

A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES NA TUTELA PROVISÓRIA

THE USE OF PRECEDENTS IN THE PROVISIONAL GUARDIANSHIP

Jordana Felipe Camargo

Aluna do Curso de Graduação em Direito do
Instituto Brasiliense de Direito Público

Resumo: Ao enumerar as hipóteses de concessão da tutela provisória, o legislador não previu na letra da lei a utilização de precedentes. No entanto, à inteligência dos julgados dos tribunais superiores é possível observar que os precedentes vêm sendo utilizados para a concessão da tutela provisória, tanto na espécie de urgência quanto na espécie de evidência, embora qualquer delas tenha previsão expressa desta hipótese de concessão. Portanto, se faz necessário o estudo acerca da possibilidade desta aplicação, e ainda, como ela vem sendo manejada pelos juristas para a concessão de ambas as espécies de tutela provisória, qual seja a de urgência e de evidência. A importância da matéria fica evidente quando notado que os juristas estão inovando em conteúdo não previsto na letra da lei, e ainda em razão de não haver muitos estudos acerca do tema. O presente estudo é embasado em análise acurada a acervos bibliográficos, mormente em artigos científicos, dado o escasso material se tratando da matéria. Após a conclusão destes estudos, será possível aprender como a matéria deve ser tratada pelos magistrados quando da apreciação da lide, uma vez constatada a possibilidade da aplicação de precedentes na tutela provisória, restará evidenciado uma nova hipótese para a busca de garantias individuais, expandindo com isso a aplicação do direito, por diferente modo, em não sendo confirmada, resta apreciada a eficácia dos julgados que se pautaram na matéria, bem como dos futuros julgados que também seguirem a mesma linha de raciocínio.

Palavras-chave: tutela provisória; tutela de urgência; tutela de evidência; concessão; precedentes; hipóteses; cabimento; possibilidade; aplicação; julgado;

Abstract: In establishing the hypotheses of granting provisional guardianship, the legislator did not provided in law the hypotheses of using precedents. However, it is possible to observe that the precedents are being

used for the granting of provisional protection, both in the kind of urgency and in the kind of evidence, although any of them expressly predict this hypothesis. Therefore, it is necessary to study the possibility of this application, as well as how it has been handled by lawyers for the granting of both species of provisional protection, namely urgency and evidence. The importance of the subject is evident when it is noticed that the jurists are innovating in judgments with subjects not provided by law, and still because there are not many studies on the topic. This study is based on an accurate analysis of bibliographic collections, mainly in scientific articles, in consequence of scarce material when dealing with matter. After completing these studies, it will be possible to learn how the subject should be dealt with by judges when examining the case. Once the possibility of the application of precedents in provisional protection has been established, a new hypothesis will be evidenced for the search for individual guarantees, expanding the application of the law, nevertheless, in not being confirmed, it remains appreciated the effectiveness of the judges that have ruled in the matter, as well as future judged that also follow the same line of reasoning.

Keywords: temporary protection; emergency care; evidence guardianship; concession; precedents; hypotheses; fitting; possibility; application; judged;

INTRODUÇÃO

Com a reforma do Código de Processo Civil muito se fez para garantir a segurança jurídica. Buscou-se a uniformização da jurisprudência como forma de conseguir decisões coerentes, íntegras e estáveis. Para tanto, uma das ferramentas utilizadas pelo legislador foram os precedentes que, quando embasados conforme o artigo 927 do Código de Processo Civil, possuem força vinculante.

Por outro lado, quando da normatização da tutela provisória, o legislador não previu na literalidade da lei o uso dos precedentes como sendo uma das hipóteses de concessão da tutela provisória. No entanto, na situação prevista no inciso II do artigo 311 previu que poderá ser utilizada a tutela de evidência quando embasada em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Ocorre que os Tribunais interpretam extensivamente o citado inciso, de forma a abarcar também a aplicação da

tutela provisória na hipótese de ser fundada em precedentes, embora os precedentes não estejam presentes na literalidade do inciso.

Nesse sentido, pode-se encontrar jurisprudência fundamentando a concessão da tutela provisória em precedentes formados antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Ainda que em uma interpretação teleológica da lei seja possível a aplicação de precedentes na tutela de evidência com base no artigo 311, inciso II, do CPC/15, a aplicabilidade pelos magistrados de precedentes é encontrada não somente na tutela de evidência, mas também na tutela de urgência, diante da qual o legislador exige a flagrante urgência do caso associada à probabilidade do direito da demanda.

Com relação aos precedentes, Lenio Streck em seu artigo "O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?", publicado na revista Consultor Jurídico¹, critica a aplicação vinculante de precedentes (artigo 927 CPC) para formação da *ratio decidendi*, alegando, inclusive, que até a lei pode ser interpretada, porém o precedente não permite tal flexibilidade, pois já está interpretado. Afirma ainda que o uso dos precedentes poderá fazer com o que o magistrado acabe analisando teses, ao invés de analisar o direito, isto é, deixa-se de analisar o caso em prol de resolver a demanda com celeridade, fazendo surgir um "sistema de precedentes".

Portanto há de se observar que a jurisprudência têm utilizado os precedentes para a concessão da tutela provisória, e, para tanto, tem interpretado a lei extensivamente. A prática da aplicação de precedentes visando a celeridade processual tem sido criticada por profissionais do Direito, como Lenio Streck, que denomina tal prática como "sistema de precedentes", o que demonstra que há críticas quanto ao tema precedente. Em razão de ser tão utilizada, é que a aplicação dos precedentes na tutela provisória merece ser estudada, e as razões para tal aplicação, partindo de uma análise teleológica da lei, merece ser aprofundada para que seja entendido como se dará a aplicação das novas regras trazidas pelo Código de Processo Civil, e ainda para que o profissional da área saiba a melhor forma de aplica-la ao caso concreto.

¹ STRECK, Lenio L. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. Revista Consultor Jurídico [online]. 18, ago, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>> Data de Acesso: 17. nov. 2017.

1 Tutela Provisória e sua aplicabilidade na prestação jurisdicional

Primeiramente, faz-se importante compreender o que é tutela provisória, e como o referido instituto é tratado no ordenamento jurídico.

Diz a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, em busca da efetivação do acesso à Justiça, o legislador precisou se preocupar em adequar a norma jurídica aos mais variados acontecimentos do mundo fático. Com isso, buscou resguardar o bem jurídico tutelado.

Por vezes, quando o jurisdicionado busca o Poder Judiciário, sua demanda pode apresentar urgência ou pode ser de evidente solução.

Para tanto, o tempo necessário para uma cognição exauriente dos fatos trazidos e do direito poderá prejudicar a efetividade da prestação jurisdicional, caso não seja adotada uma medida que vise a mitigar o ônus do tempo do processo.

Marcelo Abelha Rodrigues trata do assunto em sua obra Tutela Provisória no CPC/2015, como descrito a seguir.

“É que a vida das pessoas não é paralisada quando elas levam uma crise jurídica para ser pacificada pelo Poder Judiciário. E é justamente porque a atividade jurisdicional se exerce e se desenvolve durante um dado lapso temporal que, a cada minuto, a cada hora, a cada dia, a cada mês e a cada ano que passam, mais longe e fora da realidade original fica a tutela jurisdicional.”²

Buscando acautelar situações urgentes, que não podem esperar uma cognição exauriente, foi que o legislador inseriu no ordenamento jurídico técnicas processuais capazes de abarcar os mais diversos casos, no intuito de dar aos litigantes um efetivo acesso à Justiça.

Vale lembrar que há ainda na tutela a possibilidade do adiantamento da própria tutela requerida ao final do processo, a qual consiste em uma

² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela provisória no NCPC. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 97, maio/jun. 2016, p.1.

tutela provisória satisfativa.

Assim, em decorrência da necessidade do caso fático apresentado, o juiz entregará uma prestação jurisdicional com base em cognição sumária.

Com relação à diferença das cognições sumária e exauriente, Marlon Tomazzete, explica com clareza:

"A cognição exauriente caracteriza-se por uma análise completa do objeto cognoscível, aplicando-se nos processos que visam à solução definitiva das lides, o que se busca é o maior grau possível de certeza, privilegiando-se o valor segurança jurídica, e o direito à ampla defesa, e consequentemente exigindo-se um maior tempo para a prestação jurisdicional. (...) Na cognição sumária, as decisões se contentam com o provável, embasando-se em juízos de probabilidade e verossimilhança, o que obviamente dá celeridade à prestação jurisdicional. E não se diga que provimentos embasados em tal espécie de cognição violam as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, porquanto tais garantias são ponderadas com a garantia da tutela jurisdicional efetiva, sem a eliminação de qualquer delas, na disciplina de tais procedimentos. Outorgam-se medidas provisórias, passíveis de posterior alteração a qualquer tempo, postergando-se o contraditório para um momento posterior, agilizando a prestação."³

Portanto, nesta técnica, além de uma análise sumária ao tema, capaz de entregar uma prestação jurídica de forma ágil e efetiva, há também que se falar na sua provisoriedade.

Foi chamada de Tutela Provisória uma vez que seus efeitos perdurarão

³ TOMAZETTE, Marlon. A efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento da tutela antecipada. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73270>>. Acesso em: 11 dez. 2017. p.6-8.

o tempo necessário para que o direito não pereça, podendo a questão de direito ter uma análise exauriente ao final do processo.

Com relação à provisoriedade da tutela Daniel Amorim aponta que é preciso lembrar que, embora provisória, a tutela não é temporária, isto é, ela não possui um tempo certo para existir. Pelo contrário, ela perdurará o tempo necessário para o trâmite do processo. Segundo o doutrinador, a tutela provisória não será meramente substituída pela tutela definitiva, mas apenas deixará de existir.⁴

No entanto, tal entendimento não é unânime na doutrina, Fredie Didier Junior aponta, mais acertadamente, o que segue.

"A tutela provisória é aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. E por ser provisória, será necessariamente substituída por uma tutela definitiva – que a confirme, revogue ou modifique"⁵

De um lado, há quem afirme que a tutela apenas dure pelo tempo necessário ao processo, ao final deixando de existir. Por outro lado, há quem afirme que a tutela definitiva vem a substituir a provisória. Certo é que essa espécie de tutela possui efeito provisório e, portanto, sua eficácia cessará e será aplicada a da tutela definitiva ao caso.

Daniel Amorim esclarece também que quando da decisão proferida, o Magistrado não possui acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica, sendo esta uma das consequências da cognição sumária. A celeridade processual poderá até ensejar um ato *inaudita altera pars*⁶, caso isso ponha em risco a eficácia da própria tutela provisória.

Assim, a decisão proferida pelo Magistrado se dará diante de juízo de probabilidade, havendo assim uma possibilidade aparente de que este direito

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único – 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.484

⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ainda sobre a distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar. *Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, out./dez.2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56140>>. Acesso em: 9 dez. 2017. p.4-5

⁶ Id. 2017, p. 483.

pleiteado pelo litigante realmente exista e lhe seja devido, aplicando-se com isso uma tutela provisória, com efeitos também provisórios, fazendo com que a solução jurídica consiga suportar o tempo que será necessário para a formação da cognição exauriente acerca da lide.

Em análise sobre como o tema está disposto no Código de Processo Civil de 2015, é possível observar que o legislador dividiu a tutela provisória em Tutela de Urgência (Título II do Código de Processo Civil) e Tutela de Evidência (Título III do Código de Processo Civil), conforme se pode notar do artigo 294 do citado Diploma Legal que diz "a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência e evidência"⁷.

Note-se que, no referido artigo, o legislador não se deu ao trabalho de subdividir a tutela de urgência. No entanto, diante de uma análise à capitulação do código fica evidente que na tutela de urgência estão presentes outras duas modalidades de tutela, sendo elas a tutela antecipada e a tutela cautelar, inseridas no Título II do Código de Processo Civil.

A mesma divisão foi observada também pela doutrina que pontua haver três tipos de tutela sendo elas a antecipada e a cautelar, e por fim a tutela de evidência.

Sendo embasada em juízo de probabilidade é notório que a tutela exija para sua aplicação uma série de requisitos que devem ser observados em uma análise fática e jurídica, para só então autorizar sua aplicação. Caso contrário, esta ferramenta criada para proteger direito advindo de fatos inesperados ou urgentes poderia virar tão somente uma ferramenta de arbítrio judiciário, que nem sempre alcançaria a justiça processual.

Sendo assim, passa-se a discorrer sobre os requisitos exigidos para a aplicabilidade de cada uma das modalidades de tutela provisória.

1.1. Dos requisitos da tutela provisória de urgência

O Código de Processo Civil começa a tratar do assunto em seu artigo 300, referindo-se à tutela de urgência, dispondo os requisitos principais a serem observados, senão vejamos: "A tutela de urgência será concedida

⁷ BRASIL, Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015.

quando houver elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”⁶.

Assim, dois são os requisitos estabelecidos no citado artigo que irão reger as tutelas de urgência.

Um deles é a probabilidade do direito, isto é, o jurisdicionado precisa trazer elementos de informação aos autos suficientes para que o Magistrado consiga vislumbrar que o direito muito provavelmente existe e também que lhe é devido. Tal requisito também é chamado de *fumus boni iuris*.

Outro requisito observado no artigo citado referente à tutela de urgência é o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Assim, o litigante precisa demonstrar em seu pleito que, em decorrência dos fatos, o direito precisa ser aplicado com urgência, não podendo esperar a cognição exauriente em razão de sofrer um perigo de dano (iminência de prejuízo) ou risco ao resultado útil ao processo (probabilidade de dano), também chamado de *periculum in mora*.

Vale ressaltar que a tutela de urgência é subdividida em outras duas tutelas: antecipada e cautelar. Assim, com relação aos requisitos previstos no citado artigo, a doutrina diverge ao analisar se o legislador realmente quis colocar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* para ambas as espécies de tutela ou se seria um tema a ser diferenciado doutrinariamente.

Nesse sentido, Eduardo José da Fonseca Costa afirma que o critério deverá ser diferenciado em relação à aplicabilidade na tutela antecipada e na tutela cautelar, conforme demonstrado a seguir.

“Sob o ponto de vista *semântico*, o *fumus boni iuris* da tutela antecipada é idêntico ao *fumus boni iuris* da tutela cautelar: é mero juízo de aparência, verossimilhança ou probabilidade sobre a existência da pretensão de direito material objeto da lide principal. Todavia o *periculum in mora* da tutela antecipada não é idêntico ao *periculum in mora* da tutela cautelar. Na tutela antecipada há necessidade de “execução para a segurança” [Pontes de Miranda]: é preciso satisfazer adiantadamente a pretensão material para afastar-se risco à esfera do requerente(...). Em contrapartida na tutela cautelar há

necessidade de "segurança para a execução" [Pontes de Miranda]: é preciso assegurar a pretensão material para afastar-se o risco de não ser futuramente satisfeita."⁸

De outra forma, defende Daniel Amorim, ao afirmar que os requisitos se aplicam da mesma forma tanto para a tutela antecipada quanto para a cautelar, conforme se vê adiante.

"A norma encerra qualquer dúvida a respeito do tema sendo a probabilidade de o direito existir suficiente para a concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada (...). Numa primeira leitura pode-se concluir que o perigo de dano se mostraria mais adequado à tutela antecipada, enquanto o risco ao resultado útil ao processo, à tutela cautelar. A distinção, entretanto, não deve ser prestigiada porque nos dois casos o fundamento será o mesmo: a impossibilidade de espera da concessão da tutela definitiva sob pena de grave prejuízo ao direito a ser tutelado e de tornar-se o resultado final inútil em razão do tempo."⁹

À luz do artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015, a urgência deverá ficar evidenciada para o jurisdicionado pleitear esta modalidade de tutela provisória, devendo para tanto demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* referentes ao caso.

Com relação a este tema, Marcelo Abelha Rodrigues aduz o que segue:

"A tutela provisória de urgência é funcional em relação à tutela final e serve para imunizar os efeitos deletérios que o tempo causa ao processo (instrumento) ou ao seu conteúdo (direito material), e por isso constitui um arcabouço de técnicas processuais que devem ser prontas e rápidas, sob pena de se tornarem inúteis. Essas formas de tutela são realizadas por intermédio das

⁸ COSTA, Eduardo José Fonseca. Art. 300. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 412-413

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume Único* – 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 502-503.

medidas cautelares e das antecipações de tutela de mérito, tal como denomina o CPC. O signo comum entre ambas é, sempre, a urgência, e o seu traço diferenciador – que teria sido desnecessário manter ante a intenção simplificadora do Código – é o do objeto que será precipuamente protegido dos desgastes provocados pelo fenômeno temporal.”¹⁰

Há que se lembrar que existe uma série de diferenças acerca da tutela cautelar e da tutela antecipada. No entanto, não serão objeto deste trabalho, uma vez que, ao se analisar a incidência de precedentes na tutela provisória, é de primordial importância tão somente deixar evidenciado quais são os requisitos necessários para a utilização desta ferramenta processual de urgência.

1.2. Dos requisitos da tutela provisória de evidência

A segunda modalidade de tutela provisória é a de evidência, que foi uma inovação trazida pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015.

Ao normatizá-la, o legislador foi demasiadamente sucinto. Prevista tão somente no artigo 311 e seus incisos, a tutela de evidência trouxe como requisitos para sua aplicação quatro hipóteses de cabimento de forma clara e objetiva. *In verbis*:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela provisória no NCPC. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 97, p. 15-61, maio/jun. 2016, p.19.

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.¹¹

Como exposto, sua principal diferença com relação às condições exigidas para aplicabilidade da tutela de urgência é a circunstância de não ser necessária a demonstração de urgência, de modo que, ao analisar as hipóteses de cabimento trazidas no citado artigo, é possível abstrair que nesta modalidade o direito está manifesto, isto é, claro, havendo uma demonstração límpida de que o jurisdicionado muito provavelmente fará jus, ao final do processo, ao direito pleiteado.

Nesse ponto, comentando o CPC/2015, disserta Luiz Fux:

"A novidade também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra. Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos *prima facie*, não tem razão. A tutela de evidência *não é senão a tutela antecipada que dispensa o risco de dano para ser deferida, na medida*

¹¹ BRASIL, Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015.

em se funda em direito irretorquível da parte que inicia a demanda".¹²

Há um aspecto sobre esta modalidade de tutela provisória no qual se observa certa concordância na doutrina: o artigo trata da matéria de forma lacônica, tendo em vista que, embora inovadora, a tutela de evidência já era utilizada no antigo Código de Processo Civil. Ela apenas não estava sistematizada num artigo específico, como ocorre no Código em vigor.

Segundo os doutrinadores, há outras hipóteses de evidência a serem tuteladas pela técnica provisória, restando então uma preocupação quanto ao artigo 311 ser interpretado de forma taxativa ou exemplificativa.

Nesse prisma, assevera Eduardo José da Fonseca Costa:

"O dispositivo tem propósitos nobres. Todavia contém imperfeições, já que deixa de lado várias situações que despertam evidência merecedora de tutela *in initio litis*. Com isso, nasce o grave risco de que os Tribunais venham a interpretar os incisos como um rol taxativo [*numerus clausus*], não como um rol meramente exemplificativo [*numerus apertus*]. Caso isso aconteça terá o legislador contribuído para a frustração da magnânima ideia que o inspirou."¹³

No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves, em sua obra, ao analisar a tutela provisória de evidência, conclui que o rol deve ser interpretado de maneira exemplificativa:

¹² FUX, Luiz. O novo processo civil, in *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa*, coord. Luiz Fux, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18.

¹³ COSTA, Eduardo José Fonseca. Art. 300. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 452.

"Já que o legislador criou um artigo para prever as hipóteses de tutela da evidência, deveria ter tido o cuidado de fazer uma enumeração mais ampla, ainda que limitada as situações previstas no Código de Processo Civil. Afinal, a liminar da ação possessória, mantida no Novo Código de Processo Civil, continua a ser espécie de tutela de evidência, bem como a concessão do mandado monitório e da liminar nos embargos de terceiro, e nenhuma delas está prevista no artigo 311 do Novo CPC. A única conclusão possível é que o rol de tal dispositivo legal é exemplificativo." ¹⁴

Por certo, que, entre as hipóteses apresentadas no artigo, a que mais se mostra merecedora de aprofundamento neste estudo é a do inciso II, que consagra que a tutela será concedida quando "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante"¹⁵.

Ora, é notável que, no inciso II do artigo 311 do CPC, o legislador quis abarcar às hipóteses de concessão de tutela provisória casos já analisados por tribunais superiores que analisam a mesma espécie de direito a partir de fatos parecidos com os que estão em debate no caso concreto.

Espera-se que quando da análise dos casos, os Tribunais possuíssem tempo suficiente para o devido exame do processo e, a partir disto, chegar a uma decisão de veras confiável.

Do mesmo tempo não dispõem os magistrados quando da análise de um pedido de concessão de tutela de urgência. Portanto, se mostra plausível a busca pela confiabilidade quanto à razão que assiste a parte quanto a existência do direito, e se lhe seria devido.

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único – 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 558

¹⁵ BRASIL, Código de Processo Civil. Brasília,DF: Senado, 2015.

Assim, o referido inciso (art. 311, II, CPC) pressupõe a probabilidade do direito, fundamentada em uma decisão confiável, devendo assim ser demonstrada por decisões em casos repetitivos ou de súmulas vinculante.

No entanto, acredita-se que o legislador falou menos do que gostaria neste inciso, já que outras formas de expressão jurisdicional são também aptas a dar ao magistrado a "certeza" necessária para a concessão da tutela provisória. Entre os inúmeros exemplos citados por Eduardo José da Fonseca Costa, estão também:

"[...] há outras formas de expressão institucional, que podem reconhecer direitos e dar-lhes "certeza": jurisprudência unânime dos Tribunais Superiores; julgamento de recurso extraordinário dotado de repercussão geral; resolução do Senado Federal que suspenda a eficácia de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF; decisão definitiva do STF em ação declarativa de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental [...]"¹⁶

Assim, resta mais fortalecido o argumento de que o rol apresentado no artigo 311 previu menos do que gostaria, vez que não apresenta todas as hipóteses em que o direito fica evidente, o que faz com que ele seja interpretado como rol exemplificativo.

2 Precedentes

Uma das principais preocupações do legislador no Código de Processo Civil de 2015 foi garantir a segurança jurídica para as partes que levam seu problema jurídico até o Judiciário, com jurisprudência estável, íntegra e coerente. Desta forma, busca-se evitar que diferentes partes com problemas idênticos alcancem resultados diversos para suas lides. Portanto, após um

¹⁶ COSTA, Eduardo José Fonseca. Art. 300. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 397-454.

longo amadurecimento do direito processual civil, o legislador do CPC de 2015 normatizou os chamados precedentes, para serem utilizados de forma a garantir a almejada segurança jurídica.

Alexandre Freitas Câmara, em sua obra "O Novo Código de Processo Civil Brasileiro", conceitua o precedente como sendo a decisão proferida em processo diverso, anterior ao que está em análise, que será utilizada pelo magistrado como parte da formação de seu convencimento. Assim, um tema já analisado por um Juiz ou pelo Tribunal, poderá ser utilizado para corroborar a argumentação do magistrado quanto à casuística examinada. Senão vejamos.

"Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de outro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um *precedente*."¹⁷

O conceito também é trabalhado por Daniel Amorim, em sua obra "Manual de Direito Processual Civil", quando afirma que precedentes não são formados a partir de qualquer decisão proferida por Juiz ou pelo Tribunal. Precedentes, em seu entendimento, serão tão somente as decisões capazes de transcender o caso concreto, de forma que seja possível utilizá-las julgamento de outro caso. Assim, decisões que se valem de um precedente como razão de decidir não poderão ser consideradas como precedente. Da mesma forma, as decisões que se limitam a aplicar a letra da lei também não serão capazes de transcender o caso concreto¹⁸.

Lenio Streck, na obra "Comentários ao Código de Processo Civil", ainda acrescenta que os precedentes possuem, em geral, uma estrutura formada em *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Pode-se afirmar que *ratio*

¹⁷ Câmara, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 367

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único – 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1389-1390.

decidendi é a regra jurídica a partir da qual será decidido o caso concreto, sendo utilizada pelo Juiz como sua razão de decidir. No entanto, Lenio Streck ressalta que a *ratio decidendi* não é meramente uma regra jurídica a ser considerada por si só, mas, sim, a regra analisada em correspondência com a questão fático-jurídica que ela solucionou.¹⁹

Já o *obiter dictum* é o fragmento de argumentação jurídica expressamente contido na decisão judicial, cujo conteúdo e presença agregam-se somente no processo em que a decisão foi proferida, sendo irrelevante ao processo posterior no qual a decisão será utilizada como precedente.

Assim, precedente é a decisão previamente proferida, em processo diverso do que está em análise, que será utilizada como razão de decidir do Juiz. Importante ressaltar que não se confunde precedente com jurisprudência, uma vez que esta última consiste num conjunto de decisões acerca do mesmo assunto, que delimitam a linha de raciocínio acerca do tema, interpretadas, entendidas e definidas pelos Tribunais.

Quanto ao tema, Alexandre Freitas Câmara assevera:

"Perceba-se, então, que há uma diferença *quantitativa* fundamental entre *precedente* e *jurisprudência*. É que falar sobre precedente é falar de *uma decisão judicial*, proferida em um determinado caso concreto (e que servirá de base para a prolação de futuras decisões judiciais). Já falar de jurisprudência é falar de um grande número de decisões judiciais, que estabelecem uma linha constante de decisões a respeito de certa matéria, permitindo que se compreenda o modo como os tribunais interpretam determinada norma jurídica."²⁰

¹⁹ STRECK, Lenio L.; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1191-1209.

²⁰ Câmara, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro* – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 368.

No mesmo sentido, corrobora Juraci Mourão Lopes Filho, que diferencia precedentes de jurisprudência e súmula, ao afirmar o que segue.

"[...] precedente não equivale a súmula ou a jurisprudência, e os três não devem ser utilizados/aplicados da mesma forma. Pode-se adiantar que precedente é um julgamento que passa a ser referencia em julgamentos posteriores. Jurisprudência é um conjunto de decisões sobre o mesmo assunto. E súmula constitui um ato administrativo de tribunal pelo qual exprime o resumo de um entendimento contido em uma jurisprudência dominante."²¹

A referida diferenciação também é defendida por Daniel Amorim, Lenio Streck, Alexandre Freitas Câmara e outros, que descrevem a diferença entre precedentes, súmula e jurisprudência no mesmo sentido apontado por Juraci Mourão Lopes Filho.

2.1. Precedente brasileiro e precedente na tradição do common law

Os sistemas jurídicos dos países de origem romano-germânica, entre eles o do Brasil, seguem a Escola da *Civil Law*, a qual considera a lei como a fonte primária do ordenamento jurídico e, portanto, o instrumento apto a solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do judiciário. Para a *Civil Law*, o Juiz é o intérprete e o aplicador da lei, não lhe sendo permitido "criar" o Direito.²²

No Brasil, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II, comprova que o sistema adotado é o do *civil law*, ao estabelecer que "*ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*".²³

²¹ LOPES FILHO, Juraci M. *Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2014. Pág. 115-120

²² COSTA, Eduardo José Fonseca. Art. 300. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 397-454.

²³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

No entanto, em razão de a sociedade sofrer constantes mudanças, sejam elas sociais, culturais, políticas ou econômicas, o legislador muito dificilmente consegue acompanhar tais situações, de forma que, é difícil conceber um Estado exclusivamente legalista. Sendo assim, há que se considerar que o ordenamento jurídico sempre estará associado a uma interpretação jurisdicional.²⁴

Em busca de garantir uma segurança jurídica, os países cujos sistemas jurídicos se afiliam aos germano-românicos estabelecem cada vez mais a força obrigatória dos precedentes. Desta forma, é adotado o *stare decisis*, em referência à criação dos precedentes e sua vinculação à futuras decisões.

Por outro ângulo, há os sistemas afiliados ao *Common Law*, também conhecidos como sistemas anglo-saxões, que se diferenciam do *Civil Law* principalmente em razão das fontes do Direito. Elpídio Donizetti diferencia os dois sistemas da seguinte forma:

"Como dito, no *Civil Law* o ordenamento consubstancia-se principalmente em leis, abrangendo os atos normativos em geral, como decretos, resoluções, medidas provisórias etc. No sistema anglo-saxão os juízes e tribunais se espelham principalmente nos costumes e, com base no direito consuetudinário, julgam o caso concreto, cuja decisão, por sua vez, poderá constituir-se em precedente para julgamento de casos futuros. Esse respeito ao passado é inerente à teoria declaratória do Direito e é dela que se extrai a ideia de precedente judicial."²⁵

Desta forma, nota-se que o precedente é um instituto presente não apenas no *Civil Law*, como também no *Common Law*. É importante ressaltar que, ainda que presentes em ambos sistemas, para a doutrina majoritária os precedentes não se confundem num sistema e no outro, como demonstrado

²⁴ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil* – 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 1452-1453.

²⁵ Id., 2017, p. 1453.

no fragmento destacado acima. Em outras palavras, não é porque se utiliza precedentes no *Civil Law* que o sistema está afiliando ao *Common Law*.

Na mesma linha de entendimento de Elpídio Donizetti, Daniel Amorim Assumpção Neves defende que o precedente no Civil Law e no Common Law se diferenciam. Para este último doutrinador, o nascimento dos precedentes ocorre em momentos diferentes em cada sistema. No *Common Law*, os precedentes surgem no momento em que passam a servir concretamente como fundamento de decisão de outros processos, enquanto no *Civil Law*, mais precisamente no Brasil, o CPC prevê de forma expressa quais os julgamentos que serão considerados como precedentes vinculante. Assim, o julgamento já está predestinado a ser precedente obrigatório.²⁶

Por outro lado, Lenio Streck demonstra certa preocupação com toda a ideia trazida pelo sistema brasileiro de precedentes.

Comumente, utiliza-se a expressão "sistema de precedentes" para se remeter ao uso de precedentes, sejam eles com força vinculante, sejam os precedentes com força persuasiva, os quais sempre buscam uma segurança jurídica.

Ocorre que Lenio Streck não concorda com a referida expressão, utilizada por doutrinadores como Daniel Amorim, Alexandre Freitas Câmara e Elpídio Donizetti. Lenio Streck acredita que o termo "sistema de precedentes" não está semanticamente correto, eis que a palavra sistema deveria remeter a um todo coerente e harmônico de normas, o que, para ele, não corresponde aos precedentes. Vejamos:

"Daremos de barato que, ao falarmos de "sistema de precedentes", por sistema devemos compreender a ideia de um todo coerente e harmônico de normas. Ou seja, uma teoria do ordenamento que necessita da ideia de sistema para lhe possibilitar adequado tratamento para a relação entre as normas jurídicas. Isto é, não são sinônimos. Logo, o que o CPC de 2015 tem a ver com um novo "sistema"? Nada." ²⁷

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único – 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 1404-1405.

²⁷ STRECK, Lenio L. *O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?*. Revista Consultor Jurídico [online]. 18, ago, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>> Data de Acesso: 17. nov. 2017.

Certo é que existem duas espécies de precedentes: os vinculantes e os persuasivos. O legislador definiu, no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, os provimentos que deverão ser observados pelos juízes quando da prolação da decisão, sendo, portanto, precedentes vinculantes. *In verbis*:

"Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados." ²⁸

Como o próprio artigo diz, o juiz possui um dever de observar em suas decisões os precedentes vinculantes, que têm uma força obrigatória. De outro lado, os precedentes não vinculantes possuem apenas uma força persuasiva.

Diante do exposto, surge uma preocupação para Lenio Streck de que o surgimento de um sistema de precedentes possa causar o engessamento do sistema jurídico.

Tal preocupação surge em razão de Lenio Streck acreditar que o sistema de precedentes se aproxima bastante do *commom law*.

²⁸ BRASIL, Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015

"Outrossim, a construção de respostas antecipadas – porque, queiramos ou não, é disso que se trata essa espécie de *commonlização* do sistema processual civil – encobre a dimensão qualitativa que deve ter qualquer proposta de criação de instrumentos vinculatórios para as decisões de Cortes Superiores. [...] o precedente (ou o provimento vinculante, melhor dizendo) é feito exatamente para resolver problemas futuros, como se fosse uma nova lei."²⁹

Ele acredita que os precedentes, mormente os vinculantes, se equiparariam à lei, o que é temerário, uma vez que a lei admite uma interpretação mais abrangente, enquanto o precedente não seria nada mais do que a lei já interpretada. Assim, embora os precedentes possam dar maior celeridade ao processo, tem-se que ter bastante cuidado para que o direito não fique engessado, de modo a não alcançar as peculiaridades trazidas pelo fato concreto com a aplicação de precedentes em detrimento da norma legal, conforme exposto abaixo.

"No afã de implantar o tal "*sistema*", suprimimos direitos. E aumentamos o poder do Judiciário. Simples assim. A raiz disso tudo talvez esteja no que se entende por precedente. Ao que estamos lendo por aí, estão fazendo uma simplista equiparação do genuíno precedente do *common law* à jurisprudência vinculante pindoramense. [...]O que o CPC-2015 faz é criar provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. Respostas antes das perguntas. Mas, não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC. [...]Diante da fragmentação em que se encontra nosso direito, com a fragilização dia a dia da legislação, estranhemos que setores do processo tenham aderido ao caminho mais fácil: *deixar que o Judiciário nos dê as respostas antes mesmo de fazermos as perguntas por intermédio de*

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1202.

nossos casos concretos. O custo disso? Já estamos vendo. Judiciário parece querer cumprir do CPC só aquilo que lhe interessa. Por acaso, a parte que mais agrada não é a da fundamentação, da coerência e integridade, do fim do livre convencimento. Não. A parte mais apazível é uma coisa que não existe: o sistema de precedentes. Mas nós podemos mais do que isso. Podemos comunicar que estamos diante tão-somente de um pragmático conjunto de provimentos. Se os aplicarmos como "respostas antecipadas", voltaremos à jurisprudência dos conceitos. E estaremos dando um tiro no pé. Judiciário não faz lei. Cumpre. Todo poder emana do povo e não da jurisprudência."

Portanto, resta demonstrado que, embora a doutrina majoritária entenda que os precedentes do *Common Law* não equivalem aos precedentes do *Civil Law*, há doutrina minoritária que defende que a busca pela celeridade jurídica está levando o processo civil brasileiro a uma *commonlização*.

4 Embasamento para utilização de precedente em tutela provisória

Como exposto alhures, em acurada análise ao Livro V do Código de Processo Civil de 2015, depreende-se que o requerimento das tutelas provisórias poderá ser embasado com fundamento na urgência ou na evidência do direito pleiteado.

As hipóteses da tutela de evidência, as quais se apresentam no artigo 311 do referido Código, prescindem da demonstração do elemento de urgência. À luz do inciso II do artigo 311 do CPC/2015, a concessão da medida poderá ser autorizada quando as alegações do fato puderem ser comprovadas em documentos e houver tese firmada em julgamentos de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Muito embora o legislador não tenha acrescido ao referido inciso a fundamentação com base em precedentes, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concedeu tutela de evidência no julgamento de agravo em instrumento sob o seguinte fundamento.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela provisória em ação declaratória cumulada com repetição de indébito. Cálculo de ICMS sobre cobrança de consumo de energia elétrica. Entendimento jurisprudencial de que as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) não incidem no cálculo do ICMS. Requisitos da tutela de evidência que restaram preenchidos (art. 311, inciso II, do CPC). Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO."³⁰

Conforme exposto acima, o Tribunal, ao julgar o agravo de instrumento, verificou que a tese apontada pelo recorrente está firmada em precedente do Superior Tribunal de Justiça, de modo a conceder o pleito com fulcro no artigo 311, inciso II, do CPC/2015.

A ementa do julgado permite concluir que há uma possibilidade de o rol previsto no referido artigo ser ampliado, fazendo com que as quatro hipóteses trazidas pelo legislador não se tratem de rol taxativo, eis que os fundamentos postos no voto do condutor não estão embasados em julgamento repetitivo, nem em Súmula Vinculante, mas, sim, em precedentes do próprio Tribunal e do STJ.

"[...] No mesmo sentido TJSP: Agravo de Instrumento nº 2179938- 2.2016.8.26.0000, Rel. Fermino Magnani Filho, j. em 16/11/2016; Agravo de Instrumento nº 2201814-73.2016.8.26.0000, Rel. Osvaldo Magalhães, j. em 07/11/2016; Agravo de Instrumento nº 2209219-63.2016.8.26.0000, Rel. Venicio Salles, j. em 09/11/2016; Agravo de Instrumento nº 2118858-97.2016.8.26.0000; Rel. Marcos Pimentel Tamassia, j. em 19/07/2016; Apelação nº 1049375-66.2015.8.26.0053, Rel. Ponte Neto, j. em 29/06/2016; Apelação/ Reexame necessário nº 1012339-53.2015.8.26.0032; e Rel. Ronaldo Andrade, j. em 08/06/2016. Sendo assim, considerando que o ICMS

³⁰ TJ/SP, Agravo de Instrumento n. 2236595-24.2016.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Celso Faria, j. 20/3/2017

incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias, serviços de transporte e comunicação, nos termos do art. 155, inciso II, da Constituição Federal, e que a energia elétrica, para fins de tributação, é considerada como mercadoria, a hipótese de incidência do imposto restringe-se ao efetivo consumo pelo destinatário.

Portanto, em que pese o entendimento do ilustre Juízo singular, na hipótese em apreço, é de reconhecer-se a presença dos requisitos da tutela de evidência, que são a comprovação da alegação documentalmente e a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, inciso II, do CPC/2015), o que afasta a necessidade de comprovação da urgência.”³¹

Ao analisar o caso concreto, o julgador não se limitou à aplicação do artigo 311, inciso II do CPC *in verbis*, mas também prestigiou a inteligência do artigo 927 do CPC, no sentido de se observar a eficácia persuasiva dos entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores a respeito de determinada matéria.

En passant, abstrai-se do referido voto que o relator não apenas fundamentou na evidência do direito, como exposto acima, mas também se embasou no fundamento de urgência, demonstrando que a utilização de precedentes para a concessão de tutela provisória não se limita à evidência do direito pleiteado, mas que também pode ser utilizada para embasar a tutela provisória de urgência, como demonstrado a seguir.

"(...)Por outro lado, no caso de entendimento diverso, também é possível a concessão da tutela de urgência, nos termos do art. 300 do CPC/2015, tendo em vista que as razões expostas nos julgados convencem da

³¹ Voto condutor do Agravo de Instrumento n. 2236595-24.2016.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Celso Faria, j. 20/3/2017, TJ/SP

probabilidade do direito alegado e há quase certeza da procedência da demanda, diante da cobrança de flagrante aparência como indevida.

"O risco de dano de difícil reparação decorre do pagamento de imposto ilegítimo, que levará o contribuinte à necessidade de postular a repetição de indébito, meio oneroso de recuperação do numerário indevidamente exigido.

Frente aos precedentes citados, sendo firme a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, recentemente reiterada, assume diminuta importância a alegação de suposta irreversibilidade da medida, diante da eventual impossibilidade do contribuinte saldar o débito, caso vencido na demanda.

Assim, em virtude de tese já confirmada pela jurisprudência deste E. Tribunal e do C. STJ, no sentido que a transmissão e distribuição de energia elétrica não compõem o fato gerador de ICMS, restam preenchidos os requisitos necessários à concessão da tutela provisória requerida, razão pela qual deve o recurso ser provido." ³²

Rememorando brevemente os requisitos listados pelo legislador, no artigo 300 do CPC/2015, para a concessão da tutela provisória de urgência se faz importante demonstrar presente no caso concreto a probabilidade do direito pleiteado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Em verdade, tem-se que a fundamentação com base em precedentes, à inteligência do artigo 927 do CPC/2015, não se mostra apenas hábil para a

³² Voto condutor do Agravo de Instrumento n. 2236595-24.2016.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Celso Faria, j. 20/3/2017, TJ/SP

concessão de tutela provisória de evidência, mas também, para a concessão de tutela provisória de urgência. Ao demonstrar que dada matéria corresponde ao entendimento já firmado por tribunais superiores, o julgador preenche o requisito da probabilidade do direito.

Portanto, observa-se que alguns juristas, mormente do Tribunal de Justiça de São Paulo, vêm utilizando precedentes tanto para demonstrar a evidência do direito, diante da qual são concedidas as tutelas provisórias de evidência, mas também para demonstrar a probabilidade do direito diante de uma tutela provisória de urgência.

Em que pese haver uma justificativa cabível para a concessão de tutela provisória fundamentada em precedentes, a aplicação destes para a concessão da tutela provisória não é matéria pacífica na jurisprudência. Diante de determinadas lides em que a parte interessada fundamenta seu pedido com base em precedentes, há juristas entendendo que se o legislador deixou de prever esta hipótese na lei, certamente ela não poderá ser observada na análise dos casos concretos.

Nesse sentido, há o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, seguindo o voto do relator que esclarece a forma como o pedido fundamentado em precedentes foi analisado naquele pleito.

"Declaratória. ICMS. Base de cálculo. Decisão que indeferiu tutela de evidência que tinha por objeto determinar que o ente público se abstenha de incluir na base de cálculo do ICMS os valores decorrentes de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD). Ausência dos requisitos legais. Inexistência de julgamentos sobre o tema na forma do art. 543-C do CPC/73 (art. 1.036 e seguintes do CPC/15) ou de súmula vinculante sobre o tema. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido.

(...)

Não obstante existam precedentes, inclusive desta relatora, no sentido da impossibilidade de inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre as tarifas de energia elétrica, é certo que não há, até o

presente momento, julgamento específico sobre o tema perante o C. STJ na forma dos recursos repetitivos. Há, sim, precedentes daquela Corte que dão suporte ao pleito, mas estes não foram submetidos ao rito do art. 543-C do CPC/73 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/15).

(...)

Assim, conquanto existam julgados no mesmo norte da tese defendida, não se mostram presentes os requisitos legais necessários ao acolhimento do pedido de tutela de evidência, de forma que a decisão há de ser mantida tal como lançada." ³³

Ainda diante de uma análise literal e restritiva da norma jurídica, também há o julgado do seguinte agravo de instrumento do mesmo Tribunal Estadual.

"ICMS. Energia elétrica. Base de cálculo. Taxa de Uso de Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) e Taxa de Uso de Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST). Exclusão. Tutela de evidência indeferida. – 1. TUST. TUSD. ICMS. Base de cálculo. Não há tributação em cada fase do fornecimento de energia elétrica exatamente por conta de suas características próprias; não há 'deslocamento' se a 'mercadoria' está, ao mesmo tempo, disponível em todos os pontos do sistema elétrico, ainda que sob formas distintas. Não há 'deslocamento', mas operação complexa com custos agregados ao longo da sua formação; operação que é uma do ponto de vista do consumidor final e da legislação. Preço de todas as etapas da operação complexa que compõe o seu custo final e integra a base de cálculo do ICMS, nos termos da legislação. Operação mercantil que é tributada somente no momento do consumo da energia e sua base de cálculo é o custo total

³³ TJSP, Agravo de Instrumento n. 2022.535-93.2017.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Vera Angrisani, j. 30/3/2017

da operação. Complexidade e peculiaridade do fornecimento da energia elétrica que justifica a prévia oitiva da Fazenda e induz uma maior meditação. – 2. Tutela de evidência. Não se desconhece a jurisprudência majoritária do STJ, a favor da pretensão autoral; contudo, as decisões referentes a tributação da TUST e da TUSD não foram julgadas sob o regime de recursos repetitivos, não restando preenchidos os requisitos autorizadores da concessão da tutela de evidência, prevista no inciso II do art. 311 do CPC. Tutela de evidência indeferida. – Agravo desprovido."³⁴

Assim, diante de um Código de vigência ainda recente, verifica-se que a matéria em questão ainda não foi aprofundada e pacificada na jurisprudência e na doutrina. Diante das demandas levadas ao Poder Judiciário, é possível notar a tentativa de melhor analisar os casos, porém os Tribunais que vêm admitindo a aplicação de precedentes para a concessão de tutela provisória possuem decisões inovadoras neste aspecto jurídico.

Conclusão

Com as mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, surge a necessidade de analisar a forma como será aplicada as disposições trazidas pelo legislador. Saber se as hipóteses arroladas para concessão de tutela provisória de evidência foram dispostas de maneira taxativa ou exemplificativa é primordial para que se dê maior segurança jurídica para aqueles que buscam o Judiciário visando à resolução de determinada lide. Da mesma forma, deve-se aprofundar na matéria relacionada à tutela provisória de urgência, para que sejam delimitados os requisitos necessários para a concessão da medida. Este estudo aprofundado não apenas se faz importante para os magistrados, mas também para os procuradores das partes, que elaborarão os pedidos ao julgador.

Certo é que, em se tratando de matéria ainda não pacificada na jurisprudência e na doutrina, os juristas acabam entendendo de maneiras

³⁴ TJSP, Agravo de instrumento n. 2039404-34.2017.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Torres de Carvalho, DJ 27/3/2017

distintas, e com isso um mesmo pleito protocolado em Varas distintas tem resultados distintos, de acordo com o entendimento do magistrado.

É visto que parte da jurisprudência interpreta a lei gramaticalmente, de forma a aplicar tão somente da forma como foi disposto pelo legislador, isto é, acreditam que o rol trazido no Código de Processo Civil é, na verdade, taxativo.

Parece-nos, tratar-se de uma zona de conforto do magistrado, em que não se faz necessária uma análise mais aprofundada da real intenção do texto legal, e do objeto jurídico que ele busca proteger.

Por outro lado, empregando uma interpretação teleológica do texto da lei, alguns magistrados buscam no seu âmago sua real intenção da norma, qual seja, buscar a efetividade da prestação jurisdicional, visando a acautelar todas as possíveis situações trazidas ao Judiciário, mormente aquelas que não podem esperar uma cognição exauriente.

Buscando dar aos litigantes o efetivo acesso à justiça é que alguns magistrados entendem que o rol de hipóteses para concessão da tutela provisória de evidência não abarca todas as situações em que o direito se mostra evidente, devendo ser tratado como um rol exemplificativo.

Estes magistrados fazem uma análise mais aprofundada do texto legal, identificando o que pode ser cabível para a demonstração da urgência e da evidência, ampliando seu alcance. Desta forma, surge a possibilidade de se utilizar precedentes para a concessão da citada medida, embora não haja expressa previsão em lei. Ademais, insta ressaltar que apenas o magistrado tem a capacidade de aplicar a lei e, portanto, pode analisar a necessidade que a norma possui para cada caso e como esta norma pode alcançar sua efetividade diante da situação concreta trazida pela parte.

Assim, verifica-se que faz parte do trabalho do magistrado sair da zona de conforto em prol da melhor aplicação da norma ao caso concreto, sobretudo quanto a um entendimento que não encontra obstáculos na legislação se houver a compreensão de que o legislador não descreveu todos os casos em que sua urgência ou evidência restam demonstrados.

Portanto, a utilização de precedentes se mostra útil para demonstrar a probabilidade do direito (nas hipóteses de tutela provisória de urgência), mas também para demonstrar a evidência do direito pleiteado.

Bibliografia

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 02, dez, 2017.

CAMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Tutela da Evidência com fundamento em precedentes ou tutela de urgência?**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI256921,41046-Tutela+da+Evidencia+com+fundamento+em+precedentes+ou+tutela+de>> Data de acesso: 29.abril.2018.

COSTA, Eduardo José Fonseca. Art. 300. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 397-454.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Ainda sobre a distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar**. *Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, out./dez.2008.Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56140>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** – 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

FUX, Luiz. **O novo processo civil**, in *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa*, coord.Luiz Fux, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOPES FILHO, Juraci M. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – Volume Único – 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Tutela provisória no NCPC**. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 97, p. 15-61, maio/jun. 2016.

STRECK, Lenio L. Art. 927. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1191-1209.

STRECK, Lenio L. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. Revista Consultor Jurídico [online]. 18, ago, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>> Data de Acesso: 17. nov. 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **A efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento da tutela antecipada**. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73270>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Tutela de Urgência e evidência no novo CPC**. *Revista de Programa de pós-graduação em Direito da UFC*, v. 35.2, dez. 2015.