

Lucas Buril de Macêdo

**PRECEDENTES
JUDICIAIS**
e o Direito Processual Civil



2.^a edição
Revista, atualizada
e ampliada

2017

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

do relator, ser decorrente de uma deliberação do colegiado que, ao decidir um caso, entende como adequada a superação do precedente que o regula, e, já que o órgão judicial competente para decidir o caso não pode simplesmente realizar a superação, deve instaurar o incidente de superação de precedente.

Vistas essas características que transbordam da parca disciplina legal, é possível propor uma compreensão mínima do procedimento do incidente.

A competência para processar o incidente é do mesmo órgão que a detém para o procedimento em que o precedente se formou. O procedimento deve possuir ampla divulgação e publicidade. Outrossim, sendo o caso de precedente decorrente de causa repetitiva, a suspensão dos processos que tratam da mesma matéria deve ser determinada. Como já foi enfatizado, as mesmas garantias de participação devem ser outorgadas. Finalmente, o procedimento de decisão, incluindo a possibilidade de sustentação oral, deve ser símile, sobretudo quanto à garantia de fundamentação adequada.

8.12.3. A erupção de um problema incontornável: a total impossibilidade de limitação da criatividade noutros procedimentos que não o incidente de superação

No *common law* não há uma preocupação semelhante. Lá, qualquer decisão, independentemente de seu procedimento, tem potencial para gerar um precedente obrigatório. Consequentemente, qualquer decisão, igualmente, poderá modificar ou revogar o precedente. Dessa forma, não havendo qualquer especialidade procedimental na *formação*, não há qualquer *requisito procedimental* para a *alteração*. Esse tipo de estruturação é boa porque simplifica o debate e, dessa forma, não gera algumas perplexidades, que podem ocorrer no direito brasileiro.

O processo de aplicação de precedente, muitas vezes, pode revelar complexidades que não foram analisadas no caso paradigmático, levando a ajustes pontuais, a acréscimos ou alterações parciais. Como se viu, a aplicação do precedente é, muitas vezes, onde se determina seu real alcance, mediante a realização de *distinções*, sejam elas feitas para restringir o campo de incidência da *ratio decidendi*, sejam elas para ampliá-lo.

Todavia, tais processos aplicativos acontecem habitualmente, sem qualquer destaque ou controle prévio. Muitas vezes, apenas se percebe o resultado de um processo aplicativo para o ordenamento jurídico bastante tempo depois de sua realização, o que pode se dar, inclusive, em casos que lhe são posteriores. No momento de decidir, é possível que os julgadores não percebam o impacto de sua decisão na compreensão do precedente. O CPC, ao equacionar os procedimentos capazes de formar precedentes, acaba ensejando um problema sério para sua modificação e revogação, sobretudo diante da ampla possibilidade de que mudanças na compreensão sejam realizadas na aplicação usual do precedente.

Realmente, a aplicação dos precedentes costuma ensejar acréscimo relevante à compreensão de sua *ratio decidendi*. Esse tipo de “revisão” escapa à concentração procedimental que pretende o CPC, sendo impossível o seu controle prévio. Assim, é bem possível que uma tese formada em julgamento de casos repetitivos, posteriormente,

venha a se desgastar com aplicações inconsistentes ou mesmo de modo declarado, mas em outros procedimentos que não o incidente de superação de precedente.

A criação dos procedimentos concentrados tem uma boa razão de ser, que é legitimar os procedimentos mais criativos e impactantes na sociedade mediante o reforço de direitos fundamentais processuais, com uma atuação forte da participação processual, corolário do Estado Democrático de Direito. Todavia, é impossível ao legislador enclosurar a criatividade judicial em uma única espécie de procedimento: ela é inerente à atuação judicante, e sempre estará presente, em maior ou menor medida. Portanto, assim como a atuação judicial contribui relevantemente para a definição da norma legal, ela assim também o fará para a definição da *ratio decidendi* a partir do texto do precedente. Essa atuação, por óbvio, não ocorrerá sempre no mesmo procedimento, podendo se apresentar em decisão judicial proveniente de qualquer procedimento.

Dessa forma, o incidente de superação de precedente deve ser utilizado sempre que possível, suscitado pelas partes, juízes e MP e DP, especialmente nos casos em que se observa um confronto direto entre o entendimento a ser adotado e aquele que foi firmado em procedimento concentrado de formação de precedente (incidente de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência ou julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos). Contudo, é irreal acreditar que qualquer alteração em *ratio decidendi* será veiculada neste incidente. É comum que o desgaste de uma *ratio decidendi* aconteça paulatinamente, através do tempo, com episódicas decisões que restrinjam seu campo de atuação. Nesses casos, o incidente não terá vez, pois a aplicação de enunciados normativos (como é o precedente) garante possibilidades argumentativas que não se encaixam facilmente (zona de penumbra) em uma alteração ou superação, embora, a longo prazo, uma linha de decisões possa ser apontada para observar de modo preciso um movimento jurisprudencial no sentido da mudança da tese, o que é aclarado pelo tempo.

Enfim, o incidente de superação de precedente acaba sendo o sintoma de uma aposta repleta de boa-vontade, porém perigosa do CPC, que são os procedimentos de formação concentrada de precedente. Eles não podem ser, e não são, o enclausuramento de toda a criatividade judicial, que continua permeando qualquer atuação judicante. Por consequência, nem sempre será possível manter o paralelismo de formas, ideal do ponto de vista sistêmico e mesmo democrático, mas irrealizável em movimentos jurisprudenciais que só se tornam claros após várias decisões. De todo modo, a utilidade do incidente de superação de precedentes ressalta nos casos em que há confronto direto com a *ratio decidendi*, devendo, sempre que isto for observável, ser instaurado.

8.13. TUTELA PROVISÓRIA: A TUTELA DE EVIDÊNCIA

8.13.1. Disposições gerais quanto à técnica antecipatória

Inicialmente, cumpre advertir que a antecipação da tutela é *técnica processual*, ou seja, é meio disponibilizado pelo direito processual para prestar a tutela adequada

do direito material. Sua fundamentação constitucional está na necessidade de prestar a tutela adequada às situações jurídicas, é corolário inafastável dos princípios do acesso à justiça e da efetividade do processo.³¹⁶

A questão é importante, pois parcela significativa da doutrina contrapõe a tutela antecipada à tutela cautelar, o que é impreciso. A tutela antecipada consiste em técnica que garante à parte alguns efeitos do provimento que só receberia ao fim do processo,³¹⁷ é, propriamente, a antecipação dos efeitos da tutela final, que pode ser tanto satisfativa como cautelar.³¹⁸ Não se trata, propriamente, de uma tutela diferenciada, mas de *técnica processual*; o que diferencia a tutela é apenas o momento em que ela é prestada.³¹⁹ A tutela cautelar, por sua vez, consiste na assecuração de direito que sofre perigo de dano. É tutela, e pressupõe um *direito à cautela*.³²⁰

316. Marinoni deixa bem assentado que: “Se o Estado proibiu a autotutela privada é correto afirmar que ele está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses. Nessa perspectiva, então, deve surgir a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela adequada a determinada situação conflitiva significa a própria negação da tutela que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição, já que o processo nada mais é do que a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição de autotutela”, para, em seguida, concluir: “Se uma situação de direito material requer tutela urgente (não cautelar) de cognição sumária, não é possível que o Estado se negue a prestar a devida tutela jurisdicional, ou seja, a tutela antecipatória fundada nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Tal espécie de tutela – que, como é sabido, pode ser concedida no curso do processo de conhecimento – permite que o direito material seja tratado de forma diferenciada, segundo as suas necessidades” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 132-133).

317. É notável que a eficácia preponderante do provimento antecipatório da tutela será executiva ou mandamental, independentemente da sentença definitiva requerida ao final. Sobre o ponto: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 69-70. SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *Antecipação da tutela nos processos declaratórios*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 146-147. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. III, p. 34-36. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86-92 e 49-58, nestas últimas com uma interessante análise das ordens de abstenção, entendendo-as como medidas antecipatórias satisfativas.

318. Por conseguinte, a tutela cautelar contrapõe-se à satisfativa: “O que deveria caracterizar a tutela cautelar – ao contrário do modo como a concebe a doutrina dominante – seria a circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de *simples segurança*, equivalente a uma forma de tutela preventiva e *não-satisfativa* do pressuposto e provável direito material ou processual a que se presta auxílio judicial” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*, cit., p. 3). Por outro lado, à tutela antecipada o que se contrapõe é a tutela definitiva.

319. Assim: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 2, p. 468. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela – Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2013, p. 17. Em sentido contrário: ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, cit., p. 47-49. Sobre a tutela jurisdicional, ver este autor, com exposição e crítica da posição clássica; p. 5-17. Em um sentido mais apropriado, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. ARMELIN, Donald. “Tutela jurisdicional diferenciada”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1992, ano. 17, vol. 65, p. 45-55. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 121, p. 11-37, 2005. GODINHO, Robson Renault. “Tutela jurisdicional diferenciada e técnica processual”. CIANCI, Mima; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula C. *Temas atuais das tutelas diferenciadas – Estudos em homenagem ao Professor Donald Armelin*. São Paulo: RT, 2010. Este último autor, equivocadamente, acaba por identificar tutela diferenciada a procedimento especial, sendo certo que nem toda estruturação do formalismo procedimental tem como fim, propriamente, à tutela do direito material, no sentido de disposição para melhor efetivação. Na verdade, a classificação seria possível a partir de um peculiar significado atribuído a “tutela”, todavia não deixaria de ser desprovida de utilidade, já que o resultado alcançado seria exatamente o mesmo a partir de uma classificação sintática dos procedimentos, mais útil e adequada. Afastando a tão-só especialidade do procedimento da tutela: YARSHALL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPI, 2006, p. 203-204.

320. Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, tomo XII, p. 12-22. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*, cit., p. 72-81. ASSIS, Araken de. “An-

Ora, sendo a tutela cautelar o provimento que se busca ao fim, a técnica de sua colocação em momento do *iter* processual anterior – a liminar, prevista no art. 300, § 2º, do CPC, referindo-se tanto à tutela satisfativa de urgência quanto à cautelar – nada mais é do que antecipação de tutela cautelar.

Bem vistas as coisas, a antecipação da tutela é técnica consistente na concessão dos efeitos do provimento final antes da quadra que normalmente lhe é reservada. Essa antecipação pode ser tanto da tutela *satisfativa* como da tutela *cautelar*.³²¹ Assim, os conceitos devem operar de modo que represente com fidelidade o plano fenomenológico, o que permite estabelecer a relação sintática adequada: a antecipação da tutela contrapõe-se à tutela em sentença; a tutela satisfativa contrapõe-se à tutela cautelar.³²²

Na égide do CPC/73 essa distinção, construída com apuro técnico e percepção aguçada, não encontrou respaldo no *texto* normativo, edificado sem tomá-la em conta. No CPC/2015, a diferenciação entre a tutela e a técnica antecipatória, igualmente, e mesmo após o grande avanço doutrinário, não foi bem percebida, uma vez que o art. 294, parágrafo único, estabelece que “tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”. A legislação, portanto, continuou ignorando a precisão conceitual bem traçada pela doutrina, ao referir-se à tutela antecipada em contraposição à tutela cautelar, como se fossem polos opostos, o que significa que ou se trata de tutela antecipada ou se trata de tutela cautelar, eliminando a noção – conceitualmente mais adequada – de tutela cautelar antecipada.³²³ O próprio título do Livro é equivocadamente, refere-se a *tutela provisória*, sendo certo que a tutela cautelar é, na verdade, *temporária*.³²⁴

Há, todavia, neste texto, uma novidade de extrema relevância: há a possibilidade de pleitear antecipação de tutela em pedido antecedente.³²⁵ O pedido de antecipação pode ser realizado incidentalmente, mas se permite também a realização do pedido

teção da tutela”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 404-407. Noutro sentido, perspectivando as medidas cautelares, bem como a antecipação da tutela (satisfativa), como diferentes técnicas para a tutela da urgência, conferir: BAGGIO, Lucas Pereira. *Tutela jurisdicional de urgência e as exigências do direito material*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 109-124.

321. Com excelência, Mitidiero bem sintetiza o ponto: “Firme na premissa de que a técnica antecipatória constitui *simples meio* para obtenção da tutela jurisdicional, que pode tanto *satisfazer* como *acautelar* os direitos, a *relação de provisoriedade* que se estabelece é entre o *provimento antecipado* oriundo da técnica antecipatória e o *provimento final* prolatado posteriormente. Existe uma relação de identidade – total ou parcial – entre o provimento antecipado e o provimento final: o provimento antecipado constitui simplesmente a *versão provisória* do provimento final. Dito de maneira mais clara: o *provimento cautelar antecipado* é a *versão provisória* do *provimento cautelar final*, assim como o *provimento satisfativo antecipado* é a *versão provisória* do *provimento satisfativo final*” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*, cit., p. 112).

322. Ver, tratando com propriedade os conceitos: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 461-478. Em sentido contrário: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 61-65.

323. Para uma excelente análise da construção conceitual doutrinária acerca da tutela cautelar e da tutela antecipada conferir, por todos: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*, cit., p. 17-60.

324. Em acertada crítica aos termos legais: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Comentários ao art. 294*. In: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 398.

325. A viabilidade de requisição da antecipação da tutela, na maior parte dos casos, será apenas do autor, mas é possível pensar casos em que o réu também poderá requerer a técnica: quando houver pedido contraposto ou reconvenção, ou quando o *statu quo* ante beneficiar o autor. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, cit., p.

em procedimento antecedente dedicado à antecipação, desde que se faça referência à situação material principal (art. 303, *caput*). Há previsão de posterior aditamento da petição inicial para o prosseguimento do processo até a decisão definitiva ou a estabilização do provimento antecipatório, invertendo o ônus de instaurar o processo, o que se dá nos casos em que o réu não recorre da decisão que concede a antecipação da tutela (art. 303, § 1º, I e II, e art. 304).

Especialmente no que toca ao tema objeto deste artigo, o Código de Processo Civil trata de modo sistemático e genérico os casos de tutela antecipada pautada na evidência do direito pleiteado, que, na legislação processual anterior, apenas era permitida quando houvesse abuso de direito de defesa.³²⁶

Passa-se à análise da tutela de evidência.

8.13.2. Compreensão da tutela de evidência

A tutela antecipada de evidência é, como sinalizado, expressamente permitida pelo Código de Processo Civil, que dedica para sua regulação o art. 311, diferentemente do que ocorria com Código de Processo Civil de 1973, que apenas a permitia quando houvesse abuso do direito de defesa.

Consoante foi bem demonstrado por Eduardo José da Fonseca Costa, em uma percepção pragmática da aplicação da técnica processual, avaliando a antecipação da tutela regulada pelo CPC/73, o jurista paulista percebeu que ela veio a ser aplicada em uma verdadeira multiplicidade de situações que ultrapassa a hipótese fática do seu art. 273, combinando a presença de *urgência* e de *evidência*.³²⁷

O Código de Processo Civil anterior requereu, para a antecipação da tutela, a presença de dois requisitos: verossimilhança e urgência. Eduardo Costa, em análise de precedentes, demonstrou que esses requisitos apresentam-se em combinações distintas de intensidade nos casos de concessão. Assim, foram identificadas hipóteses de aplicação em que a urgência era *muito forte*, em contraposição à pouca verossimilhança; casos chamados de *urgência extrema*. Noutros, a tão só existência de uma urgência imperiosa, a exigir a imediata tutela do direito, acaba por levar à aplicação da antecipação da tutela, como em casos em que o bem da vida é de extrema relevância (como a vida) e está exposto a perigo, independentemente da verossimilhança do direito alegado.³²⁸

O que mais interessa ao objeto desse estudo é a situação oposta: a aplicação da técnica antecipatória nos casos em que inexistente qualquer urgência, mas há mais do

145-146. Em sentido contrário: FIGUEIRA JR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, v. 4, t. I, p. 170-172.

326. Percebe o ponto: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*, cit., p. 290. Há autores que, equivocadamente, já reputavam a tutela antecipada de evidência institucionalizada, ao menos quanto às demandas repetitivas, em uma interpretação do § 6º do art. 273 do CPC/73. Assim: RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: Casos de antecipação da tutela em requisição de urgência*. São Paulo: RT, 2010, p. 192-200.

327. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35-46.

328. Sobre as várias combinações: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*, cit., p. 124-146.

que verossimilhança do direito alegado. Como cediço, a alta probabilidade de sucesso na demanda é requisito essencial,³²⁹ inclusive na tutela de urgência, todavia, nos casos aqui analisados, é possível falar em uma probabilidade de sucesso peculiarmente qualificada que autoriza a tutela do direito antecipadamente independentemente da imposição do tempo, é dizer, sem qualquer urgência.³³⁰

Na verdade, nesses casos, poder-se-ia falar de *evidência*, isto é, de uma cognição tão aprofundada, diante das provas e das exigências da situação jurídica material sob apreço, que acaba por gerar uma *quase certeza* – no mais das vezes, apenas não se poderá falar em convicção de certeza por exigências procedimentais.

Pois bem, Eduardo José da Fonseca Costa, em seu importante trabalho, acabou por identificar a tutela de urgência pura e a tutela de evidência pura, além de todas as situações intermediárias – ou seja, casos em que há mais urgência do que verossimilhança e outros onde há mais evidência do que, propriamente, urgência.

A pesquisa do jurista paulista demonstra, conforme relatado, que há aplicações da técnica antecipatória, sob égide do CPC/73, que vão muito além da previsão normativa. Não se pode concluir, entretanto, que seriam aplicações *contra legem* da tutela antecipatória: houve construção normativa jurisprudencial que, embora fora das hipóteses legais, não recai em comando proibitivo – trata-se, portanto, de norma jurisprudencial *praeter legem*. De toda forma, a pragmática, tipicamente multifacetada e rica, exalta a impossibilidade de seu aprisionamento – o que, em direito, é quase sempre inusitado.

A tutela antecipada de evidência pura é, justamente, aquela na qual se tutela o direito quase certo do provável vencedor da demanda, evitando-se que ele acabe suportando o ônus do tempo do processo,³³¹ já que ficaria todo o seu trâmite privado de usufruir do objeto litigioso, enquanto a parte adversa, que possui grandes chances de sucumbir, usufrui dele.³³² Assim, a tutela de evidência é uma forma importante de tutela sumária que visa satisfazer a efetividade da jurisdição, a economia processual e a duração razoável do processo.³³³

329. Fala-se que se trata do requisito mais relevante, cf. Leubsdorf, John. "Preliminary Injunctions: In Defense of the Merits". *Fordham Law Review*, vol. 76, 2007, p. 35-36.

330. Acolhe-se, portanto, uma subdivisão dos provimentos antecipatórios em provimentos fundados na urgência e provimentos fundados na evidência. Como se percebe, a divisão está baseada na hipótese fática que garante a pretensão à técnica processual. José Roberto dos Santos Bedaque acaba por criticar tal classificação por não revelar a natureza dos provimentos: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 339.

331. As belas palavras do Professor Cruz e Tucci destacam a importância do tempo no processo: "É certo que no processo, como vaticinara Couture, o tempo é algo mais do que ouro: é Justiça" (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997, p. 146).

332. Sobre o tema, propondo há muito a incorporação do procedimento sumário para a tutela antecipada de evidência, ver: FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, cit., p. 305-323.

333. Nesse sentido, referindo-se à tutela sumária em geral, Proto Pisani afirma que se trata de um "componente ineliminável do sistema de tutela giurisdizionale civile", baseado em três razões: "1. exigência de economia de juízi: ossia evitare il costo del processo a cognizione piena quando non si giustifica da una contestazione effettiva; 2. Esigenze di evitare l'abuso del diritto di difesa (degli strumenti di garanzia previsti dal processo a cognizione piena) da parte del convenuto che abbia torto; esigenze di effettività della tutela ogni qual volta questa sia compromessa dai tempi, anche fisiologici,

A antecipação da tutela pautada na evidência do direito, não é despendendo frisar, é importantíssima medida para que se possibilite que o sujeito processual que tem prova hábil para gerar convicção próxima da verdade e demonstra adequação da sua tese jurídica possa usufruir do objeto litigioso, que muito provavelmente terá deferido ao fim, sem esperar todo o trâmite do procedimento ordinário, capaz de, tanto por sua duração fisiológica como patológica, gerar um dano colateral, típico do tempo do processo, incompatível com o direito fundamental de efetividade do processo e com a igualdade processual.³³⁴ “A evidência palmar do direito lesado importa na injustiça da espera”.³³⁵

O Código de Processo Civil de 2015 passa a prever de forma expressa e generalizada a possibilidade de concessão de antecipação da tutela fundada exclusivamente na evidência da situação jurídica material aduzida.³³⁶ Confira-se o texto normativo:

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 documental 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.

A tutela de evidência, nesse contexto, pode ser conceituada como técnica processual para a distribuição do ônus do tempo no processo, adequada para os casos em que há grande probabilidade de que a parte seja vitoriosa ao fim, ocasionando uma cognição bastante próxima da convicção de verdade,³³⁷ o que acaba por tornar injusto que a parte provável vencedora aguarde o tempo do processo sem usufruir o bem da vida, enquanto o sujeito que provavelmente não tem razão desfruta dele.³³⁸

del processo a cognizione piena” (PISANI, Andrea Proto. “La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998, ano 23, n. 90, p. 25).

334. Sobre este importante tópico, ver o conceito de “dano marginal” em: ANDOLINA, Italo. “Cognizione ed ‘esecuzione forzata’ nel sistema della tutela giurisdizionale: corso di lezioni”. Milano: Giuffrè, 1983, p. 15-21.

335. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*, cit., p. 74.

336. Pode-se falar que já existem procedimentos em que é suficiente a prova da verossimilhança, dispensando-se a demonstração do *fumus boni iuris*, como, e.g., na liminar de desocupação de imóvel em ação de despejo e na liminar dos embargos de terceiro.

337. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, cit., p. 305-306.

338. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, cit., p. 271-273.

8.13.3. Procedimento da tutela de evidência no CPC/2015

O dispositivo que trata da tutela antecipada pautada na evidência do direito, como se viu, não trata do seu procedimento. Assim, tem-se a questão: como deve proceder a parte para pleitear a tutela de evidência e como o magistrado deve tratá-la?

Com efeito, embora não se possa elucidar o procedimento a partir do dispositivo específico, a sistemática da tutela antecipada esclarece suficientemente o seu procedimento.

Havendo pedido incidental de tutela antecipada, não há qualquer problema para sua definição procedimental: deve o magistrado avaliá-lo e decidi-lo nos próprios autos, e em seguida dar continuidade ao procedimento – o que pode incluir, nos casos em que a tutela de evidência for deferida, a efetivação da medida. Cumpre destacar: a antecipação da tutela exige prévio requerimento e não exige o pagamento de custas (art. 295).

Não há prazo para o pedido de medida antecipatória dos efeitos da tutela, incluindo aí o pleito fundado na evidência do direito. Ademais, é possível a revogação ou modificação do provimento interino pelo órgão julgador, tanto para conceder a tutela como para revogá-la ou modificá-la (art. 296). Essa possibilidade, entretanto, não é ilimitada: “evidentemente, há que surgir fato novo, pois é manifesta a inconveniência de o juiz, ao seu talante e em conformidade com os humores do momento, conceder o bem da vida para retirá-lo logo depois, ou vice-versa”.³³⁹

O recurso cabível é o agravo de instrumento, estando o cabimento contra tutelas provisórias previsto no art. 1.015, I, do CPC. Da mesma forma, quando o magistrado condicionar a análise do pleito antecipatório ao recolhimento de custas ou simplesmente dar seguimento ao processo sem analisá-lo.

A questão do cabimento da tutela de evidência antecedente não parece causar problemas, seja pela expressa dicção legal ou por conta das razões subjacentes a esta técnica de processualização da tutela provisória.

Realmente, o art. 294, parágrafo único, referente às disposições gerais acerca da tutela de urgência, dispõe que a “tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”. Além disso, a disciplina do procedimento antecedente de tutela antecipada está em dispositivos relativos à tutela antecipada de urgência (arts. 303 e 304). Não há, portanto, do ponto de vista estrito do regramento legal, razão que autorize a aplicação do procedimento antecedente para a tutela provisória de evidência.

As razões que autorizam o procedimento, igualmente, apontam para a sua inaplicabilidade à tutela provisória de evidência. Quando o pedido for antecedente, deve o sujeito processual demonstrar urgência “contemporânea à propositura da ação” (art. 303, *caput*), o que justificaria o pleito simplificado dedicado exclusivamente à antecipação da tutela. Assim, a hipótese fática da norma que outorga a faculdade

339. ASSIS, Araken de. *Antecipação da tutela*, cit., p. 420. No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

ao sujeito de instaurar procedimento antecedente dedicado à tutela antecipada é completamente incompatível com a tutela de evidência pura, nos moldes do art. 311 do CPC, que é indiferente à existência ou não de urgência.

De fato, a norma reduz significativamente os requisitos de admissibilidade da petição inicial, simplificando-a. No procedimento antecedente dedicado à tutela antecipada de urgência, a petição inicial constará apenas com a indicação do pedido de tutela final e exposição sumária do conflito, da relação jurídica e do perigo da demora. Há, portanto, um abrandamento dos requisitos de validade do ato processual petição inicial, com o que se prestigia a tutela adequada da situação jurídica material alegada e a efetividade do processo.

O fato que autoriza a simplicidade do ato processual é, justamente, a urgência. Não há, nesse passo, o preenchimento da hipótese fática ou razão jurídica que autorize a aplicação do procedimento antecedente na tutela de evidência.

Isso não quer dizer que deve o magistrado, de pronto, inadmitir o procedimento, caso a parte venha a propor inusitadamente pleito de tutela provisória antecedente. É que, como já foi amplamente demonstrado, a riqueza das situações fáticas – ao que se soma a inevitável e indubitável insegurança que gera um novo Código – pode fazer com que o autor acabe solicitando de forma antecedente uma tutela que *alegue* ser de evidência, mas que, efetivamente, apresente também elementos que possibilitem enquadrá-la como tutela de *urgência*. Assim, nada obstante o equívoco no categorização pela parte, em maior ou menor medida, ter-se-á a hipótese autorizativa da aplicação da técnica do procedimento antecedente.

8.13.4. A aplicação da tutela de evidência fundada em precedente obrigatório

O art. 311, II, do CPC permite a tutela de evidência nas hipóteses em que “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

A primeira exigência é de que se trate de situação fática de baixa complexidade probatória, que são aquelas possíveis de serem suficientemente provadas por meio de documentos. A prova documental, nessas hipóteses, tem eficácia probatória suficiente para formar a convicção muito próxima da convicção de verdade quanto à existência do fato constitutivo. São exemplos desses casos os relativos a vantagens de algum cargo, onde basta a comprovação da condição de servidor público, ou que partam do pressuposto da conclusão de uma relação jurídica, onde o recibo é suficiente.³⁴⁰

A segunda exigência precisa ser tratada com mais cuidado: requer-se que a tese tenha sido consagrada em decisão de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

340. Cumpre o alerta, feito acerca do art. 273, mas plenamente aplicável à espécie: “A prova, em si mesma, não comporta qualificativos com conteúdo valorativo. Ela é prova documental, testemunhal, pericial etc. A força de seu convencimento é algo menos situado nela que no ‘pensar’ do magistrado a seu respeito, ao analisá-la. Assim, entendemos que prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. III, p. 39). Embora o raciocínio do jurista balança entre certo subjetivismo, é preciso ao vincular a eficácia da prova à fundamentação da decisão, onde será possível o controle de sua racionalidade.

Assim, apenas os pleitos que estejam fundados ou em *ratio decidendi* gerada por solução de demandas repetitivas ou em enunciado da súmula vinculante do STF poderiam, a princípio, ser protegidos pela técnica da antecipação da tutela fundada na evidência do direito.

A questão precisa ser analisada acuradamente, proporcionando a compreensão adequada da abrangência das hipóteses permissivas da tutela de evidência. Uma leitura sistêmica do CPC não autoriza a interpretação meramente literal e restritiva dessa hipótese concessiva, o que resultaria em uma norma bastante empobrecedora do instituto.

É que o CPC/2015, como foi amplamente analisado, em seus artigos 926 e 927, disciplina a eficácia dos precedentes judiciais, não podendo o texto legislativo ser lido aos pedaços. A disciplina do seu regime jurídico deve ser coerente com a regulação dos demais dispositivos normativos, evitando-se incoerências.

Nesse contexto, é imperativo que os juízes e tribunais respeitem, primeiramente, as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Além dessas decisões, é preciso que sejam observados os enunciados de súmula vinculante e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Deve, outrossim, o órgão julgador obedecer os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Finalmente, e mais importante, é necessário que sejam observados os precedentes sobre direito constitucional do pleno do STF e sobre direito infraconstitucional federal da Corte Especial e Seções Especializadas do STJ.

Ora, inseridos o dever de seguir os precedentes obrigatórios como particular manifestação do dever de aplicar o ordenamento jurídico, seria um completo disparate não permitir a tutela provisória de evidência baseada nos precedentes disciplinados como vinculantes no CPC.

Quando a demanda versa sobre questão pacificada por precedente judicial obrigatório, há a *facilitação de provimento concedendo a tutela de evidência*. A fixação de determinada *ratio decidendi* por tribunal superior restringe as possibilidades argumentativas e, com isso, torna pouco provável o sucesso da parte que litigue em sentido contrário, ressalvada a possibilidade de se fazer uma distinção. Em consequência do *stare decisis*, o sujeito que litigue levantando *ratio decidendi* consagrada no Supremo ou nos tribunais superiores, diante da similitude dos fatos substanciais levantados, está em situação favorável à concessão da tutela de evidência. Igualmente, quando a defesa do réu limita-se a reiterar argumentos já rechaçados no precedente obrigatório e nos casos posteriores, trata-se de situação em que a evidência da tratativa jurídica faz importante a técnica da antecipação da tutela.

Não sendo permitido ao magistrado ou ao órgão julgador a superação do precedente, bem como sendo impossível uma distinção consistente entre o caso apresentado e precedente enumerado no art. 926 do CPC, não há qualquer razão para indeferir a tutela de evidência, desde que provado o fato constitutivo me-

diante prova documental. Aliás, afastar a tutela provisória nestes casos seria uma ofensa à duração razoável do processo e militaría contra a necessidade de uma satisfação expedita no procedimento especializado para causas repetitivas com entendimento estabilizado.

De fato, ler o art. 311 de forma restritiva ou literal é impedir a atuação sistemática do CPC e negar vigência à proteção da segurança jurídica, igualdade e efetividade, princípios tutelados de forma vanguardista no art. 926, que não pode simplesmente ser negligenciado ao se aplicar a tutela antecipada de evidência. Não se deve esquecer que há, de fato, os direitos fundamentais do jurisdicionado à segurança jurídica, à igualdade de tratamento e à efetividade da jurisdição, que vetorialmente indicam a interpretação aqui defendida. Não há qualquer razoabilidade em impor àquele sujeito processual que possui prova documental suficiente e tese a seu favor adotada em precedente obrigatório o ônus de suportar o tempo do processo sem usufruir da tutela de seu direito, enquanto a parte adversa é tutelada pela manutenção do *status quo ante*, a despeito de grande probabilidade de encontrar-se em situação de ilicitude.

Por essas razões, o art. 311 deve ser interpretado de modo que se compreenda o CPC em sua inteireza. Assim, pode-se afirmar que seu significado sistemático aponta para seguinte construção textual: “a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em precedente obrigatório, nos moldes do art. 926 do CPC”.

Assim sendo, nos casos em que há orientação do tribunal superior quanto à matéria, a grande probabilidade de vitória do sujeito parcial que é favorecido pelo precedente judicial autoriza a concessão da tutela de evidência. Há de se notar que isso se restringe ao debate acerca de *questões jurídicas*, todavia.³⁴¹

Conquanto a tutela de evidência seja mais facilmente decidida em casos nos quais há regulação por precedente obrigatório, isso só ocorre quando o debate acerca dos fatos é irrelevante ou mesmo inexistente. Daí a exigência de prova documental suficiente. Isto porque é possível que, mesmo quando o precedente obrigatório trate da matéria veiculada na demanda, a questão se restrinja ou abarque também a própria existência dos fatos jurídicos constitutivos, ou de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Nessas hipóteses, é importantíssimo que o acervo probatório documental fornecido seja criteriosamente avaliado pelo magistrado, o que é determinante para a concessão da tutela de evidência, e essencial para sua fundamentação. Consequentemente, mesmo quando um precedente obrigatório for invocado, é possível que a tutela provisória fundada em evidência seja negada diante de alguma distinção fática relevante.

341. “Como já dito, o modelo de hierarquização anteriormente proposto cinge-se àquelas causas cujo deslinde depende da solução de questões simplesmente jurídicas. Ele esvai-se quando está em jogo a solução de questões fáticas e jurídicas. Nesses casos, o juiz não reconhece a presença do *fumus boni iuris*, atendo-se ao campo *jurídico-normativo*; necessário é que ele (também) examine o campo *fático-probatório*. O juiz só poderá declarar a incidência aparente da norma jurídica se antes verificar a completude aparente do seu suporte fático” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo dos liminares*, cit., p. 196).

Por fim, cabem algumas palavras sobre a postura do réu diante do pleito ou da concessão da tutela de evidência.

É imperativo, não se dispensa a repetição, que todo o sistema processual seja informado pela previsão dos precedentes obrigatórios, do que não exclui a defesa do réu. Os precedentes judiciais, como importante força no sentido da racionalização da dialética processual, quando efetivamente suscitados pela parte ou utilizados como fundamento para a decisão, precisam ser encarados em seu papel central no confronto de razões.

Assim sendo, não é admissível que a conduta do sujeito processual que se limita a repetir razões já refutadas pelo Judiciário, sem qualquer esforço argumentativo para demonstrar seu equívoco ou a necessidade de refluir no entendimento por alguma alteração contextual relevante, seja simplesmente tolerada. Uma postura mais rígida em relação à proibidade processual das partes é inevitável, sobretudo na atual configuração do sistema jurídico brasileiro, que enfrenta uma grave crise de racionalidade e efetividade do Judiciário, causada especialmente por razões estruturais e pela sobrecarga de trabalho.

É litigância de má fé, pois, a mera repetição de argumentos já refutados em precedente obrigatório aplicável ao caso.

Cabe ao sujeito processual que viu a tutela de evidência fundada em precedente obrigatório ser concedida em seu desfavor uma argumentação dialética. Os caminhos argumentativos, embora mais restritos, são ainda vários, cabendo-lhe: (i) demonstrar o erro na interpretação do precedente judicial pelo magistrado do caso, pugnando por seu afastamento ou adequação; (ii) demonstrar a erosão do precedente, alicerçada por relevantes mudanças contextuais, ou o erro da tese firmada, a determinar sua superação; (iii) demonstrar uma *distinção relevante* entre a hipótese fática da *ratio decidendi* construída a partir do precedente obrigatório e os fatos que se apresentam na causa sob análise, a afastar a não incidência da *ratio decidendi*.

Não seguido nenhum desses *standards* argumentativos, tem-se defesa abusiva e, portanto, ilícita. Caso a litigância da parte ré baseie-se simplesmente em uma irrisignação com o direito estabelecido, mesmo jurisprudencialmente, trata-se de conflito instaurado temerariamente, que nada mais é do que uma resistência injustificada à aplicação do direito e tal conduta processual merece ser punida. Tudo isso em conformidade ao que dispõe o art. 80, I, do CPC – que, como foi defendido, é objeto de uma interpretação extensiva.

Muito embora o direito de defesa tenha fundamento constitucional, trata-se de situação jurídica de vantagem que, como qualquer outra, deve ser exercida dentro de limites, no qual, particularmente, está o processo cooperativo, a exigir uma postura ética e séria em relação ao Judiciário e à parte adversa, sob pena de punição por categorizar-se como *improbus litigator*.³⁴² Como qualquer direito, portanto, o direito de defender-se encontra limites, e litigar diretamente contra o ordenamento

342. No mesmo sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*, cit., p. 320.

jurídico, de forma acrífica, isto é, repetindo razões já enfrentadas e sem nenhuma novidade no diálogo judicial, não é tolerável.

É imperativo, em tempos de busca por eficiência jurisdicional, que se torne a litigância de massa irracional uma conduta desvantajosa economicamente, o que envolve a efetiva punição, como litigante de má fé, daquele que não cumpre, sem qualquer razão, as normas jurisprudenciais. A postura do réu, portanto, deve ser racional e dialógica, oferecendo um argumento relevante para sua resistência, onde não se inclui a mera repetição acrífica e onerosa de teses já superadas, caso contrário dá-se ensejo a sua punição por sua conduta abusiva.

8.14. IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

8.14.1. Compreensão e fundamentos da improcedência *prima facie*

Uma demanda deve custar tanto quanto for necessário para o seu julgamento adequado, justo e em respeito aos direitos fundamentais processuais – e nada mais do que isso. Esta ideia, na qual o fator custo abrange também o *tempo do processo*, é compreendida pela noção de *efetividade do processo*, e decorre da disposição *eficiente de técnicas processuais*, podendo levar a dois vieses, que não se excluem – ao contrário, complementam-se –, o macro ou gerencial; e o micro ou individual. A improcedência liminar do pedido é uma medida de eficiência que, bem utilizada, leva a um processo efetivo.³⁴³

A sua previsão está no art. 332 do Código de Processo Civil, que estatui que “nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido”. Permite-se, portanto, o julgamento liminar pela improcedência ou, como a doutrina nomeou, a improcedência *prima facie*, que é uma decisão de mérito, baseada em cognição exauriente e, portanto, apta a fazer coisa julgada.³⁴⁴

Ora, se a demanda do autor, de pronto, pode ser julgada improcedente, não se fazendo necessária a assunção de custos com a angularização do processo e com a prática de mais atos sem infringir qualquer direito fundamental processual, seria um desperdício não antever tal possibilidade. Para o réu, os efeitos da sentença e a coisa julgada lhe favorecem, tornando desnecessário assumir custos para o exercício do direito de defesa. Para o autor, a sua pretensão é resolvida imediatamente, sem delongas, por mais que contrariamente aos seus interesses, porém em hipóteses nas quais, em regra, a implementação de mais atos, trazendo-lhe mais custos, seria

completamente inapta para mudar a sua sorte. Há, como se vê, economia para todos: autor, Estado-juiz e réu.

E há mais. Do ponto de vista da gestão, elimina-se um processo com o mínimo de custos possíveis, possibilitando que os esforços do Estado-juiz sejam envidados para solucionar outras demandas, o que ajusta a distribuição de justiça à efetiva necessidade de investir recursos em uma determinada causa, tornando-a proporcional.³⁴⁵ As razões que tornam o *stare decisis* mais eficiente são sensíveis no mecanismo da solução imediata do processo: evita-se o gasto de esforços com questões jurídicas já decididas efetivamente, processando-as de modo adequado à energia já empreendida.³⁴⁶

Esta opção não foi feita exclusivamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, eis que o sistema processual inglês prevê instituto similar, o *summary judgment* do *Civil Procedure Rules*, e o CPC português prevê no art. 234-A, nº 1, o indeferimento liminar da petição inicial em caso de pedido manifestamente improcedente.³⁴⁷

Antes de abordar a matéria no CPC/2015, cumpre uma breve análise da sua regulação no CPC revogado, onde se iniciou propriamente a previsão da improcedência *prima facie*, embora, como se passa a demonstrar, de modo significativamente diferente.

8.14.2. Breve histórico legislativo: o art. 285-A do CPC/1973

Em 2006, a Lei nº 11.277 foi promulgada para reformar o Código de Processo Civil, incluindo o art. 285-A em seu texto. O dispositivo trouxe a possibilidade de julgamento imediato pela improcedência, que antes apenas era possível nos casos de prescrição e decadência.³⁴⁸

345. “La justificación del compromiso con la justicia proporcional era y es de carácter pragmático. Se basa en la aceptación de que sólo hay una cantidad limitada de recursos, financieros y temporales, a disposición de los tribunales. En consecuencia, con el fin de garantizar el acceso a la justicia para todos, debe conciliarse un equilibrio entre la necesidad de lograr una decisión precisa, el valor y el costo de adjudicar y la necesidad de garantizar el acceso efectivo a los recursos limitados para todos los litigantes (actuales y potenciales)” (PÉREZ-RAGONE, Álvaro. La revalorización de la audiencia preliminar o preparatoria: una mirada desde la justicia distributiva en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2016, v. 252, p. 418-419).

346. “Para evitar que os inúmeros processos sobre casos análogos forcem percurso inútil de todo o iter processual, para desaguar, longo tempo mais tarde, num resultado já previsto, com total segurança, pelo juiz da causa, desde a propositura da demanda, o art. 332 munui o juiz do poder de, antes da citação do réu, proferir a sentença de improcedência *prima facie* do pedido traduzido na inicial” (THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 759-760).

347. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)*. São Paulo: RT, 2015, p. 127. Além disso, o processualista gaúcho aponta o nascedouro da técnica da “rejeição imediata do pedido” no Decreto 12.353, de 19.09.1926, que reformou o CPC português de 1876 (p. 127-128).

348. Controverteu-se, inclusive, acerca da inconstitucionalidade do dispositivo. O Conselho Federal da OAB propôs uma ADI, sob o n. 3.695/DF, onde se alega ofensa ao contraditório e ao devido processo legal. Na doutrina há divisão de opiniões. Defendendo a constitucionalidade do dispositivo: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 39, p. 97. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil, volume 2*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 61-73. MELO, Gustavo de Medeiros. O julgamento liminar de improcedência. Uma leitura sistemática da Lei 11.277/2006. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, ano 33, vol. 165, p. 123-127. KOEHLER, Frederico. Breve análise sobre alguns aspectos polêmicos da sentença liminar de improcedência (artigo 285-A do CPC). *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 41, p. 70-71. Pela inconstitucionalidade: MITTIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33-38.

343. Sobre tais conceitos, conferir: COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, v. 121, p. 275-301. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 233, p. 65-84.

344. Essa característica – a formação da coisa julgada – destaca esta figura legal da carência de ação. Todavia, há defesa, a nosso ver *contra legem*, de que a carência de ação resultaria também na *res judicata*, o que tornaria a improcedência liminar um tanto sem sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 110.

O dispositivo então incluído passou a estabelecer o seguinte:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

De antemão, cumpre esclarecer que o dispositivo não inaugurava hipótese de precedente obrigatório ou de precedente relativamente obrigatório. Na verdade, o precedente, no art. 285-A do CPC/1973, era um dos *elementos da hipótese fática da norma*. Não é possível falar em relativa obrigatorialidade, porquanto se tratava apenas de uma *possibilidade* conferida ao juiz de sumarizar o procedimento.³⁴⁹

O julgamento liminar pela improcedência, conforme previsão constante do CPC/1973, precisava dos seguintes permissivos: (i) matéria unicamente de direito; (ii) existência de pelo menos duas sentenças no mesmo sentido, pelo órgão prolator.³⁵⁰ Além disso, a doutrina, contemplando a possibilidade de incongruências, passou a defender mais um requisito: (iii) conformidade da decisão à orientação dos tribunais superiores.³⁵¹ Presentes seus pressupostos, o juízo poderia deixar de citar o réu e decidir em conformidade aos seus precedentes.

A redação do dispositivo não era das melhores. O primeiro requisito não faz sentido do ponto de vista da técnica processual: não é possível falar em “matéria controvertida” antes da resposta do réu, na qual efetivamente será estabelecido o

349. Entende-se que o dispositivo estabelecia uma faculdade. Em sentido contrário, defendendo-se tratar de uma obrigação, quando presentes os seus pressupostos, diante dos princípios da economia e da duração razoável: CAVALLANTI, Francisco Queiroz de Bezerra. “Considerações acerca da improcedência liminar nas ações repetitivas: um estudo sobre a compatibilidade do art. 285-A do Código de Processo Civil com o sistema processual vigente”. CAVALLANTI, Bruno; ELALI, André; VAREJÃO, José Ricardo (coord.). *Novos temas de processo civil*. São Paulo: MP, 2006, p. 163. MELO, Gustavo de Medeiros. *O julgamento liminar de improcedência. Uma leitura sistematizada da Lei 11.277/2006*, cit., p. 115-116. No sentido do texto: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, volume 2, cit., p. 79-80. ARAÚJO, José Henrique Mouta. “Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/06. Observações críticas”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 37, p. 76.

350. Destacando a diferença entre identidade de causas e a clássica identidade de ações – na verdade, colocando o dispositivo da improcedência *prima facie* como um novo critério: NUNES, Dierle. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006): duplo grau de jurisdição e o direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – aspectos normativos e pragmáticos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 137, p. 184.

351. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 518. MELO, Gustavo de Medeiros. “O julgamento liminar de improcedência. Uma leitura sistematizada da Lei 11.277/2006”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, ano 33, vol. 165, p. 114-115. Há quem vá mais além e exija mais do que conformidade à orientação dos Tribunais Superiores, defendendo como necessário que o entendimento adotado esteja consagrado em súmula ou jurisprudência consolidada: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, volume 2, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54-59. Contrariamente à exigência, sem razão: ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/06. Observações críticas*, cit., p. 75.

que é *controverso* na demanda. Além disso, não é correto falar em matéria exclusiva de direito, pois nos processos os *atos jurídicos e suas eficácias* é que são analisados, pelo que é impossível conceber demandas pautadas exclusivamente em normas jurídicas, sem tratar de sua incidência em fatos concretos que deflagrem uma situação jurídica.³⁵²

O segundo requisito é, sem dúvidas, o mais inusitado na legislação processual revogada, fazendo referências a precedentes anteriores do próprio órgão julgador – o que, tratando-se de juiz de primeira instância, criava a situação esdrúxula de, no caso de o juiz firmar posicionamento contrariamente ao do tribunal superior, poder-se, em tese e diante de uma interpretação meramente literal, aplicar o referido artigo ainda que o pleito autoral fosse sustentado por precedente de recurso especial repetitivo do STJ. Igualmente bizarro, alguns órgãos judiciais e processualistas passaram a entender que a decisão anterior referida no art. 285-A do CPC/1973 deveria ser do próprio *juiz*, e não do *órgão julgador*, o que significava uma confusão inadmissível entre o âmbito privado – o entendimento do sujeito que exerce a função pública – e o público.³⁵³ Com efeito, mesmo sob a égide do CPC revogado, não importava se o juiz havia proferido decisão de improcedência sobre os mesmos fatos jurídicos, devendo o parâmetro ser a atividade do órgão jurisdicional.³⁵⁴

O terceiro requisito foi jurisprudencialmente construído, com base em proposta doutrinária, justamente para minimizar a mazela ocasionada pela literalidade do dispositivo. Muito embora possa-se afirmar que este entendimento prevaleceu na interpretação do Código revogado, houve alguma vacilação jurisprudencial em sua definição: havia linha no sentido de que, para a aplicação do 285-A do CPC/1973, seria necessária a dupla conformidade, entendida como a conformidade dos precedentes do juízo sentenciante aos precedentes do tribunal superior e também aos do tribunal intermediário, como também havia o posicionamento de que bastava a conformidade ao precedente do tribunal superior.³⁵⁵

352. Assim: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, volume 2, cit., p. 75. DIAS, Jean Carlos. “A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei 11.277”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 37, p. 63. É evidente, por outro lado, que as questões, que são os argumentos das partes que são controvertidos, podem ser fáticas ou jurídicas, isto é, a controvérsia no processo pode girar em torno tanto de argumentos fáticos – a autoria, a forma como se deu, ou o tempo em que ocorreu determinado evento, ou, ainda, uma qualidade atribuída a determinada pessoa ou coisa – ou de argumentos jurídicos – a qualificação jurídica de determinados fatos, a eficácia de determinado fato jurídico etc. –, o que permite a divisão de questões, mas nunca de matéria.

353. Para uma análise da confusão na cultura brasileira entre público e privado, cf. SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a praça*. Porto Alegre: SAFE, 1986, *passim*.

354. Nesse sentido: DIAS, Jean Carlos. *A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei 11.277*, cit., p. 67. Contrariamente, com base na ideia de que “o juiz deve sentenciar de acordo com a sua consciência”: KOEHLER, Frederico. “Breve análise sobre alguns aspectos polêmicos da sentença liminar de improcedência (artigo 285-A do CPC)”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 41, p. 72. DONOSO, Denis. “Matéria controvertida unicamente de direito, casos idênticos, dispensa de citação e seus efeitos – primeiras impressões sobre a Lei 11.277/06”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 38, p. 45.

355. Os precedentes mais recentes do Superior Tribunal de Justiça eram no sentido da exigência da dupla conformidade: “É necessário, para que o objetivo visado pelo legislador seja alcançado, que o entendimento do Juiz de 1º grau esteja em consonância com o entendimento do Tribunal local e dos Tribunais Superiores (dupla conformidade)” (Brasil – STJ – Recurso Especial n.º 1.225.227/MS, Terceira Turma, Ministra Relatora Nancy Andrigli, julgado em 28/05/2013, DJe 12/06/2013). Nesse mesmo sentido: Brasil – STJ – Recurso Especial n.º 1279570/MG, Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Camp-

8.14.3. A improcedência liminar do pedido no CPC/2015

8.14.3.1. Hipóteses de aplicação e ampliação do rol

A regulação implementada pela nova sistemática processual veio muito mais técnica e muito melhor concatenada com a noção de precedentes obrigatórios e de sua aplicação eficiente. Na verdade, fica claro que as modificações tiveram influência direta das críticas doutrinárias que foram feitas ao art. 285-A do CPC/1973.³⁵⁶

São cinco as hipóteses previstas que autorizam o julgamento liminar pela improcedência, que pode ser realizado quando houver: (i) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; (ii) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de

bell Marques, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011. Contrariamente, apontando a necessidade de conformidade da decisão do 285-A com os tribunais superiores, nomeadamente com o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, conferir: Brasil – STJ – Recurso Especial n.º 1.093.98/MS, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 16/06/2011, DJe 01/08/2011. Tivemos a oportunidade de criticar este posicionamento, tendo em vista a falta de coerência do posicionamento com a premissa assumida (obrigatoriedade ou não dos precedentes), aduzimos: “Não faz sentido, com o devido respeito, defender a dupla conformidade.

Ora, se cabe ao tribunal superior definir a norma legal ou construir a norma jurisprudencial aplicável, o precedente do tribunal intermediário nada mais é do que um desrespeito às normas jurídicas aplicáveis. Por isso mesmo, se o tribunal intermediário possui precedentes em sentido contrário aos precedentes do Tribunal Superior, o que é devido é a correção das decisões daquele, e não o impedimento ao juiz de primeiro grau de conformar suas decisões à *ratio decidendi* vigente e eficaz.

Impõe-se perceber que a proposição acima pressupõe a *obligatoriedade dos precedentes*. Com efeito, não faz sentido exigir que o magistrado julgue em conformidade com os tribunais intermediários, ou mesmo com os Tribunais Superiores ou com o Supremo Tribunal Federal, se, ao final, é permitido que ele dissida da orientação desses tribunais. Ora, se o precedente não é obrigatório, não faz qualquer sentido, à luz da economia processual e da duração razoável do processo, exigir que o autor aguarde todo o procedimento para receber uma decisão pela improcedência, que poderia ter sido proferida liminarmente.

Realmente, exigir que o juiz aplique o 285-A do CPC tão-somente quando o Tribunal Superior ou o Supremo Tribunal Federal possua precedente que fundamente a sua decisão só é razoável se ele não puder decidir em contrário ao precedente depois de cumprido todo o procedimento comum ordinário. Caso contrário, cria-se uma exigência ilógica e em desconformidade com os direitos fundamentais processuais ligados ao tempo do processo, já que instaurar o procedimento seria apenas uma formalidade sem qualquer valor subjacente.

É dizer: proíbe-se o juiz de sentenciar liminarmente pela improcedência, mesmo quando possua posicionamento já firmado sobre a matéria e os fatos já tenham sido documentalmente provados, quando houver orientação contrária de tribunal hierarquicamente superior, mas lhe é permitido, após cumprido o procedimento *in totum*, proferir decisão na contramão do precedente que lhe impediu de aplicar o art. 285-A do CPC. É muito mais produtivo, ao se admitir o precedente como não obrigatório, permitir-lhe sentenciar conforme seu entendimento, independentemente do que dizem os Tribunais Superiores ou o STF, e abrir ao autor as vias recursais, onde terá alguma chance de conseguir um provimento que lhe seja favorável.

Por tanto, a exigência de conformidade aos Tribunais Superiores e ao STF só tem razão de ser ao se entender o precedente como obrigatório, caso contrário, é melhor, à luz da economia processual e da duração razoável do processo, permitir a decisão liminar pela improcedência e abrir as vias recursais” (MACEDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 515-516). Defendendo a construção jurisprudencial: DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos*. São Paulo: RT, 2015, p. 63-64.

356. Assim: ROCHA, Márcio Oliveira. “O contraditório efetivo do autor versus a improcedência liminar do pedido (art. 332, § 1º, do CPC/2015)”. In: Lucas Buri de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire. *Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada, v. 2: Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. “A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2016, v. 252, p. 152.

demandas repetitivas ou de assunção de competência; (iv) enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local; (v) a ocorrência de decadência ou de prescrição.

A última hipótese, prevista no § 1º do art. 332 do CPC/2015, embora de extrema importância prática, não tem relação com o sistema de precedentes, pelo que não se afigura uma efetiva novidade. Na verdade, quanto ao tema, o CPC/2015, comparativamente com a regulação do CPC/1973, foi mais técnico, retirando a prescrição e a decadência do rol de causas para indeferimento da inicial, e colocando-as como causa para a improcedência liminar, com evidente acerto.

As reais inovações estão nas causas de improcedência *prima facie* ligadas aos precedentes obrigatórios.

Como se vê, o dispositivo deu um enfoque bastante nítido aos enunciados sumulares, o que, todavia, não afasta a impositividade de que tais enunciados devam ser secundários em comparação aos precedentes que autorizaram a sua criação (art. 926, § 2º). Seja como for, o dispositivo prevê, igualmente, a aplicação do julgamento liminar pela improcedência nas hipóteses de recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Mais intrigante do que o que está no dispositivo, é o que deixou de constar nele. Isto porque, comparando as hipóteses do art. 332 com o art. 927, vê-se que algumas das figuras do rol de precedentes obrigatórios não constam, em tese, como autorizadoras da improcedência *prima facie*. Então, inevitável a pergunta: o rol das hipóteses de julgamento liminar é exaustivo? Se não, ele deve ser interpretado extensivamente, conforme o art. 927?

Na verdade, o rol é exemplificativo e é impositiva a interpretação sistemática extensiva, integrando ao dispositivo o julgamento liminar pela improcedência nos casos em que houver decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I) e, também e especialmente, quando houver precedente relevante do STF em matéria constitucional, decidido pelo pleno, e do STJ em matéria infraconstitucional federal, decidido pela Corte Especial ou pelas Seções Especializadas (art. 927, V).³⁵⁷

A solução não poderia ser outra.

Nenhuma regra processual deve ser lida como se fosse, por si só, suficiente ou a despeito de todo o sistema processual. É papel da doutrina propor soluções siste-

357. Vê-se, também, proposta no sentido de que a hipótese de decisão de improcedência do mesmo juízo, do art. 285-A do Código revogado, deve remanescer, embora em crítica de *lege ferenda*. Confira-se: “Destarte, entendemos que seria suficiente que o NCPJ vedasse o julgamento liminar de improcedência em contrariedade aos precedentes elencados no art. 332, não sendo proibido, no entanto, que o magistrado proferisse sentença liminar de improcedência sem que já existissem tais precedentes. Em outras palavras: em nossa opinião, o magistrado deveria poder julgar liminarmente improcedente o pedido, desde que não atentasse contra os precedentes referidos no art. 332. Tal interpretação seria suficientemente equilibrada para, a um só tempo, proteger a integridade da jurisprudência e resguardar a resolução dos processos em tempo razoável. Não vemos sentido em aguardar todo o trâmite processual se o magistrado já tem posição firmada em caso que não necessite de dilação probatória se, ao final, mesmo sem a presença de nenhum dos precedentes indicados nos incisos do art. 332, poderá proferir sentença de improcedência” (KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. “As novidades do NCPJ com relação à improcedência liminar do pedido (art. 285-A do CPC/73, atual art. 332 do NCPJ)”. In: Lucas Buri de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire (org.). *Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada, v. 2: Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 100).

máticas e integrativas. Neste ponto, as normas fundamentais, dentre as quais está o princípio do *stare decisis*, devem nortear a concretização das regras processuais.

No direito processual brasileiro vigora a duração razoável do processo, bem como há norma imputando obrigatoriedade aos precedentes oriundos do controle concentrado de constitucionalidade e do pleno do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e da Corte Especial e Seções Especializadas, na matéria que lhes for pertinente, do Superior Tribunal de Justiça. Assim sendo, qual seria o sentido de submeter o autor ao procedimento completo, quando o juiz, por estar obrigado a seguir o precedente, decidirá inevitavelmente pela improcedência? Há de se convir, não haveria sentido algum.

Realmente, se perante o juiz de primeiro grau não há viabilidade de se alcançar outro resultado senão a improcedência, quanto antes a sentença for prolatada, melhor. Não faz sentido submeter o autor a todo o procedimento, quando todos os atos processuais perpetrados levarão, após muito esforço, ao fatal resultado que teria *ab initio*, exceto que com muito mais custos. Com a improcedência liminar do pedido, preserva-se a duração razoável do processo, a efetividade e a economia processual. E, assim, abre-se a oportunidade para o demandante, caso acredite em sua tese, prosseguir com o processo em direção ao tribunal competente para a superação, onde poderá efetivamente conseguir um resultado útil.³⁵⁸

8.14.3.2. Requisitos para a aplicação do julgamento liminar pela improcedência

Além da verificação da prescrição ou decadência ou de precedente obrigatório em sentido contrário à pretensão do autor, é necessário que o processo não comporte a produção probatória. Realmente, é preciso destacar que a improcedência *prima facie* apenas deve ser aplicada quando não for pertinente ou não couber a produção de mais provas.³⁵⁹

358. Fredie Didier Jr., partindo do pressuposto de que as condições da ação foram excluídas do CPC/2015, deixando de existir como categoria processual no novo sistema processual, afirma que as antigas causas de extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, agora, devem ser solucionadas com a aplicação da improcedência liminar (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 605). A ideia é consistente com a premissa de que não há mais carência de ação, sem dúvidas (o jurista baiano defendeu detidamente a ideia no seguinte texto: DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria 'condição da ação'? Um elogio ao projeto de novo CPC brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2011, v. 197, p. 255-260). No entanto, a extinção das condições da ação é objeto de bastante controvérsia, havendo quem sustente que a única coisa que o CPC fez foi atualizar a concepção de Liebman, que, a partir da terceira edição de seu conhecido *Manuale*, retirou a impossibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, colocando os casos em que antes era utilizada como abarcados pelo interesse de agir. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria 'condição da ação'? Uma resposta a Fredie Didier Júnior. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2011, v. 197, p. 261-269). Embora a solução de Fredie Didier Jr. seja melhor, do ponto de vista histórico e institucional, a de Alexandre Câmara é mais adequada e, além disso, é muito provavelmente a que irá prevalecer na jurisprudência.

359. É natural – e um tanto óbvio – que, para que o art. 332 do CPC seja aplicado apenas, é necessário que a petição inicial seja admissível. Nesse sentido é a preocupação encontrada em: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. “A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2016, v. 252, p. 154. Todavia, pensamos que a matéria não pode ser vista em termos absolutamente rígidos. A depender da gravidade do vício da inicial, pode o juiz, sim, julgar o mérito diretamente. Imaginemos, por exemplo, o caso em que há falta de documento essencial para a proposição da demanda (art. 320), mas, ainda que o documento viesse a ser juntado após decisão determinando a

O natural é que as alegações fáticas sejam consideradas pelo juiz como provadas, em exercício hipotético, e, ainda assim, o resultado deva ser a improcedência, para que se aplique a improcedência liminar de modo mais adequado. Nesses casos, haja efetiva prova ou não das alegações fáticas do autor, pouco importa; ainda que todos os fatos afirmados sejam verdadeiros, a sorte da demanda deve ser a improcedência. O relevante é a identidade das questões jurídicas solucionadas.³⁶⁰

Esta aplicação estende-se também aos casos em que o autor, já na inicial, trata dialeticamente do precedente pretendendo demonstrar uma distinção, no entanto, mesmo que provados os fatos invocados como distintivos, a solução jurídica a ser outorgada à questão principal deve ser a mesma. Ou seja, quando o autor pretender uma *distinção inconsistente*, ainda que requeira a produção probatória, esta será impertinente, pois há incidência da *ratio decidendi* ainda que a afirmação fática seja provada.

Portanto, o art. 332 do CPC é aplicável quando houver ineficácia da própria argumentação fática para, ainda que considerada verdadeira, afastar a norma do precedente. Neste mesmo sentido, o fato de o sujeito interessado invocar uma tese *possivelmente capaz de levar à superação do precedente é pouco relevante: o órgão julgador não tem competência para superar o precedente, pelo que deve julgar imediatamente o mérito pela improcedência, possibilitando à parte que chegue mais rapidamente ao órgão julgante capaz de avaliar a procedência da tese da superação*.

8.14.3.3. Limites do contraditório no art. 332 do CPC

O texto do CPC/2015 fala expressamente de improcedência liminar, isto é, lança a ideia de que a decisão de improcedência será o primeiro ato proferido no processo, vindo logo após sua instauração, o que exclui a intimação do autor para que se manifeste antes de receber a decisão de improcedência. Isso não é problemático quando o autor, em sua petição inicial, já abordou o fundamento da decisão judicial, mas se revela uma questão fundamental quando o fato que dá suporte à improcedência *prima facie* – seja a prescrição, a decadência ou um precedente obrigatório – não foi objeto de consideração pelo pleiteante.

emenda, a solução seria a improcedência da demanda, por existir precedente regulando a matéria em sentido contrário à tese sustentada pelo autor. Ora, nesse caso, deve-se aplicar o princípio da primazia do mérito, com especial destaque para sua concretização na regra do art. 282, § 2º, do CPC, que determina “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aprofitei a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”. Assim sendo, não parece que a sistemática processual force o juiz a decidir pela inadmissibilidade da inicial em vez de julgar o mérito, da mesma forma que não optou pela preponderância da admissibilidade sobre o mérito. A solução deve ser adequada ao caso que se apresenta; isto é, a efetiva possibilidade de proferir um julgamento de mérito adequado independentemente da existência de vício na petição inicial; é claro, no entanto, que sendo o vício efetivamente capaz de impedir a análise do mérito, como nos casos de inépcia, é fundamental que, antes de qualquer coisa, seja dada a oportunidade para emenda (art. 321).

360. “Neste sentido, o art. 285-A pretende que seja aplicada a mesma questão jurídica a mesma resposta jurisdicional, providência que, analisada deste ponto de vista, só pode merecer os melhores aplausos porque assegura, reconhecida a identidade de situações, uma correta incidência do princípio da isonomia que, ocioso até dizer, move também a atuação do Estado-juiz, é parte integrante do modelo constitucional do processo civil” (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, volume 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53).

Dáí, impende questionar: é possível o juiz decidir com base em precedente que não foi tratado pelo autor em sua petição inicial?

Parece que, embora tal decisão seja normalmente contrária ao contraditório-participação, no devido processo próprio das demandas repetitivas é, sim, permitido que o juiz decida sem antes intimar o autor para se manifestar sobre o precedente que lhe serve de fundamento. Isso porque o autor precisa tratar com cuidado dos fatos substanciais e analisar com precisão os precedentes sobre a matéria. Ou seja, é ônus do autor abordar as questões jurídicas relevantes pertinentes à temática de sua demanda, incluindo-se aí, por óbvio, os precedentes obrigatórios que eventualmente tangenciem ou tratem diretamente da questão suscitada. Deixar de abordar material relevante para a solução da questão, seja por uma posição estratégica ou seja por pura desídia ou negligência do profissional, não deve atrasar a solução da demanda – caso contrário, ter-se-ia um estímulo do sistema processual à desconsideração, no ato postulatório, dos precedentes obrigatórios, confiando o demandante na possibilidade de o julgador deixar de aplicar o precedente (portanto, na disformidade jurisprudencial) somada à possibilidade de, em seguida, perante o mesmo juiz, sustentar eventuais razões que possua para a não aplicação do precedente.

Isso não é tudo. A regra do art. 332 do CPC integra o microsistema processual de causas repetitivas, formando um verdadeiro procedimento especializado para solução de causas repetitivas sedimentadas. Este procedimento deve ser rápido e efetivo, evitando-se a assunção de custos desnecessários, sejam eles temporais, jurídicos ou de trabalho. Isso porque a sistemática para solução de demandas repetitivas já consolidadas deve servir a um propósito muito relevante: desestimular os jurisdicionados a levar novamente ao Estado-juiz teses contra as quais haja um precedente obrigatório estabilizado, evitando o reingressar acríptico de teses já enfrentadas.

Ora, se a finalidade dos arts. 9º e 10 é proibir as decisões-surpresa, o objetivo do sistema, neste ponto, é que não deve ser considerada surpreendente uma decisão que se limita a aplicar o entendimento sedimentado no Judiciário por meio de precedente reconhecidamente obrigatório e devidamente publicado – portanto, posto a conhecimento das partes e, especialmente, dos seus respectivos advogados. Nessa esteira, o art. 332 do CPC exige seriedade daqueles que se põem frente ao Judiciário, devendo diligenciar adequadamente para a compreensão da matéria, evitando-se a instauração desnecessária e abusiva de processos.

Além disso, o cabimento de apelação com possibilidade de retratação serve como forma de persuadir o juiz acerca de alguma diferença importante ou da utilização de novos argumentos. A atribuição do juízo de retratação nesta hipótese de interposição de apelação tem a específica justificativa de possibilitar, no procedimento especializado para causas repetitivas, uma dialeticidade maior entre o autor e o julgador.³⁶¹ Fosse o contraditório, neste caso, tão forte como é nas demandas individualizadas, o juízo de retratação seria um desperdício sem sentido.

Com efeito, o ônus argumentativo torna-se mais rígido para as partes nas demandas repetitivas, fazendo com que o sujeito que pretenda litigar sobre matéria já sedimentada por precedente obrigatório precise ter maior atenção, ou se submeter ao ônus de não ter avaliado cuidadosamente a causa, isto é, ter como única chance de influenciar o juiz sobre a interpretação ou aplicação do precedente a interposição da apelação com efeito regressivo. É, portanto, desnecessário que o juiz intime previamente o autor que não tratou do precedente obrigatório em sua petição inicial, podendo, de logo, proferir o julgamento de improcedência. Não é à toa que se nomeou o instituto de improcedência *liminar*. Por outro lado, a severidade da regra encontra compensação no juízo de retratação instaurado pelo apelo. Não há, quanto ao precedente, de modo rigoroso e nos casos em que o autor descuro do precedente obrigatório, contraditório prévio, porém o sistema é equilibrado com o efeito regressivo específico outorgado à apelação.³⁶²

Não se duvida – muito ao contrário, as ideias aqui sustentadas partem desta premissa –, enfim, da importância do contraditório, sendo tal princípio o fator legitimador do próprio exercício da jurisdição. Por outro lado, a questão que se impõe é a medida do contraditório, isto é, a quem se atribuirá o ônus ou dever de iniciar o debate acerca de certos argumentos – partes ou juiz. O processo civil brasileiro chega a um paradigma cooperativo, em um grande avanço, mas o peso da colaboração não pode cair, sempre, sobre os ombros do Estado-juiz: é necessário que se cobre seriedade também das partes. Isso não é prescindir do contraditório, mas fortalecê-lo, na perspectiva da preparação das demandas e em situações específicas. Caso contrário, caímos no fetiche pela ordinização dos processos, com apoio em um contraditório prévio acrítico e autoritário, dando pouco ou nenhum espaço para balizas procedimentais que permitam a adaptação do processo às peculiaridades dos casos, tornando-os pouco pragmáticos e, do ponto de vista macro, excessivamente custosos.³⁶³ O autor, nas demandas repetitivas, precisa ter atenção com os precedentes obrigatórios.

Nesse ponto, vale lembrar o importante alerta dado por Ovídio A. Baptista da Silva, que, ao analisar a plenitude da defesa, preocupou-se em demonstrar que

362. A interpretação dada à regra é minoritária. Em sentido contrário: THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 363. ROCHA, Márcio Oliveira. “O contraditório efetivo do autor versus a improcedência liminar do pedido (art. 332, § 1º do CPC/2015)”. In: Lucas Burlit de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire. *Coletânea novo CPC – Doutrina selecionada*, v. 2: *Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 132. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. “A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2016, v. 252, p. 158. ABBUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef Almeida. Comentários ao art. 332. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 859-860. No sentido do texto: DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 594. THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 762-763.

363. Embora tratando de outra questão, são muito adequadas as seguintes palavras: “La proporcionalidad va de la mano de la de la flexibilidad y de abandonar la visión de la primacia y rigidez absoluta y utópica del procedimiento ordinario. Existen otras vías más adecuadas como técnica procesal para la tutela de un determinado derecho” (PÉREZ-RAGONE, Alvaro. La revalorización de la audiencia preliminar o preparatoria: una mirada desde la justicia distributiva en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2016, v. 252, p. 419).

361. Semelhantemente, sobre o juízo de retratação: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, volume 2, cit., p. 72.

o comprometimento com este valor requer o enfraquecimento de outros – muitas vezes retoricamente invocados, mesmo que em contradição. Assim, o sistema processual acaba tendendo à *ordinariedade*, causando repúdio ou estranhamento de regras excepcionais, próprias das demandas sumárias, como as que permitem os juízos de verossimilhança e excluem possibilidades recursais.³⁶⁴ Após destacar que sua pretensão não era a de negar o procedimento ordinário – ou comum, para usar a terminologia do CPC/2015 –, Ovídio faz notar uma relevante questão, totalmente aplicável à preocupação desta pesquisa:

O instrumento, qualquer que ele seja, somente poderá ser avaliado enquanto tal, na medida em que harmonize com a finalidade e os objetivos a que o mesmo se destine. Nenhum instrumento é, em si mesmo, mau; e nem, ao contrário, poderá ser intrinsecamente bom, independentemente de sua maior ou menor aderência à finalidade para a qual fora concebido e criado.

Contudo – e nisto reside a suprema sabedoria da coerência consigo mesmo – os que preferirem as excelências da *ordinariedade* haverão de aceitar, com o procedimento ordinário, tanto suas virtudes quanto seus defeitos. E não poderão lamentar-se da morosidade natural de nossos instrumentos jurisdicionais.

Não fica bem aos homens de ciência e aos legisladores – sem darem-se conta da intrínseca contradição que tais proposições encerram – entoarem hinos de louvor à *ordinariedade* e malizerem-se da morosidade da Justiça; que enalteçam o procedimento ordinário, e, ao mesmo tempo, procurem “remendar” nosso Código, ferindo e maltratando, às vezes, princípios constitucionais básicos que deveriam manter-se intangíveis, em busca de uma efetividade processual jamais alcançada.³⁶⁵

A precisa crítica de Ovídio Baptista, realizada com os olhos voltados para o Código revogado, é plenamente aplicável ao objeto da discussão, infelizmente. Na situação da improcedência liminar, o legislador trouxe-nos uma técnica que, conquanto embutida no procedimento comum, permite maior adaptabilidade, em consonância com características institucionais relevantes da causa, a permitir sua solução mais célere e ajustada. Tentar disformar o instrumento fornecido, de modo a conformá-lo à *ordinariedade* e aos padrões do que é indiferente, é como pôr um calçado demasiadamente pequeno para os pés, apenas pelo costume de usá-lo: certamente acabará maltratando o utente e sairá, ele mesmo, desgastado. Não há sentido em exigir o padrão, quando se tem um elemento distintivo relevante para a procedimentalização diferenciada do direito. Não há razão para intimar o autor, como se a *improcedência liminar* não fosse uma técnica para decidir imediatamente demandas repetitivas estabilizadas.

Esta é a regra. Todavia, há exceção.

364. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 98-99.

365. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 102.

O limite do contraditório, no sentido esclarecido acima, leva muito em conta a ideia de que as partes e seus advogados devem, nas matérias de seu interesse, conhecer o direito, notadamente aquele sedimentado nas Cortes responsáveis pela prolação de precedentes vinculantes.

Dessa forma, é natural que, nos casos em que a propositura da ação é anterior à publicação do precedente obrigatório, a mesma *ratio* não se aplique. Isto é, caso a parte proponha a demanda e, entre o interim do protocolo da petição inicial e a análise do juiz, seja publicado o precedente obrigatório, é fundamental que o magistrado, antes de proferir decisão liminar pela improcedência, intime o autor para que se manifeste sobre o precedente obrigatório – caso em que, inclusive, poderá desistir da ação.

Realmente, como o sujeito interessado não poderia ter, mesmo que agindo diligentemente, se desincumbido do ônus de analisar o precedente em sua postulação, seria uma violação ao contraditório não lhe conceder esta oportunidade. Perceba: quando o precedente já estava publicado no momento de demandar, é um ônus do autor tomá-lo em consideração, reputando-se a petição inicial a chance oportuna para tanto; ou seja, este ato configura a oportunidade de manifestação efetiva, satisfazendo o contraditório. Por outro lado, quando o precedente é superveniente à demanda, é indispensável que, antes de ser proferido o julgamento, seja dada a oportunidade de argumentar acerca do precedente – notável que esta será, então, a *primeira* oportunidade.

Assim sendo, excetua a regra da suficiência do contraditório no julgamento efetivamente liminar da improcedência a hipótese em que o precedente que dá sustentento ao julgamento é superveniente à demanda, sendo o critério temporal aferido através da data de publicação do precedente. Enfim, a regra é que o órgão judicial não precisa intimar a parte autora para manifestar-se sobre o precedente obrigatório, apenas necessitando fazê-lo quando o precedente for posterior à demanda.

Passando a outro assunto, havia uma antiga cantilena, sem fundamento algum, no sentido de o julgamento liminar pela improcedência contrariar o contraditório, pois o réu não ficaria sabendo da ação, caso o autor não apelasse, e houvesse o trânsito em julgado. A alegação era absurda, diante do fato de que não saber de uma certificação de posição de vantagem – se é que isso efetivamente ocorreria³⁶⁶ – em lugar algum do mundo prejudica o contraditório, que, como cediço, serve à proteção das esferas jurídicas contra *prejuízos* sem a participação na formação do ato de poder.³⁶⁷ De toda forma, o CPC deixou claro que, não interposta a apelação, o

366. Por exemplo, no sistema revogado, já defendendo a intimação do réu do trânsito em julgado da decisão em seu favor: DANTAS, Ivo. *Novo processo constitucional brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 297-299.

367. Encarando, sem razão, a ausência de citação como algo que pode se revelar problemático: ROCHA, Márcio Oliveira. “O contraditório efetivo do autor versus a improcedência liminar do pedido (art. 332, § 1º, do CPC/2015)” In: Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire. *Coleção novo CPC – Doutrina selecionada*, v. 2: *Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 132-134. O autor aponta a interrupção da prescrição e a ausência de participação do réu como aspectos problemáticos, todavia ele mesmo acaba respondendo à primeira questão, que é justamente a retroação dos efeitos da citação ao momento da propositura da demanda, e a segunda crítica parece-nos pragmaticamente insustentável: o réu conseguiu a decisão em seu favor, não sendo crível que haja preocupação com

réu será intimado do trânsito em julgado da sentença (art. 332, § 2º). O dispositivo, assim, facilita a ciência do réu, que, em eventual repetição da ação, poderá levantar a objeção de coisa julgada.

8.14.3.4. Características da decisão e da sua recorribilidade

A decisão pela improcedência liminar tem eficácia preponderantemente declaratória, como qualquer outra decisão de improcedência, e deve ser fundamentada na forma do art. 489, § 1º, especialmente nos incisos V e VI, nos casos em que aplica precedente obrigatório.³⁶⁸ Esta decisão não se submete à ordem preferencial de julgamento (art. 12, § 1º, I, do CPC), permitindo a efetiva aceleração do procedimento.

A decisão será, em regra, uma sentença. Eventualmente poderá ser uma decisão interlocutória, quando se tratar de cumulação de pedidos em que há precedente obrigatório sedimentado acerca de um deles e nada quanto ao outro. Neste caso, não se deve obstar o uso do art. 332 do CPC quanto à matéria que já se encontra pronta para julgamento. Na realidade, impedir o julgamento *prima facie* seria contrariar a duração razoável do processo e a efetividade, fazendo com que uma questão pronta para julgamento tivesse de esperar a maturidade de outra para ser decidida. Então, caso haja a cumulação de pedidos de indenização por dano material emergente e lucros cessantes, havendo precedente que aponte a inexistência, por exemplo, de dano material emergente, o juiz poderá liminarmente julgar este pedido improcedente, prosseguindo o processo normalmente quanto aos lucros cessantes.³⁶⁹

O recurso previsto no dispositivo, no entanto, é a apelação, partindo do pressuposto que o julgamento liminar resolverá *todo* o mérito. Sendo, no entanto, a decisão parcial, caberá o agravo de instrumento, com base no art. 1.015, II, do CPC.

Interposta a apelação, cabe o juízo de retratação pelo magistrado, e, não havendo a retratação – caso em que o juiz prosseguirá com o processamento –, deve *citar* o réu para oferecer contrarrazões, no prazo de quinze dias (art. 332, §§ 3º e 4º). Importante notar que se trata, propriamente, de *citação*, já que é ato que angulariza a relação processual, trazendo o réu para integrá-la.

Seja como for, o recurso deve ser manejado a partir das técnicas de aplicação de precedentes, isto é, realizando uma *distinção* entre o caso paradigmático invocado e o caso sob julgamento, ou, ainda, levantando tese para *superação*, caso em que esta

outro fundamento que pudesse vir a ser acatado, além de que, havendo eventual interesse superveniente, pode muito bem o réu usar o argumento porventura não utilizado. Do contrário, como buscamos esclarecer, tem-se uma rigidez indesejável do processo que, fixada de tal modo que não pode ser ultrapassada, acabaria levando qualquer procedimento, independentemente das características específicas que ele ou o direito material apresente, será sempre inflexível, fadado a ser processado pelo rito comum. Em um sistema que deseja a duração razoável, esse entendimento não pode ser tido como correto.

368. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)*. São Paulo: RT, 2015, p. 130.

369. Admitindo o julgamento liminar pela improcedência de modo parcial: DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. ABBODUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef Almeida. Comentários ao art. 332. In: Teresa Arruda Alvim Wambler; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 857.

somente poderá ser feita pela Corte prolatora do precedente ou de maior hierarquia. De fato, é importante perceber: a apelação prevista no § 3º do art. 332 do CPC serve especialmente para que o autor possa suscitar uma distinção, destacando um fato substancial que faça essencial o tratamento diferenciado de sua causa. Igualmente, é possível que o autor invoque algum equívoco na interpretação dada pelo juiz ou, ainda, que traga razões para a superação do precedente judicial que fundamentou a decisão.

Inclusive, a devolução da matéria para análise pelo juiz que proferiu a sentença na apelação, permitindo-lhe o juízo de retratação, só se justifica a partir da noção de que o recurso serve ao uso de um argumento dialético perante o precedente obrigatório que fundamentou a improcedência *prima facie*, estabelecendo uma distinção ou suscitando um novo argumento que possa levar à superação do precedente firmado. Neste passo, há ferimento à probidade processual, que não deve ser tolerado, caso a parte se limite a reiterar seus argumentos, sem invocar razões efetivas para a distinção ou superação do precedente.

Os limites objetivos do recurso referem-se à aplicação do art. 332 do CPC. Isto é, há um corte cognitivo que se limita à existência ou não de suporte para a improcedência *prima facie*. Desta forma, caso o recurso seja julgado procedente, o “órgão *ad quem* reformará a sentença liminar, porque inexistentes os pressupostos legais da respectiva emissão, e ordenará a baixa dos autos à origem, prosseguindo o processo com a intimação do réu para comparecer à audiência do art. 334 e apresentar contestação no prazo do art. 335 do CPC”.³⁷⁰ Destaque-se que, na contestação e na continuidade do processamento em geral, o réu poderá trazer quaisquer argumentos, inclusive novos argumentos para a aplicação do precedente ao caso em exame.

8.15. JULGAMENTO ANTECIPADO DO PEDIDO E JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

Assim como o julgamento liminar pela improcedência, o julgamento conforme o estado do processo serve à sumarização procedimental. Com a utilização desta técnica processual, dispensa-se a instrução do processo, levando-o diretamente à fase decisória. Isso pode ocorrer porque não é possível adentrar no mérito, devendo ser proferida decisão de inadmissibilidade, parcial ou total (art. 354), porque o mérito está pronto para ser decidido (art. 355) ou, ainda, porque parte do mérito pode ser decidida, não devendo aguardar a instrução da outra parcela quando já há possibilidade de resolução definitiva da questão (art. 356).³⁷¹

370. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)*. São Paulo: RT, 2015, p. 131.

371. Note-se que se trata, efetivamente, de uma decisão de mérito, fundada em cognição exauriente e capaz de produzir coisa julgada, bem como de ser objeto de execução definitiva. No CPC/1973 chegou a existir polêmica sobre tal possibilidade, com base no art. 273, § 6º, que se questionava tratar de decisão definitiva ou de mera antecipação da tutela; o que acabou sendo decidido pelo STJ no sentido de se tratar tutela antecipada, especialmente com base na topologia do dispositivo. Sobre isso, cf. PEREIRA, Mateus Costa. ALVES, Pedro Spindola Bezerra; OTÁVIO NETO, Deocleciano. Do julgamento antecipado parcial do mérito: primeira abordagem do tema no novo CPC. In: Lucas Burlil de Macêdo; Ravi

Particularmente relevante, são as hipóteses de julgamento antecipado do mérito e de julgamento antecipado parcial do mérito. Nesses casos, a solução do mérito ou de parcela dele é realizada dispensando-se a fase instrutória, quando houver revelia ou nos casos em que não há controvérsia fática. O julgamento antecipado parcial, que é realizado por decisão interlocutória definitiva de mérito, é previsto para os casos em que houver incontrovérsia de um ou alguns dos pedidos, ou quando um ou parte deles estiver em condições de imediato julgamento, não sendo necessária, para a sua decisão, a produção de provas.³⁷²

É necessário perguntar: instituída a sistemática de precedentes, foi omissor o legislador ao não prever qualquer forma de aplicação concatenada do julgamento antecipado do mérito, inclusive o parcial, com os precedentes obrigatórios?

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que a existência de precedente sobre a específica questão jurídica a ser resolvida facilita sobremaneira a solução do caso, enquanto a existência de precedente com razões similares deve apenas nortear a solução das questões do caso. Isso, contudo, não aponta para uma falha no julgamento antecipado do mérito da forma como previsto no CPC/2015.

É que a permissão para julgar antecipadamente o mérito, inclusive de modo parcial, dá-se quando é desnecessária a *instrução*, ou seja, quando inexiste controvérsia fática ou, ainda, quando a controvérsia fática pretende ser disputada exclusivamente mediante prova documental.³⁷³ A adequação processual realizada, no ponto, está direcionada à supressão da fase instrutória, conduzindo o procedimento diretamente para a fase decisória, independentemente da realização de audiência de instrução e dos demais procedimentos probatórios. Ajusta-se o processo às necessidades daquele específico direito ou debate judicial.

O fato de a solução jurídica da causa ser mais fácil ou mais difícil, portanto, é irrelevante. O fato de existir uma *ratio decidendi* a regular a matéria fará com que, comprovado o suporte fático suficiente à sua incidência, a solução por ela preconizada deva ser aplicada. No entanto, é evidente que, para comprovar os fatos necessários para a aplicação da norma jurisprudencial, nem sempre a prova documental é a

Peixoto; Alexandre Freire (org.). *Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada: Procedimento Comum*, v. 2. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 355-366.

372. Sobre o tema, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2002, *passim*. SIQUEIRA, Thiago Ferreira. O julgamento antecipado parcial do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: Lucas Buri de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire (org.). *Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada: Procedimento Comum*, v. 2. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 403-444; CARNEVALI, Orlando Augusto. Resolução parcial e progressiva de mérito – fracionamento em busca da brevidade e efetividade. In: Lucas Buri de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire (org.). *Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada: Procedimento Comum*, v. 2. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 367-402.

373. “Pelo que se vê, assim, podemos dizer que fica incontroverso o pedido, para fins do art. 356, quando seu julgamento não dependa da análise de qualquer questão de fato que ainda dependa de produção de provas” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira). O julgamento antecipado parcial do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: Lucas Buri de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire (org.). *Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada: Procedimento Comum*, v. 2. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 424). No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5ª ed. São Paulo: RT, p. 145. SILVA, Ricardo Alexandre da. Comentários ao art. 355. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 957.

única cabível ou pretendida pelas partes. Isso significa que, mesmo que haja precedente sobre a matéria, é bastante plausível a necessidade de atividade probatória em fase específica, justamente para esclarecer se os fatos da causa são idênticos aos fatos relevantes para a aplicação da *ratio*, ou mesmo para provar a existência de uma circunstância especialmente relevante a exigir um juízo distintivo do julgador.

Enfim, a existência de precedente sobre a matéria não significa a possibilidade de dispensar a instrução da causa, uma vez que precedentes facilitam a tomada de decisão sobre *questões jurídicas*; precedentes nunca impedem ou condicionam a solução de controvérsias fáticas. Dessa forma, os arts. 355 e 356 do CPC acertaram ao não fazerem remissão à existência de precedentes, mas apenas à desnecessidade de fase probatória.

De toda forma, no procedimento especializado para as causas repetitivas, a previsão da técnica do julgamento antecipado do mérito tem peculiar relevância, porque, embora não exista ligação direta entre ela e o microsistema processual, é cediço que nas causas repetitivas, usualmente, o único meio de prova utilizado é o documental, o que se dá pelas próprias características das relações jurídicas materiais que ensejam problemáticas de massa. Assim sendo, o julgamento antecipado do mérito acaba servindo para adequadamente encurtar o processamento, levando à sua duração razoável e servindo como forma de tornar pouco proveitosa a resistência a pretensões já consagradas pela prática institucional.

8.16. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FORÇAR O CUMPRIMENTO DO DEVER DE AUTOREFERÊNCIA

O recurso de embargos de declaração devolve a análise da decisão para o próprio órgão que a prolatou, com cognição especificamente quanto à ocorrência de uma omissão, obscuridade, contradição ou erro material no ato decisório. Os embargos declaratórios, portanto, são um recurso de fundamentação vinculada, que serve para o saneamento de tais vícios, consoante dispõe a norma do art. 1.022, I a III, e é direcionado necessariamente para o exato mesmo órgão judicial que prolatou o ato impugnado.

O nosso sistema jurídico adota a *ampla embargabilidade*, isto é, a ampla possibilidade de oposição dos embargos de declaração, exatamente por consagrar o *dever constitucional de motivação*, o que acarreta a proibição de falhas na fundamentação das decisões judiciais – o que, inclusive, permite sua oposição contra qualquer decisão, mesmo as irrecuráveis. Os embargos de declaração, portanto, são recurso voltado precisamente para rechaçar eventuais defeitos na decisão que a afetem sua higidez.³⁷⁴

Pois bem, é certo que o uso dos embargos de declaração, mesmo sob a vigência do CPC/1973, poderia ser realizado para forçar o juiz a manifestar-se sobre precedente que, *invocado pela parte*, não foi devidamente considerado pelo órgão julgador. Nesse caso, há *omissão* na resposta à argumentação do sujeito parcial,

374. MAZZEI, Rodrigo. Comentários ao art. 1.022. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2271.