brambilla e José Sebastião de Oliveira): Os autores examinam o instituto jurídico do amicus curiae, com o principal objetivo de desvendar os enigmas para sua implantação no sistema judicial brasileiro; DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ATOS JUDICIAIS ENVOLVENDO INCAPAZES (Alexandre Bahry Pereira e Denise Hammerschmidt): Os autores abordam a função do Ministério Público, com foco na fiscalidade legal como uma de suas atribuições, com destaque aos casos envolvendo incapazes e o saneamento de eventuais nulidades;

3 - Da Tutela Provisória (Livro V): A TUTELA DE EVIDÊNCIA E A TEORIA DOS PRECEDENTES DE HANS KELSEN (Renata Romani de Castro e Sofia Muniz Alves Gracioli): As autoras propõem-se ao estudo das tutelas provisórias, especificamente destacando as inovações legislativas trazidas pelo CPC/15 referentes as tutelas de evidência, com olhar sobre a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen;

4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII): NOVOS CONTORNOS DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DO MUNDO VIRTUAL (Abeilar Dos Santos Soares Junior e Marina Pereira Manoel Gomes): Os autores fazem reflexão sobre os poderes instrutórios do magistrado, conciliando o princípio da verdade real com a livre investigação judicial, além da abordagem sobre os limites do acesso do julgador a informações não trazidas aos autos pelas partes; A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS PROBATÓRIAS E O ART. 373, §1º DO CPC/2015: CRITÉRIOS PARA A SUA CORRETA APLICAÇÃO (Juliano Colombo): O autor examina um dos principais institutos processuais, a prova, sua nova concepção na carga dinâmica do ônus probatório, e o postulado normativo da proporcionalidade; O STANDARD DE PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NA ARBITRAGEM: DO CENÁRIO INTERNACIONAL AO NACIONAL (Juliana Sirotsky Soria): A autora aborda o chamado standard de prova e da distribuição do ônus probatório na arbitragem internacional, uma vez que são institutos de extrema importância para as decisões; A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS

DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (Lorraine Rodrigues Campos Silva e Sérgio Henriques Zandona Freitas): Os autores examinam o instituto da prova comparativamente, abordando a questão de sua distribuição dinâmica no CPC/15 e a clássica inversão objeto de estudo no Direito do Consumidor;

5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III): A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: A BUSCA PELA EFETIVIDADE CORROBORADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Alexia Brotto Cessetti e Ana Maria Jara Botton Faria): As autoras abordam o movimento da desjudicialização de alguns procedimentos, apontando como exemplo a usucapião, com olhar sobre os princípios da celeridade e da economicidade, na busca da efetividade de resultados úteis para os afetados; O ABUSO DO PROCESSO DO TRABALHO (Vinícius José Rockenbach Portela): O autor examina os atos processuais ilícitos, sua consequente responsabilidade, com olhar no abuso do direito e as propostas de combate da referida prática, a partir do processo do trabalho;

6 - Do Processo de Execução (Livro II): A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015 (Rafael de Oliveira Lima): O autor aborda a atividade jurisdicional executiva e a sua necessária transformação para satisfação concreta dos direitos tutelados;

7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III): A JURISDIÇÃO ILUSÓRIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA: CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO (Ricardo Araujo Dib Taxi e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva): Os autores têm como parâmetro as ideias de Ovídio A. Baptista da Silva, abordando o descrédito da atividade jurisdicional de primeiro grau, e seus consequentes riscos, tornando a prestação jurisdicional morosa e carente de efetividade; A TUTELA COLETIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: AVANÇO OU RETROCESSO PARA A CIDADANIA (Indianara Pavesi Pini Sonni e Heloisa Aparecida Sobreiro Moreno): As autoras esmiúçam os avanços e retrocessos da tutela coletiva no CPC/15 e em leis esparsas (n.º 7.347/85 e 8.078/90), num microssistema processual pouco valorizado, como instrumento potencial de acesso à Justiça e Cidadania; A IMPOSSIBILIDADE DAS DECISÕES SURPRESAS E AS IMPLICAÇÕES NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS (Vinicius Silva Lemos): O autor pesquisa o art. 10 do CPC /15, com a ênfase ao contraditório preventivo e a impossibilidade de decisões surpresas em todas as fases procedimentais; OS DEVERES DOS TRIBUNAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA NA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (Jaime Domingues Brito e Mateus Vargas Fogaça): Os autores desenvolvem a temática dos deveres dos tribunais com CPC/15, abordando a inércia

argumentativa na revogação dos precedentes, instituto recentemente trazido ao ordenamento jurídico nacional; A FUNÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA (Lívia Pitelli Zamarian): A autora inova no estudo da função da reclamação constitucional, com olhar sobre a segurança jurídica democrática, apesar de ser correntemente delegado ao segundo plano. A temática desenvolve-se pelo sistema de precedentes à brasileira; A INCORPORAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL COMO FORMA DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS E QUE SE DISTINGUE DA NATUREZA DOS "PRECEDENTS" DO "COMMON LAW" (Paulo Henrique Martins e Dirceu Pereira Siqueira): Os autores examinam a incorporação dos precedentes no Brasil, com juízo crítico para a efetivação de direitos, eis que apontam o estabelecimento de um rol de "jurisprudências defensivas" nos tribunais superiores, o que se demonstra prejudicial à própria efetividade dos direitos; A LÓGICA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO ALTERNATIVA ÀS DEMANDAS REPETITIVAS: DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA À TUTELA COLETIVA DE DIREITOS (Semírames De Cássia Lopes Leão e Gisele Santos Fernandes Góes): As autoras esmiúçam a lógica dos precedentes judiciais como alternativa às demandas repetitivas, com olhar sobre os novos institutos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência, em especial, o primeiro e sua força vinculante na tutela coletiva dos direitos, na litigiosidade massificada, sob as exigências da razoável duração do processo, isonomia das partes e segurança jurídica.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação Stricto Sensu, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de temas e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual Civil brasileiro, com juízo crítico sobre o Devido Processo Constitucional Democrático.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas (dentre elas, a Universidade FUMEC; Universidade de Passo Fundo; Instituto Mineiro de Direito Processual; Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Universidade Estadual de Maringá; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Universidade Federal Fluminense; Universidade Federal do Paraná; Universidade Federal de Santa Catarina; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; Universidade Tiradentes; Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Centro Universitário de Maringá; Universidade Estadual de Londrina; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Instituto Catuaí de Ensino Superior; Universidade de

Barcelona; Universidade de Salamanca; Universidade de Ribeirão Preto; Centro Universitário de Franca; Universidade Católica do Salvador; Universidade Federal da Bahia; Universidade Estadual do Norte do Paraná; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Universitá Degli Studi di Parma; Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Universidade Federal do Pará; University of London; Universidade de São Paulo; e, a Universidade da Amazônia), bem como as fontes de fomento a pesquisa (FAPEMIG, CNPq, FUNADESP, CAPES, dentre outras), pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento constitucionalizado do Direito Processual Civil democrático brasileiro.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - UPF

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - FUMEC e FCH

A TUTELA DE EVIDÊNCIA E A TEORIA DOS PRECEDENTES DE HANS KELSEN

EVIDENCE OF PROTECTION AND THEORY OF HANS KELSEN FOREGOING

Renata Romani de Castro
Sofia Muniz Alves Gracioli

Resumo

A Lei n. 13.105/2015, ("Novo" Código de Processo Civil) trouxe inovações ao tema das tutelas provisórias, apresentando ao ordenamento jurídico brasileiro, agora expressamente, a tutela de evidência. Legitimou-se uma cultura que na prática já era observada: o tribunal-legislador e da mecanização do direito jurisprudencial. Este artigo visa apresentar um diálogo entre a perspectiva de Hans Kelsen da teoria dos precedentes (tribunal como emissor de decisões gerais), encontrada na obra Teoria Pura do Direito e, o instituto da tutela de evidência. Demonstrando que tal instituto pode ferir direitos e garantias fundamentais, atingindo o Estado Democrático de Direito. Realizada revisão bibliográfica crítica.

Palavras-chave: Kelsen, Tribunal-legislador, Mecanização da jurisprudência, Tutela de evidência, Contraditório, Ampla defesa

Abstract/Resumen/Résumé

The Law n. 13,105 / 2015 ("New" Code of Civil Procedure) brought innovations to the issue of provisional guardianships, with the Brazilian legal system, now explicitly, the protection of evidence. Legitimized a culture that in practice it was observed: the court-legislator and mechanization of case law. This article presents a dialogue between Hans Kelsen's theory perspective of precedents (court as issuing general decisions), found in the work Theory Pure Law and the evidence of guardianship Institute. Demonstrating that this institute can injure fundamental rights and guarantees, reaching the democratic rule of law. Held bibliographic critical review.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Kelsen, Court-legislator, Jurisprudence mechanization, Evidence protection, Contradictory, Full defense

INTRODUÇÃO:

No ordenamento jurídico brasileiro o direito processual civil ocupa um espaço extremamente relevante, pois regulamenta a solução de conflitos de interesses por meio do exercício da jurisdição do Estado elencando a forma e os instrumentos para tal efetivação.

Não enseja, por ora, o presente este estudo uma análise histórica e cronológica deste ramo do direito, mas destaca-se que no Brasil, o processo civil, por vezes, foi considerado formalista e complexo, além de excessivamente burocrático, com procedimentos excessivos e poucas possibilidades de inovação.

No ano de 1973 o Código Buzaid, como ficou conhecido, substituindo o modelo descompassado de 1939, foi enaltecido desde o seu surgimento pela cientificidade de suas disposições. Visto que construiu um sistema coerente e racional, conforme doutrina e legislação predominantemente alemã e italiana, fundadas nas concepções do *Processualismo*, corrente científica que destacava a autonomia do direito processual na Europa, no final do século XIX e início do século XX (MITIERO, 2010).

O legislador, atento às críticas da doutrina especializada, promoveu reformas de suma importância no Código Buzaid, dentre as quais a expressa previsão da tutela antecipada (Lei n. 8.952/94) e a adoção do sincretismo processual, com a ruptura da *actio iudicati* para execução de títulos judiciais, ao aprovar a Lei n. 11.232/2005, introduzindo o cumprimento de sentença, sem necessidade da abertura de novo processo.

Foi nessa onda de "desburocratização" do processo civil que em 18 de Março de 2016 a Lei n° 13.105/2015 (mais conhecida como Novo Código de Processo Civil) entrou em vigor. Visando à solidariedade entre as partes, à conciliação, à efetivação dos princípios da celeridade e economicidade processuais, e à segurança jurídica, é que este novo diploma modificou acentuadamente diversos institutos e procedimentos antes previstos no Código de 1973 – simplificou procedimentos especiais; admitiu a usucapião extrajudicial; aumentou os mecanismos de uniformização jurisprudencial, especialmente com os incidentes recursais de demandas repetitivas, bem como deu maior eficácia às súmulas. Mais do que isso, extinguiu o processo cautelar autônomo, unificando, em um mesmo livro da Parte Geral (Livro V), o regime das tutelas provisórias, dividindo-as em tutelas de urgência (cautelares e satisfativas) e de evidência, sendo esta última o objeto deste estudo.

Contudo, parece que o legislador, em sua tentativa de promover a celeridade do processo e, mais do que isso, a satisfação, ainda que provisória, de um direito evidente, deixou de atentar-se aos princípios salutares que regem as regras processuais, sobretudo os do

devido processo legal e do contraditório, princípios formadores dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, LV da Constituição Federal).

Destaca-se a necessidade de compreensão do desenvolvimento dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Visto que a hipótese da tutela de evidência mencionada recai justamente na análise das súmulas e dos incidentes de demandas repetitivas. Observar-se-á, inquestionavelmente, como a importação de institutos da *Common Law*, feita pelo legislador, não traz os efeitos desejados, gerando, em realidade, uma falsa percepção de segurança jurídica, suprimindo-se o efetivo contraditório. O princípio da segurança jurídica é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, possuindo ligação direta com os direitos fundamentais.

O ponto de partida deste estudo, todavia, perpassa pelas críticas – tão atuais – de Kelsen aos precedentes jurídicos, descrita em sua obra Teoria Pura do Direito. O objetivo é fazer a correlação entre as suas críticas e demonstrar como ainda são pertinentes ao atual quadro que se desenrola no processo civil brasileiro, especialmente com o advento do Novo Código de Processo Civil.

Essa prévia análise dos precedentes servirá como substrato para o estudo da hipótese acima mencionada da tutela de evidência, objetivando verificar, enfim, as possíveis críticas, dentre as quais a supressão do contraditório material, ante a internalização deficitária dos precedentes no sistema processual.

O objetivo deste trabalho é dialogar com a teoria dos precedentes (tribunal como emissor de discussões gerais) de Hans Kelsen encontrada na obra Teoria Pura do Direito, como a hipótese do artigo 311, inciso II do Código de Processo Civil, a tutela de evidencia, que cria a falsa percepção de um contraditório postergado, mas que, na realidade, acaba por suprimir uma defesa efetiva, muito em razão da forma com que os precedentes e súmulas são tratados no ordenamento jurídico, prejudicando os princípios do Estado Democrático de Direito. Para realização do presente artigo foi realizada uma revisão bibliográfica crítica.

1. A CRÍTICA DE KELSEN AOS PRECEDENES E A MECANIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA:

Em seu estudo acerca dos precedentes, Hans Kelsen observa que os tribunais podem receber competência para emitir decisões que se mostram como verdadeiras normas gerais,

assumindo força vinculante para outros casos, denominando - o de precedente judicial. (KELSEN, 1999).

De acordo com o citado doutrinador, a decisão pode assumir o caráter de precedente em duas situações: quando a norma individual emitida pelo tribunal não é delimitada, previamente, por uma norma abstrata decorrente do Poder Legislativo ou do direito consuetudinário; ou ainda quando a determinação da norma abstrata, por não ser unívoca, admite múltiplas interpretações. Em ambos o caso, o tribunal acaba assumindo verdadeira função legislativa.

Em prosseguimento ao seu estudo verifica que a competência outorgada aos tribunais – de produção de normas gerais – não estaria longe de atingir grau avançado, pelo qual eles estariam autorizados "a decidir um caso, não em aplicação de uma norma vigente de Direito material, mas segundo a sua livre apreciação do mesmo, (...)". Isto é, mais do que a mera interpretação de normas já postas pelo legislador, os órgãos de prestação jurisdicional, notadamente os superiores, teriam competência para criar precedentes embasando-se somente em casos concretos (KELSEN, 1999, p. 175).

Admitindo-se essa forma de atuação dos tribunais no próprio processo de criação jurídica (elaboração de normas), entrando em estrita concorrência com o órgão legislativo. Com isso, Kelsen, partindo da relação legislativo-tribunais, distingue dois sistemas principais (KELSEN, 1999):

a) Pelo primeiro, a produção de normas está centralizada no órgão legislativo, cabendo aos tribunais aplicar, caso a caso, as normas gerais por aquele elaboradas. A vantagem seria a segurança jurídica; a desvantagem, a inflexibilidade.

b) Pelo segundo, inexistiria um órgão legislativo central, cabendo aos tribunais e aos órgãos administrativos apreciar, livremente, os casos concretos, criando decisões. Sua vantagem é a alta flexibilidade. Contudo, abriria mão de um mínimo de segurança jurídica. Seria o sistema de livre descoberta do Direito.

A principal crítica que traça ao segundo sistema recai sobre a discussão do que viria ser, nele, uma decisão "justa". Como não existiria um órgão legislativo, emissor de normas gerais e abstratas, o próprio tribunal, ao analisar casos individuais, precisaria, se pautando por seus próprios ideais, emiti-las. A justiça, portanto, seria necessariamente "relativa".

Fora desses dois sistemas, situar-se-ia um especial em que as normas gerais seriam criadas pelo costume e aplicadas pelos tribunais. É um sistema favorável à formação de precedentes – *Common Law*. Os juízes, ao decidir, buscariam o fundamento da validade de suas decisões não em uma norma decorrente do legislativo, mas em precedentes firmados no

direito consuetudinário. Destaca que nesse sistema os tribunais não são meros aplicadores dos costumes, os quais se mostram apenas substratos para que um tribunal, aplicando-os a diversos casos, elabore uma decisão, com caráter geral, que será seguida em outras posteriores.

Criticando o sistema da *Common Law*, afirma que se trata de teoria tão unilateral como a "nascida no terreno do Direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito, mas apenas aplicam Direito já criado." (KELSEN, 1999, p. 178). A um só tempo, critica tanto a perspectiva de um direito inflexível, subordinado apenas à atuação do legislativo, quanto à ideia de um direito criado exclusivamente pelos tribunais. A sua solução é o meio-termo: aos tribunais caberia a criação de direito individual (caso concreto); contudo, pautada a sua atuação por normas abstratas criadas ora pela lei (órgão legislativo), ora pelos costumes:

> Os tribunais criam Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor do Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica. (KELSEN, 1999, p. 178).

Kelsen crítica a criação, por parte dos tribunais, de decisões abstratas e, por vezes, de caráter vinculante sem, antes, a prévia fixação do direito aplicável, seja por lei ou pelos costumes.

As observações feitas pelo citado autor, sobretudo com relação à ideia de um tribunal que recebe competência para emitir decisões de caráter geral, aproximam-se do próprio sistema de desenvolvimento da jurisprudência dentro do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com o advento do Novo Código de Processo Civil e a previsão dos incidentes recursais de demandas repetitivas.

O que se passa no Brasil é que, por força de lei, as decisões emitidas pelos tribunais superiores, e agora pelos tribunais em segunda instância (quando em recursos repetitivos), acabam limitando a própria atuação dos órgãos de prestação jurisdicional. Poder-se-ia argumentar que, a despeito disso, a incumbência dessas cortes é apenas interpretar enunciados normativos, adequando-os aos diversos casos, emitindo decisões que primam pela segurança jurídica sem, com isso, assumir uma função legislativa.

Todavia, as críticas de Kelsen parecem pertinentes à realidade brasileira. O que se vê é a criação de decisões com força abstrata, as quais, em razão do órgão judicial que as elaborou, acabam vinculando os próprios magistrados. A perspectiva de que o Direito deve ser construído caso a caso (decisão judicial) desaparece diante de uma verdadeira aplicação automática dessas interpretações realizadas pelos tribunais. Nem mesmo a tese de que os tribunais se pautam, antes de tudo, pela lei, acaba subsistindo.

O citado autor criticava a criação de normas abstratas pelos tribunais, pois representaria verdadeiro conflito com o órgão legislativo, responsável pela elaboração das leis. Ademais, mesmo o sistema da *Common Law* não estaria imune à adoção impensada dos precedentes, os quais assumiriam não a função de substratos, mas de interpretação unívoca vinculante.

Essas ponderações abrem espaço para a análise do que se convencionou denominar de "jurisprudência mecânica", e como esta se encontra presente na sistemática do Novo Código de Processo Civil, de forma mais específica no inciso II do art. 311 do citado diploma legal.

A legislação pátria sempre se baseou em princípios decorrentes do *Civil Law*, primando, principalmente, pela forma e pelo direito legislado. As críticas a esse sistema recaem justamente na falta de flexibilidade e, na constante divergência entre a realidade fática social e o que está disposto em lei. Até por isso se fez necessária a atuação do Judiciário como intérprete de normas, adequando-as a cada tempo e espaço históricos. Não obstante, com múltiplas interpretações e falta de parâmetro, a segurança jurídica fica fragilizada.

O remédio para a falta de segurança jurídica nas decisões judiciais foi apresentada pelo próprio legislador, ou seja, a construção de precedentes não se deu de maneira espontânea, como fenômeno fático; foi imbuído pelo órgão legislativo, com a implantação de súmulas vinculantes; recursos repetitivos; súmulas de tribunais; uniformização da jurisprudência e, mais recentemente, os incidentes recursais de demandas repetitivas.

À primeira vista, intui-se que as soluções buscadas foram inteligentes, mostrando-se necessárias à uniformização das interpretações. Entretanto, basta uma breve leitura do artigo 103-A da Constituição Federal para se perceber: o que se tem no Brasil não é uma cultura de precedentes (direito jurisprudencial mecânico).

O dispositivo constitucional acima, por exemplo, permite que o Supremo Tribunal Federal, instância máxima da jurisdição nacional, aprove súmula depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, cujos efeitos serão vinculantes com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (e à administração pública). Significa dizer, a própria Constituição

outorga a este tribunal o poder de interpretar matérias constitucionais e emitir súmulas, com eficácia abstrata, genérica e vinculativa. Mais do que isso, somente este órgão de prestação jurisdicional goza da prerrogativa de cancelá-las ou revisá-las.

Mas o conteúdo de uma súmula vinculante não pode representar apenas o pensamento imediato e isolado do Supremo Tribunal Federal. Deve ter sido objeto de discussões e maturação ao longo do tempo e das demais instancias judiciais, o que sempre contribuirá para a formação do pensamento do STF (TAVARES, 2009).

Contudo, também os demais tribunais superiores, bem como os de segunda instância, acabam por criar interpretações reiteradas, influindo nas próprias decisões dos magistrados singulares e contribuindo para o fenômeno da mecanização jurisprudencial. Observa-se, cotidianamente, a frequente aplicação impensada das decisões elaboradas por tribunais.

Criou-se uma cultura jurídica cuja perspectiva é de que "os tribunais, especialmente os tribunais superiores, ao decidirem determinados casos concretos, extrairiam deles t*eses* jurídicas que posteriormente dispensariam os julgadores de, novamente, debruçar-se sobre aquela questão jurídica" (ABBOUD, LUNELLI, SCHMITZ, 2014 p.647). As sentenças passaram a se consubstanciar em mera aplicação de súmulas e precedentes, sem interpretações e adaptações ao caso concreto. Os operadores do direito se transformaram em autômatos, técnicos.

Muito embora o sistema de precedentes desenvolvido pelos países da *Common Law* em nada se confunda com essa suposta "commonlização" do direito brasileiro, também foi ele atingido pelo fenômeno da *Mechanical Jurisprudence*, conforme narra o professor Gamberllini (CARNIO, 2016). Valendo-se dos estudos de Roscoe Pound, o autor explica como, mesmo no início do século XX, o norte-americano alertara contra a tendência do engessamento e complacência dos magistrados em seguir interpretações prolatadas por tribunais, primando mais pela técnica do que por uma sociologia jurídica:

"Pound claramente demonstra que a tendência da ciência do direito, como pensada em sua época, era de tornar o direito mecânico e isso ocorre na exata medida em que há uma admiração dos homens pela tecnicalidade, (...)" (CARNIO, 2016).

Tomam-se as decisões dos tribunais superiores como fins em si mesmas. Em outros termos, deixa-se de lado a compreensão de que aquelas manifestações dos tribunais deveriam servir como parâmetro, como meio de interpretação, e se passa a segui-las objetivamente.

Testemunha-se o nascimento do "juiz boca de súmula" – aquele que aplica, mecanicamente, as súmulas e demais decisões jurisprudenciais, sem realizar interpretação analítica do caso concreto (ABBOUD, LUNELLI e SCHMITZ, 2014).

Essa mecanização do direito jurisprudencial em nada se confunde com a sistemática de aplicação dos precedentes propriamente ditos. Esses se materializam em decisões de tribunais com aptidão a serem seguidas por tribunais inferiores. Contudo, essa aptidão não se trata de mera aplicação mecânica, pois cada precedente é dotado de uma *ratio decidendi* – critério decisional ou fundamento jurídico do caso. Esse fundamento serve de base para solução de casos posteriores, atentando-se o julgador para as particularidades de cada fato, afastando-se de uma atuação engessada.

Nas palavras de Abboud e Streck (2015, p.50), "inexiste aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros."

Nota-se que a reprodução mecânica das manifestações dos tribunais está bastante distante dos precedentes. O quadro que se desenrola na atividade jurídica brasileira, o qual se acentua com o Novo Código de Processo Civil, não é de extração da *ratio decidendi*. Ao contrário, o próprio legislador instituiu restrições na possibilidade de reinterpretação das decisões dos tribunais por parte dos magistrados; ficam os julgadores limitados a reaplicá-las sem questioná-las, nem adequá-las ao caso *sub judice*.

Nesse tópico, buscou-se demonstrar como as críticas de Kelsen à criação de normas abstratas por parte dos tribunais caracteriza verdadeira atuação legislativa do Poder Judiciário. Destarte, objetivou-se explicar a diferença entre os precedentes e o fenômeno da mecanização jurisprudencial. Essa introdução se fez necessária na exata medida em que as críticas a serem formuladas à tutela de evidência recaem necessariamente na forma deficitária com que institutos da *Common Law* foram internalizados. Mais do que isso, aproximam-se da própria crítica ao tribunal-legislador, emissor de decisões com força vinculante.

2. DA TUTELA DE EVIDÊNCIA:

Para a continuidade do tema, necessário trazer uma breve definição do instituto da tutela de evidência, regulamentada pelo inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil.

A tutela de evidência é uma das espécies de tutelas provisórias, dispostas no Livro V da Parte Geral do Código de Processo Civil. Pela nova sistemática, apresentada na Lei n. 13.105/2015, a tutela provisória pode se basear ou na urgência, ou na evidência. Ambas possuem como elementos comuns o juízo de probabilidade, que se manifesta ora em maior ou

menor grau; e a provisoriedade, ou seja, são provenientes de juízo de cognição sumária, não exauriente. Há quem identifique nesse juízo de probabilidade a ideia do juízo de simples verossimilhança, equiparando à fumaça do bom direito (*fumus boni juris*). Todavia, parece que esse juízo de probabilidade diz respeito ao juízo lógico-argumentativo demonstrado que, no caso da tutela de evidência, de elevado grau, consubstanciando-se no suporte probatório oferecido pela parte, bem como na correlação entre este e a narração dos fatos. Como aponta Theodoro Junior (2015) a tutela de evidência fundar-se-ia "no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte" O termo evidente pode representar o que é óbvio, claro. Para Didier Junior (2015) a evidência é um fato jurídico processual que pode autorizar a concessão de uma tutela jurisdicional. Em suma, evidência se refere àquelas situações em que a probabilidade de a parte estar com a razão é alta, não sendo justificável a demora à fruição de seu direito.

A tutela de evidência, portanto, é uma das espécies de tutelas provisórias e se baseia da alta probabilidade do direito da parte ou, em outros termos, a pretensão se mostra tão evidente que se justifica a concessão, ainda que provisória, da fruição da mesma. O juízo de probabilidade lógico-argumentativo, embasado em comprovação suficiente do direito material, autoriza essa concessão.

As razões de política legislativa para a previsão dos casos de tutela de evidência recaem necessariamente no objetivo de efetivação, ainda que provisório, do princípio da celeridade processual e do menor ônus do processo para quem goza de um direito evidente. Portanto, existiriam casos, aqueles elencados pelo legislador no artigo 311, em que a restrição do gozo da pretensão pela parte seria injustificável, sobretudo diante da maior probabilidade de seu sucesso na demanda. A esse respeito, comenta Didier Junior (2015). Tem por objetivo é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão de tutela definitiva.

Interessante notar que, muito embora a forma com a qual essa tutela é discriminada no Código de Processo Civil de 2015 seja novidade, já era ela conhecida no Código de 1973, contudo não estava prevista em título próprio. Uma das hipóteses que persistem no novo diploma possuía previsão como um dos casos autorizativos da tutela antecipada – a antecipação satisfativa motivada pelo abuso do direito de defesa, nos termos do art. 273, II do CPC/73, que atualmente encontra-se regulamentada no artigo 311, inciso I.

Os traços característicos dessa tutela, antes mesmo de sua positivação, foram objeto de estudo por parte do Ministro Luis Fux e Eduardo José da Fonseca Costa. Atribui-se a

introdução do termo “tutela de evidência” ao ministro Fux, que o apresentou em sua tese “Tutela de Segurança e Tutela de Evidência”.

A forma com que o direito se expõe, caracteriza a espera da parte como injusta. Esse direito, que deve ser evidente, mostrar-se-ia claro pelas provas apresentadas ao juízo e pela sua plausibilidade. Aproxima-se da ideia do direito líquido e certo objeto do mandado de segurança, que autorizaria o *mandamus*. Contudo, a liminar autorizada pela lei do Mandado de Segurança é fundada na urgência. (KOEHLER e MIRANDA, 2016).

Segundo Koehler e Miranda (2016) a tutela de evidência também se baseia na urgência – no caso, essa se refletiria na lentidão que o processo gerará no atraso à satisfação da pretensão. Diante disso, a tutela antecipatória poderia ser concedida a todos os direitos evidentes, ou seja, cognoscíveis *prima facie*. Em outros termos, a função da evidência é possibilitar o provimento imediato. Verifica-se que o tratamento dado pelo ministro é mais amplo do que o adotado pelo legislador na Lei n. 13.105/2015, visto a possibilidade de antecipar os mais variados direitos evidentes.

Eduardo José da Fonseca Costa, por sua vez, iguala o termo “evidência” ao *fumus boni iuris*. Esse autor divide as tutelas extremada sem urgência e extremada com urgência. Enquanto na primeira é possível conceder a medida liminar sem análise do perigo de dano (*periculum in mora*), na segunda o juiz se atentará mais à urgência em si do que ao juízo de verossimilhança (por exemplo, de risco de morte ao paciente) (KOEHLER e MIRANDA, 2016).

Portanto, o magistrado, deparando-se com situação em que a pretensão é quase certa, defere a liminar tão somente com fundamento no alto grau do juízo de verossimilhança. Não se trata de exigir a prova inequívoca, mas de autorizar, numa análise *prima facie*, que o juiz conceda à parte a satisfação, mesmo que provisória, de sua pretensão.

Mister destacar que a evidência, ao que tudo indica, recai somente na própria pretensão pleiteada, isto é, inexistiriam razões para verificá-la em casos de provimento cautelar, pois o objetivo deste é acautelar, proteger um provimento principal. Logo, a tutela recairá sobre a própria satisfação do provimento principal. É exatamente nesse sentido que como a tutela antecipada que acolhe no todo ou em parte o pedido principal do autor para tutelar provisoriamente, independentemente da urgência, provável direito cuja existência se apresente *prima facie* indiscutível, nos casos previstos no artigo 311 do Código de 2015 (GRECO, 2015).

No mesmo sentido, Júnior (2015, v.1, p. 677): “Os casos de tutela de evidência são tipicamente hipóteses de antecipação de tutela satisfativa, mesmo porque o que se protege diretamente é a própria usufruição do direito material ...”.

Embora o legislador tenha buscado as raízes dessa tutela nas teses dos autores acima mencionados, o tratamento dado é bastante peculiar, visto que ele mesmo se atribuiu a função para decidir os casos autorizativos dela. Mais do que isso, restringiu a possibilidade de concessão liminar. Insta salientar que existem outros casos ao longo do Código de Processo que, em razão da qualidade do direito demonstrado e por força de lei, como a concessão da antecipação de tutela (técnica antecipatória): ações possessórias, ação monitória, alimentos provisórios, dentre outras. Não cabe a este artigo estudá-los.

As hipóteses da tutela provisória de evidência estão elencadas no art. 311 do Código de Processo Civil:

> 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.

Pelos próprios termos do artigo conclui-se que em dois casos é imprescindível o prévio contraditório para a concessão da tutela: no primeiro (abuso do direito de defesa ou propósito protelatório da parte); e no quarto (prova documental suficiente a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável). Nesses casos, como deve ocorrer o diálogo entre as partes, seria, de fato, impossível o deferimento de liminar. Destarte, essas hipóteses pressupõem o comportamento das partes.

Com relação aos incisos II e III, o parágrafo único outorga ao juiz a possibilidade de decisão liminar, ou seja, a concessão da medida *inaudita altera parte*. Nesses casos, o contraditório estaria postergado em razão da “qualidade do direito que justifica a tutela liminar, (...)” (GRECO, 2016).

Sumarizando tais hipóteses, Didier Junior (2015) as divide em duas modalidades: a) punitivas (art. 311, I); e b) documentadas, quando, em razão da prova documental das alegações da parte, há maior probabilidade do provimento final (art. 311, II a IV).

Este trabalho não comporta um aprofundamento no estudo das referidas hipóteses, visa somente discutir a problemática em torno do inciso II do art. 311 (tutela de evidência documentada fundada em teses e precedentes).

Sintetiza-se que a tutela de evidência será concedida a despeito da demonstração de perigo, bastando a caracterização de situações punitivas ou o preenchimento dos requisitos dos demais casos (KOEHLER e MIRANDA, 2016).

3. ARTIGO 311, INCISSO II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – A PROBLEMÁTICA DA JURISPRUDÊNCIA MECÂNICA E A SUFRAGAÇÃO DO CONTRADITÓRIO MATERIAL:

O art. 311, II do CPC prevê hipótese de tutela de evidência que pressupõe dois requisitos: a) prova das alegações de fato da parte – necessariamente documental ou documentada. Didier Jr. afirma que o fato gerador pode não depender de prova, como o fato notório, presumido, confessado; b) probabilidade de acolhimento da pretensão processual, que nesse caso decorre justamente da tese firmada em julgamentos de casos repetitivos (tais como recurso especial e extraordinário repetitivos; incidentes recursais de demandas repetitivas) ou em súmula vinculante. A qualidade do direito é tão alta que a própria lei (art. 311, parágrafo único, do Código de Processo Civil) possibilita ao juiz a conceder a liminar (DIDIER JR, 2015).

Ainda o citado autor defende uma interpretação extensiva da norma, ou seja, entende que a concessão dessa espécie de tutela provisória também pode ocorrer em casos de teses jurídicas firmadas em sede de controle de constitucionalidade concentrado, enunciados de súmulas do STF e do STJ. Crê-se, aqui, que realmente será esta a posição a ser adotada pela jurisprudência, o que implica, invariavelmente, no tema da criação de direito pelos tribunais e na limitação do contraditório nesses casos de evidência. (DIDIER JUNIOR, 2015).

Retome-se a perspectiva de Hans Kelsen de que os tribunais, ao emitirem normas genéricas e vinculativas, atuam como verdadeiros legisladores. No caso do Brasil, isso ocorre por força da própria lei, não se extrai como no sistema de precedentes da *Common Law*, a *ratio decidendi*. Ao contrário, emitem-se súmulas e decisões em demandas repetitivas que são automaticamente reproduzidas, conforme aduz o artigo 489, parágrafo 1°, inciso VI[1] do

[1] Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
(...)

Código de Processo Civil, uma decisão não está devidamente fundamentada quando deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte. A segunda parte do citado enunciado legal regulamenta que a aplicação da súmula ou do precedente é obrigatória, salvo se o magistrado demonstrar a existência de distinção no caso ou a superação do entendimento nelas esposadas.

Percebe-se a existência de uma vinculação quase que automática não só dos tribunais, mas também das partes, aos enunciados de súmulas e precedentes judiciais emitidos por tribunais. É possível extrair o mesmo entendimento no artigo 927 do Código Civil, especialmente ao utilizar a expressão "Os juízes e tribunais observarão (...)". Fato que torna mais evidente a positivação dos incidentes recursais de demandas repetitivas, legitimando aos tribunais de segunda instância a criação, com base em casos repetitivos, de decisões vinculativas.

Essa atuação legislativa dos tribunais acaba por influir diretamente na hipótese de tutela de evidência. Caso a parte invoque, no pedido de concessão da tutela, decisões de tribunais superiores, o juiz, verificando a qualidade do direito, concede, liminarmente, a satisfação provisória da pretensão, independentemente da demonstração de urgência.

Carlos Augusto de Assis verifica certo paralelismo entre o inciso II do artigo estudado, com o "julgamento de improcedência *prima facie*" do art. 285-A do CPC de 1973. Em ambos os casos nota-se a falta de necessidade de dilação probatória, com obediência a entendimento jurisprudencial. Aponta, entretanto, que as diferenças são perceptíveis, visto que a provisoriedade da tutela de evidência visa impedir, justamente, a concessão de efeitos provenientes de um juízo de cognição exauriente, o que feriria o princípio do contraditório. (ASSIS, 2016).

Interessante como as observações daquele autor aproximam-se à perspectiva de que o contraditório, nos casos de tutelas provisórias concedidas liminarmente, seria apenas postergado, mas não sufragado.

Mas reputa-se tal entendimento doutrinário, tendo em vista que a mecanização do direito jurisprudencial, com a automática reprodução das decisões emitidas por tribunais, para a concessão liminar da tutela de evidência, com base no inciso II, fere o principio constitucional do contraditório.

---

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O juiz, ao conceder liminarmente a satisfação provisória do direito do autor, fundando sua decisão tão somente na existência de prova documental e tese firmada em demandas repetitivas ou súmulas, posterga o contraditório, isto é, a discussão acerca da pretensão do requerente. Citado, o requerido somente pode interpor recurso de agravo de instrumento, nos termos do artigo 1.015, inciso I do Código de Processo Civil.

Pois bem, recebido o recurso o relator, observando que a tese do agravado é fundada em súmulas ou demandas repetitivas, e aplicando-as mecanicamente, negar-lhe-á provimento. Significa dizer, ele sequer analisará a *ratio decidendi* dessas decisões, ao contrário, aplica-as mecanicamente, como se estivesse seguindo uma norma vinculativa, genérica e cogente.

Negado provimento ao recurso e, após o suposto contraditório, o magistrado sentenciará, muito provavelmente confirmando a tutela liminarmente deferida, transmutando-a em cognição exauriente (tutela definitiva). Para o réu afastar a incidência dessas teses de aplicação mecânica terá basicamente dois caminhos: a) explicar a distinção entre o caso concreto e o precedente invocado pelo autor; b) demonstrar a superação do precedente. Há quem entenda que existe uma terceira via: a defesa indireta de mérito, com fundamento razoável, afastando a evidência até então observada. Esse fundamento deveria ser apto a gerar no magistrado uma dúvida razoável (ASSIS, 2016).

Verifica-se que existe verdadeira limitação das possibilidades argumentativas do réu. Destarte, tendo em vista a forma de criação da jurisprudência brasileira, parece improvável que o procurador da parte se arrisque a demonstrar a superação do entendimento até então adotado pelos tribunais. Igualmente, não basta demonstrar, tem que convencer o julgador dessa superação, tarefa nada fácil visto que é muito mais cômodo simplesmente seguir, mecanicamente, as decisões do que questioná-las.

O contraditório previsto na lei, para os casos de deferimento liminar de tutela de evidência baseados na hipótese do inciso II do art. 311 do Código de Processo Civil é mera formalidade. Visto que, o insucesso do onerado pela tutela é praticamente inquestionável. Do contraditório decorre a paridade de armas, de argumentos, a igualdade substancial. Além disso, a criação de normas por parte dos tribunais, com aplicação automatizada, acentua essa patente dissonância com a Constituição Federal.

De um lado, tem-se a alta probabilidade do direito do autor, já que fundado em prova documental (ou em fatos incontestáveis) e em teses extraídas das decisões dos tribunais ou súmulas; e de outro, a alta probabilidade de sucesso do adversário, especialmente daquele que "se limite a insistir em argumentos já rejeitados no processo de formação do precedente, o que configuraria, inclusive, litigância de má-fé ..." (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 625).

Não bastasse isso, essa tutela de evidência pode ser concedida liminarmente, isto é, *inaudita altera parte*; prescindindo do requisito da urgência. A propósito Leonardo Greco vislumbra uma espécie de inconstitucionalidade na concessão liminar dessa tutela sem prévia análise do perigo de lesão grave ou de difícil reparação, pois a postergação do contraditório deve sempre ser excepcional. (GRECO, 2016).

A cultura do tribunal-legislador, emitindo decisões que acabam por vincular os órgãos de prestação jurisdicional subordinados, foi acolhida pelo legislador de 2015. Anteriormente promulgação da Lei n. 13.105/2015 existia apenas uma construção fática, proveniente da inclinação dos magistrados em seguirem quaisquer manifestações dos tribunais – caracterizando a mecanização da jurisprudência. Inobstante o Código de Processo Civil de 2015 acatou essa cultura, prevendo-a expressamente. Isso influencia como visto, diretamente na tutela de evidência baseada em teses firmadas em demandas repetitivas, ou em súmulas, pois os argumentos da parte ré restam limitados ao mesmo tempo, pela lei e, por esses precedentes.

Nota-se que a adoção deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro deforma o principio da segurança jurídica, considerado uns dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, visto que se identifica com a busca da justiça, ligando-se diretamente com os direitos e garantias fundamentais.

Segundo Marinoni (2010 p. 38) sobre o conceito de segurança jurídica, no Estado de Direito: “A segurança jurídica vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser 'Estado de Direito'”.

Logo a segurança jurídica realiza o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais, capítulo este em que está expressamente previsto a proteção ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV da Constituição Federal). Que não são observados quando da utilização do instituto da tutela de evidencia.

4. CONCLUSÃO:

Discutiu-se neste artigo o fenômeno da emissão de normas por parte dos tribunais, nos moldes da crítica kelseniana e, como essa atuação do Judiciário influenciou o próprio

tratamento dado pelo legislador à hipótese de concessão liminar da tutela de evidência fundamentada no inciso II do art. 311 do Código de Processo Civil.

O instituto da tutela de evidência, originada nos estudos do Ministro Luis Fux e Eduardo José da Fonseca Costa, baseia-se na evidência do direito, aproximando-se da perspectiva do direito líquido e certo, isto é, um direito cuja qualidade autoriza a concessão de uma tutela de efeitos satisfativos; ainda, no juízo de probabilidade, ou verossimilhança, de mais elevado grau, prescindindo da urgência.

Com a regulamentação do artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, as teses firmadas por um tribunal-legislador, cujas decisões acabam tendo, mesmo que não formalmente, aplicação vinculante e genérica (aproximando-se, por isso, da criação de leis).

Logo, o legislador acabou, ao dar primazia ao princípio da celeridade, especialmente com a previsão da concessão liminar da tutela, e da segurança jurídica (com o sistema de "precedentes") suprimindo quase integralmente o contraditório nesses casos. A supressão de um princípio (e garantia) processual constitucional é absolutamente desproporcional e nada razoável.

Espera-se, que com os ensinamentos de Hans Kelsen sobre a teoria dos precedentes (tribunal como emissor de decisões gerais), encontrada na obra Teoria Pura do Direito, seja possível constatar que o instituto da tutela de evidência, devidamente regulamentado pelo artigo 311, inciso II do Código de Processo Civil, autoriza a atuação legislativa dos tribunais, e ainda, impossibilita, a devida eficácia do principio constitucional do contraditório e da ampla defesa, ferindo a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme; SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. **Como trabalhar – e como não trabalhar – com súmulas no Brasil: um acerto de paradigmas.** In: Direito Jurisprudencial, Vol.II, p. 646-687.

ASSIS, Carlos Augusto de. **Reflexões sobre os novos rumos da Tutela de Urgência e de Evidência no Brasil**. In: (Org: BURIL DE MACÊDO, Lucas; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre) Procedimentos Especiais, Tutela provisória e Direito Transitório. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 51-67.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.2.. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, 674 p.

CARNIO, Henrique Gamberllini. **Precedentes Judiciais ou "Direito Jurisprudencial Mecânico"** Revista Brasileira de Direito Processual, v.24, n.93, jan./mar. 2016 **,** p**.** 21.

GRECO, Leonardo. **A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2015.** In: (Org: BURIL DE MACÊDO, Lucas; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre) **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório.** 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 185-208.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 271 p.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. **Da tutela provisória**: um esboço de conceituação e classificação. In: (Org: BURIL DE MACÊDO, Lucas; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre) **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. 2.ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p .127-142.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 38

MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica.** Revista Jurídica. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010.

MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid** in Revista de Processo n° 183, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, 148 p. (Coleção O que é Isto? Vol.3).

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante.** 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 18.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol.1. 56.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. 1.226 p.