

**SENTENÇA LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA: UMA TENTATIVA
FRUSTRADA DE ADAPTAÇÃO DO CONCEITO DE PRECEDENTE E UM
RISCO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO**

Marcela de Azevedo Limeira Kiwielewicz

Bacharel em Direito

Marcia Cristina Xavier de Souza

Doutora em Direito. Professora Adjunta da FND/UFRJ.

RESUMO: Exame da reforma legislativa que introduziu o instituto da sentença liminar de improcedência ao ordenamento jurídico brasileiro, em comparação com o dispositivo análogo constante do Projeto de Novo Código de Processo Civil. Demonstração de que a importação do modelo de vinculação aos precedentes, característico do sistema anglo-americano, sem atentar para o modo exato como ele é aplicado em seus países de origem, e sem considerar as diferenças histórico-culturais que separam aquele sistema do sistema da *civil law*, pode dar causa a violações às garantias fundamentais do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Sentença liminar de improcedência. Vinculação. Precedentes. *Common Law*. Garantias fundamentais.

ABSTRACT: Examination of the legislative reform which introduced the institute of preliminary judgment of dismissal into Brazilian Procedural Law, compared to the analogous article in the Draft of New Brazilian Civil Procedure Code. Demonstration that the importation of the binding precedent model, typical of common law family, without regard to the exact way it is applied in its countries of origin, and without considering the historical and cultural differences that separate that family from the civil law family, can give rise to violations of fundamental procedural guarantees.

KEYWORDS: Preliminary judgment of dismissal. Binding. Precedents. Common law. Fundamental guarantees.

Sumário: 1. Introdução. 2. A sentença liminar de improcedência. 3. O possível prejuízo à garantia do contraditório, entre outras garantias fundamentais do processo. 4. A tentativa de adaptação do conceito de precedente da *Common Law* ao ordenamento jurídico brasileiro. 4.1. O precedente na *Common Law*. 4.2. A jurisprudência na *Civil Law*. 4.3. Jurisprudência x precedente. A importância do *leading case*. A insuficiência da súmula. 5. Dificuldade de utilização do *distinguishing*. 6. A utilização do *overruling* na *Common Law*. O perigo da vinculação a uma jurisprudência instável. 7. Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução.

Nota-se com facilidade, nos dias de hoje, o intercâmbio de ideias, opiniões e experiências que tem ocorrido entre os sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*, a fim de solucionar seus respectivos problemas, os quais não seriam resolvidos se fosse mantida a mesma estrutura de cada sistema em seus aspectos originais, sem uma evolução.

A doutrina brasileira está em constante busca pela efetividade do processo e, portanto, de soluções para o seu déficit garantístico e para a morosidade do Judiciário, no sentido de insuficiência das suas técnicas para assegurar o respeito à dignidade humana de todos os seus atores e a qualidade e confiabilidade das suas decisões. Nesta busca, recorre-se a institutos característicos de outro modelo de justiça, como a criação dos juizados especiais e das ações coletivas, influenciada pelas *small claim courts* e *class actions* do direito norte-americano, respectivamente¹.

Ao mesmo tempo, os países da *Common Law* também têm buscado soluções para suas deficiências em técnicas típicas da *Civil Law*, podendo-se apontar como exemplo a criação, pela Inglaterra, de um Código de Processo Civil em 1998, que até abril de 2009 havia sofrido 49 alterações².

¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil, v. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 3.

² NOGUEIRA, Gustavo Santana. ***Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro***. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. Pág. 25

Apesar de indispensável nos dias de hoje, esse diálogo deve ser realizado com muita cautela, levando-se em conta que o processo é, essencialmente, um fenômeno cultural. A introdução de institutos estranhos à cultura nacional nunca será tarefa fácil, correndo-se o risco de se desvirtuarem suas finalidades ou características. Isto porque não basta uma reforma legislativa para que seja mudada a realidade de um povo que já tem seus costumes e tradições consolidados, realidades sociais totalmente diferentes e origens históricas opostas.

Este estudo se propõe a analisar a tentativa de importação do conceito de precedente da *Common Law*, especificamente no que tange ao instituto da sentença liminar de improcedência, previsto no atual CPC em seu art. 285-A, e no Projeto de Novo CPC³ em seu art. 307, com algumas diferenças a serem estudadas.

Examinar-se-á a possibilidade de prejuízo às garantias fundamentais do processo, especialmente a do contraditório, decorrentes de eventuais deturpações de um conceito típico da família anglo-saxônica. Para tanto, realizar-se-á também um estudo do mecanismo de utilização do precedente em seu sistema de origem, e das dificuldades que podem existir ao se tentar adaptá-lo à família da *Civil Law*.

2. A sentença liminar de improcedência.

Atualmente, a sentença liminar de improcedência, ou resolução preliminar de mérito, está prevista no art. 285-A do Código de Processo Civil.

Este artigo, introduzido no CPC pela Lei nº 11.276/2006, possibilita ao juiz proferir liminarmente sentença de improcedência do pedido inicial, antes mesmo da citação do réu, quando a matéria for exclusivamente de direito, não de fato, e desde que já exista sentença de total improcedência em casos idênticos no mesmo órgão jurisdicional. O dispositivo permite que o juiz, nesse caso, reproduza no novo processo o teor da sentença anteriormente prolatada.

³ Não obstante a existência de outro Projeto de Lei tramitando na Câmara dos Deputados – PL nº 6025/2005 – utilizar-se-á no presente estudo o PL nº 8046/2010, uma vez que este já foi aprovado pelo Senado Federal (PLS nº 166/2010).

É importante esclarecer que, quando o artigo supracitado refere-se à “matéria controvertida”, padece de falta de técnica.⁴ Deve-se entender que alude à controvérsia que ocorreu nos outros processos que servirão como paradigma para a rejeição liminar da demanda, já que, em sentido técnico, controverso é aquilo que foi impugnado por parte do réu; e este, no caso, não será nem mesmo citado.

Além disso, quando se fala em matéria “unicamente de direito”, refere-se à matéria já madura, a que basta aplicar a norma jurídica, sem a necessidade de produção de provas. Todavia, entende-se que o art. 285-A também pode ser aplicado a causas que versem sobre matéria de fato e de direito, quando toda prova dos fatos já foi produzida junto com a petição inicial, por meio de documentos.⁵

Esta reforma ao vigente Código de Processo Civil adveio em um momento histórico no qual demandas de massa em matéria previdenciária eram propostas perante a Justiça Federal, principalmente nos Juizados Especiais Federais, logo após a sua implantação.⁶ Com o intuito de evitar atos processuais desnecessários, já que, em relação a algumas daquelas demandas, já havia até mesmo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, dispensou-se a citação do réu em determinados casos, julgando-se o próprio mérito em sentido improcedente. Esse movimento dos juízes foi o que inspirou a inovação legislativa ora analisada.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil também prevê a rejeição preliminar de mérito da demanda em seu art. 307; todavia, esta só poderá ser feita com base em entendimento do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos⁷, não se exigindo mais a anterior prolação de sentenças de improcedência no mesmo juízo.

⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 93.

⁵ DIDIER JR, Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Curso de Direito Processual Civil, v. I**. Pág. 478. Salvador: JusPODIVM, 2011.

⁶ MADEIRA, Daniela Pereira. **A força da jurisprudência**. In: BARBOSA, Andrea Carla... [et al.]; coordenador Luiz Fux. **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): Reflexões acerca do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 561.

⁷ Art. 307. *O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este: I –contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II –contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos*

3. O possível prejuízo à garantia do contraditório, entre outras garantias fundamentais do processo.

O contraditório pode ser definido como o direito que assiste a todo litigante de influir ampla e eficazmente na formação de uma decisão judicial que o atinja em sua esfera de interesses, em condições de igualdade com a parte contrária. É, portanto, consequência do princípio de participação democrática próprio do Estado Democrático de Direito.

Para Leonardo Greco, o contraditório pressupõe a audiência bilateral das partes, de forma que nenhuma questão seja decidida sem sua oitiva, o que deve ser assegurado por uma adequada e tempestiva notificação de todos os atos processuais; o direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses; prazos processuais que sejam breves e, ao mesmo tempo, suficientes, possibilitando a prática dos atos de forma proveitosa⁸.

Ademais, o contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão.

Por fim, o contraditório participativo pressupõe que todos os interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao

repetitivos; III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência a decadência ou a prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. § 3º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306.

E a redação do art. 306 dispõe que: “*Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de três dias, reformar sua sentença. § 1º Se o juiz não a reconsiderar, mandará citar o réu para responder ao recurso. § 2º Sendo a sentença reformada pelo tribunal, o prazo para a contestação começará a correr a contar da intimação do retorno dos autos*”.

⁸ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. In: Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. Pág. 12.

direito de defesa, e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação.

Cândido Dinamarco entende que esta garantia significa, em primeiro lugar, que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios, devendo o próprio juiz exercer o contraditório, por meio da direção do processo, da atividade probatória e do diálogo. Essa participação proporcionada aos litigantes é uma expressão da ideia política de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos de acordo com a constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados.⁹

Para Brenda Lins Férrer, o art. 285-A “é regra que reafirma o princípio da isonomia, pois estimula que, a um mesmo fato, seja imputado com maior brevidade possível o mesmo resultado jurídico, concedendo aos litigantes um tratamento isonômico, evitando que a mesma situação fática alcance decisões diversas”.¹⁰

Já na visão de Leonardo Greco, apesar do aparente benefício para os réus e para a própria Justiça na utilização desse novo mecanismo, ele está impregnado de defeitos da maior gravidade que, não só desaconselham sua aplicação, mas chegam a condená-lo por sua inconstitucionalidade.¹¹

Com efeito, está pendente o julgamento da ADIn 3695, promovida pelo Conselho Federal da OAB, perante o Supremo Tribunal Federal, a qual visa a declaração de inconstitucionalidade do novo dispositivo legal. Argumenta-se que este implica ofensa a vários princípios constitucionais, dentre eles o da segurança jurídica, do devido processo legal, da isonomia, da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009, v. I. Pág. 220.

¹⁰ FÉRRER, Brenda Lins. **Precedentes no juízo para julgamento liminar de improcedência: operacionalizando o artigo 285-A do CPC**. Apud BELFORT, Juvêncio Costa e MEREB, Magda Luiza Gonçalves. **A garantia constitucional da celeridade processual sob a égide do art. 285-A do CPC**. In: Revista Sapiencia. Edição IV, vol IV, nº 4, ano 3. Abril de 2012. Pág. 7. Disponível em www.revistasapiencia.inf.br. Acesso em 03/06/2013.

¹¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil, v. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 46.

É verdade que o direito de acesso à justiça não abrange a propositura de ações manifestamente inviáveis, temerárias ou abusivas, devendo o direito processual evoluir no sentido de opor filtros a essas demandas. Contudo, a sentença liminar de improcedência não é, para o supracitado jurista, o meio adequado a esse fim.

Em primeiro lugar, a garantia do contraditório, constitucionalmente assegurada, é profundamente vilipendiada pela aplicação deste instituto. Aduz aquele que:

*“o contraditório participativo não se compraz com a rejeição liminar, ainda que fundamentada, do pedido do autor, pois aquele pressupõe a ampla possibilidade de influir eficazmente na decisão, o que implica o direito de, tomando conhecimento dos argumentos desfavoráveis à sua pretensão, ter ampla possibilidade de discuti-los de refutá-los e de, por todos os meios, demonstrar a sua procedência”.*¹²

Conforme visto acima, o contraditório garantístico é aquele que resulta da amplitude de formas, de prazos e de faculdades processuais das partes, predeterminados na lei, o que exige uma duração necessária no tempo. Assim sendo, o julgamento *prima facie*, fundado em cognição sumária, com autoridade de coisa julgada material, sem que o autor tenha a possibilidade de se contrapor aos seus fundamentos, viola as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, previstas no inciso LV do art. 5º da Constituição.

Ainda que se diga que o autor, contrariado pela sentença liminar, pode interpor apelação, e que em grau de recurso ser-lhe-á assegurado o contraditório e ampla defesa, não se pode perder de vista que tais garantias são sensivelmente inferiores quando exercidas em segundo grau de jurisdição. A possibilidade de diálogo humano é praticamente inexistente, pois os tribunais julgam apenas papeis. O único contato humano é a sustentação oral de apenas 15 minutos, perante desembargadores que, em sua maioria, já trazem prontas suas decisões (art. 554 CPC).

¹² Idem, pág. 47.

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior defende a inconstitucionalidade do dispositivo, tendo em vista o direito do autor de ver efetivada a citação do réu, que pode abrir mão de seu direito e submeter-se à pretensão concordando com o autor, independentemente do precedente jurídico do juízo. Além disso, o contraditório significa o direito de demandar e fazer-se ouvir, inclusive produzindo provas e argumentos jurídicos, não podendo o autor ser cerceado nesse direito fundamental. Argumenta também que o sistema constitucional não autoriza a existência de “súmula vinculante” do juízo de primeiro grau, impeditiva da discussão do mérito, conforme a garantia do devido processo legal.¹³

Também é passível de críticas a possibilidade de reprodução do teor de sentença anteriormente proferida, como fundamentação da sentença relativa a outro processo. Em respeito ao contraditório participativo, o juiz tem que demonstrar que exerceu cognição sobre os fatos, as provas e o direito expostos pelas partes, e que os levou em consideração no momento em que proferiu sua decisão. Necessário, portanto, que isso seja feito em cada processo que lhe é submetido, isoladamente.¹⁴

Contudo, a busca desmedida pela celeridade processual tem contribuído para uma crescente mitigação da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais na sociedade contemporânea, dando lugar a uma justiça padronizada. Segundo Carla da Silva Mariquito:

“Vive-se um movimento de retrocesso, onde é inegável que a consequência dos esforços para assegurar o acesso ao Judiciário nos últimos tempos é o demandismo, que para ser superado conduz à criação de mecanismos que desacelerem o acesso à justiça, conhecidos como súmulas vinculantes, uniformização de jurisprudência, adoção pelos tribunais de jurisprudência defensiva, sentenças-padrão, julgamentos por amostragem, entre outros. Isto

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 93.

¹⁴ “A garantia processual de fundamentação das decisões judiciais é individual. Assim, distanciando das discussões sobre a inexistência e insuficiência da fundamentação, o certo é que cada caso individualizado merece uma análise individualizada”. MARIQUITO, Carla da Silva. **Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – v. VIII, julho/dezembro de 2011. Pág. 173. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 05/06/2013.

porque a efetividade deixa de ser um meio e passa a ser o fim, completamente descaracterizada.”¹⁵

O parágrafo primeiro do art. 285-A faculta ao juiz de primeiro grau, no prazo de cinco dias da interposição de apelação pelo autor, retratar-se da sentença de improcedência anteriormente proferida, dispensando a remessa ao tribunal e determinando a citação do réu, seguindo-se o curso normal do processo.

Determina o parágrafo segundo que se, ao contrário, for mantida a sentença de improcedência, o juiz de primeiro grau mandará citar o réu para responder ao recurso interposto. Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha sustentam que, se o réu é chamado para responder ao recurso, deverá ele se utilizar de todos os meios de defesa perante o tribunal de segundo grau, o qual poderá, discordando do juiz de primeiro grau, desde logo julgar o pedido procedente em desfavor daquele, não remetendo os autos à primeira instância.¹⁶

Segundo os referidos autores, cabe ao recorrente fixar a extensão do efeito devolutivo do seu recurso. Para que o tribunal julgue o próprio mérito da causa, desfavoravelmente ao réu, é necessário que o apelante requeira expressamente em suas razões recursais que o tribunal julgue, desde logo, procedente o pedido contido na petição inicial. Entendem que a razão pela qual o réu é citado para o recurso é justamente essa: poderá o tribunal, se assim requerer o apelante, dar provimento à apelação, julgando a causa, acolhendo o pedido formulado na peça exordial.

Caso o apelante se restrinja a demonstrar que o art. 285-A era inaplicável ao caso, porque o caso anteriormente julgado era distinto do seu, ou por uma questão de fato que seja peculiar, por exemplo, o tribunal deverá mandar que os autos retornem à primeira instância para prosseguimento do feito.

¹⁵ *Op. cit.* Pág. 170.

¹⁶ DIDIER JR, Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. Pág. 482. Salvador: JusPODIVM, 2011.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni entende que, no momento da citação do réu para responder ao recurso, este terá a oportunidade de se manifestar, não havendo, desta forma, qualquer prejuízo ao direito de ação.¹⁷

Todavia, entende Leonardo Greco que, em face da insuficiência do contraditório em segundo grau, se o tribunal der provimento à apelação para reformar a sentença liminar de improcedência, deverá determinar o retorno dos autos à primeira instância. O processo deverá então seguir todo o procedimento normal perante este juízo, intimando-se o réu, já citado, para defender-se, nos termos do art. 297 do CPC.¹⁸

Ressalta o referido processualista a incoerência do nosso legislador processual, na medida em que, na reforma do art. 296 do CPC pela Lei nº 8952/1994, optou por eliminar a citação do réu na apelação do autor contra o indeferimento da petição inicial com base nas hipóteses do art. 295, colocando réu em uma posição de desvantagem. Isto porque, ainda que não haja preclusão quanto às preliminares que este pode alegar, ele é citado para se defender em um processo que já subiu à instância superior, lá sendo decidido que o autor não era carecedor da ação, por exemplo, sem que aquele pudesse se manifestar sobre isso. Viola, portanto, a paridade de armas. E no caso do art. 285-A, o legislador adota o regime anterior à reforma de 1994, voltando a determinar que na apelação contra a decisão liminar de improcedência o réu seja citado, sem restabelecer tal citação na hipótese do art. 296 do mesmo diploma legal.

Percebe-se que o Projeto de Novo CPC não faz esta distinção em seu art. 306, já que, caso não haja a reforma da decisão pelo juiz de primeiro grau (juízo de retratação, no prazo de três dias), haverá citação do réu para responder ao recurso perante o tribunal, tanto nas hipóteses de indeferimento da petição inicial como no caso de rejeição preliminar de mérito da demanda. Outra diferença importante é que a rejeição liminar pelo juiz não é mais tratada como discricionária, mas obrigatória, uma vez presentes os requisitos legais.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. Apud BELFORT, Juvêncio Costa e MEREB, Magda Luiza Gonçalves. **A garantia constitucional da celeridade processual sob a égide do art. 285-A do CPC**. In: Revista Sapientia. Edição IV, vol IV, nº 4, ano 3. Abril de 2012. Pág. 8. Disponível em www.revistasapientia.inf.br. Acesso em 03/06/2013.

¹⁸ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil, v. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 49.

Para Paulo Roberto de Gouvêa Medina, o Projeto atribui tratamento mais racional à polêmica solução dada pela Lei nº 11.277/2006 ao indeferimento liminar da petição inicial que contrarie precedente judicial, por meio da inserção do art. 285-A no Código vigente. Enquanto este autoriza a utilização daquilo que o jurista chama de “sentença emprestada”, instrumento de uma celeridade *à outrance*, que atenta contra o princípio da segurança jurídica, o dispositivo do projeto de novo CPC condiciona o indeferimento liminar à jurisprudência dos tribunais superiores.¹⁹

Todavia, boa parte das críticas tecidas contra o art. 285-A do atual CPC pode ser repetida. O dispositivo do novo CPC em comento também atenta contra o contraditório, a ampla defesa, e o devido processo legal, tendo em vista que o jurisdicionado será afetado em sua esfera de interesses por uma decisão na qual não pôde influir eficazmente, e que não demonstrou ter levado em conta os argumentos expostos por ele na inicial (mesmo porque, de fato, não o fez), em prejuízo da exigência de motivação das decisões judiciais.

Bastará ao juiz de primeiro grau invocar uma súmula do STF ou STJ – enunciado curto, genérico e abstrato, capaz de gerar divergência em sua interpretação como qualquer artigo de lei – para fundamentar sua decisão de rejeição liminar da demanda.

Isso viola também a garantia de inexistência de obstáculos ilegítimos ao acesso à justiça. O acesso à Justiça não pode ser dificultado por obstáculos impostos por interesses alheios ao exercício da jurisdição. Os pressupostos processuais e condições da ação somente são legítimos na medida em que asseguram a eficácia do exercício da jurisdição e impedem que o réu seja submetido ao ônus de defender-se de um processo injusto. Ultrapassados esses limites, prevalecem a liberdade formal e o antiformalismo.

20

A inexistência de súmula ou julgamento em casos repetitivos contrários ao direito do autor no âmbito dos tribunais superiores não é um obstáculo razoável, pois denota uma tentativa de se colocar o Judiciário acima da própria lei. Com efeito, uma

¹⁹ MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. **Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: Revista de informação legislativa, v. 48, n. 190, abril/junho de 2011. Pág. 172.

²⁰ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. In: Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. Pág. 20.

demanda que se insurja contra um artigo de lei, pleiteando sua inconstitucionalidade de forma incidental, poderá ser admitida; enquanto aquela que se insurgir contra um posicionamento dos tribunais superiores será liminarmente rejeitada.

Bruno Albino Ravara chama atenção para o fato de que a redação do art. 317 do PL 166/2010 (correspondente ao art. 307 do PL 8046/2010) ficou mais ampla que a do vigente art. 285-A, possibilitando a atribuição de diferentes significados para o mesmo termo, o que poderia acentuar uma ilimitada aplicação prática pelos juízes, podendo variar de um juízo para o outro.²¹

Acentua que o artigo em questão poderá implicar em violação ao princípio dispositivo, possibilitando a atuação de ofício pelo juiz, diante de sua carga normativa muito abrangente:

*“[...] é imprescindível que o juiz não obtenha num texto normativo, com definição insuficiente, instrumentos para que ele exacerbe seu direito de intérprete da lei. Tem que haver um limite à sua atuação para que não gere quebras de imparcialidade, insegurança jurídica para as partes e um Poder Judiciário incapaz de oferecer justiça à sociedade”.*²²

Isto porque, no caso concreto, a expressão “contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”, por exemplo, pode suscitar dúvidas, exigindo-se uma carga valorativa desmesurada do juiz para sua aplicação, em prejuízo às garantias do acesso à justiça, segurança jurídica e devido processo legal.

Desta forma, a aplicação das súmulas dos tribunais superiores liminarmente pelos juízes violaria a própria isonomia, diante de eventual divergência em sua interpretação entre os magistrados – o que não é incomum – bem como o direito de

²¹ RAVARA, Bruno Albino. **O tratamento dispensado ao tratamento *prima facie* no Novo CPC e a correção de supostas inconstitucionalidades.** In: Revista Eletrônica de Direito Processual – v. VIII, julho/dezembro de 2011. Pág. 136. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 05/06/2013.

²² Idem, pág. 138.

ação, que não se contenta com a rejeição liminar da demanda sem uma análise adequada de seu mérito²³, desde que presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

Todas essas violações a direitos fundamentais do jurisdicionado são consequência da importação um tanto quanto deturpada do conceito de precedente da *Common Law*, como tentativa de solucionar a crise que vem atacando o Judiciário nos últimos tempos, conforme se verá no tópico abaixo.

4. A tentativa de adaptação do conceito de precedente da *Common Law* ao ordenamento jurídico brasileiro.

4.1. O precedente na *Common Law*.

Pode ser chamado de precedente um caso decidido anteriormente ao outro, significativamente análogo ao primeiro. O precedente será vinculante se, ao decidir este último caso, o juiz ou tribunal estiver obrigado a seguir, distinguir ou dar razões para superar o caso anterior, ainda que não concorde com as conclusões alcançadas por este. Esta é a doutrina do *stare decisis*, que prevalece nos países de tradição anglo-saxônica – em tradução literal, “mantenha-se a decisão”.

O sistema da *Common Law* baseia-se nos precedentes judiciais, mais do que nas leis escritas (*statutory laws*). Esse sistema atribui maior importância aos princípios do que às regras, não preponderando regras absolutas e inflexíveis, mas sim amplos princípios baseados na justiça, na razão e no senso comum, que foram determinados pelas necessidades sociais da comunidade e que mudaram com a modificação dessas necessidades.

Desta forma, o direito posto pelo juiz no caso concreto é a principal fonte do direito. Às leis é reservado um papel secundário, diferentemente do que ocorre na *Civil*

²³ Para Nelson Nery Junior, pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Judiciário “a tutela jurisdicional adequada”, não sendo suficiente apenas o acesso à tutela jurisdicional. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 175.

Law. Aliás, a própria concepção de lei é diferente, não consistindo em normas genéricas e abstratas, já que o direito existe para resolver questões concretas, e não para ser um conjunto lógico e sistemático de regras. Não há a pretensão de que as leis tenham as respostas para todas as perguntas, e o juiz não é obrigado a achar a solução para o caso em uma base legal.

O primeiro fato relevante a que se deve atentar é que, se a regra de direito é feita no caso concreto, a vinculação aos precedentes é fundamental para a própria manutenção do sistema, sem a qual este ruiria. A partir do momento em que o juiz cria o direito, é necessário que haja uma continuidade da regra de direito fixado naquele caso específico, sob pena de não haver qualquer estabilidade nas decisões judiciais, gerando total insegurança jurídica²⁴.

Outro ponto importante a ser considerado é que, naqueles países, a vinculação ao precedente não é uma imposição, mas uma decorrência natural da história daquelas nações, que faz parte da sua própria cultura.

Segundo Gustavo Santana Nogueira, a doutrina estrangeira reconhece que o sistema inglês é extremamente rígido no que tange à vinculação aos precedentes da *Supreme Court* norte-americana (ou da antiga *House of Lords* inglesa), não obstante a inexistência de qualquer norma escrita determinando que seus precedentes sejam vinculantes²⁵. Quem diz que o precedente vincula é um precedente. Além disso, é uma tradição do direito inglês.

Em um dos casos frequentemente citados como responsáveis pelo estabelecimento do *stare decisis*, *London Trainways v. London County Council*, de 1898, afirma-se em um dos votos que a decisão da *House*, uma vez proferida, sobre questão de direito, é conclusiva para a própria *House* depois, e que não é possível à parte arguir essa questão novamente como se nunca tivesse sido decidida, chamando a *House* a reformar sua própria decisão.²⁶ Afirma-se, ainda, que as decisões da mais alta

²⁴ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. Pág. 104.

²⁵ Idem. Pág. 111.

²⁶ Idem, pág. 114 e 115.

Corte deveriam ser finais em nome do interesse público, a partir do momento em que encerram o litígio e conferem segurança ao Direito.

Os precedentes da Suprema Corte têm maior importância, visto que estão no ápice do ordenamento jurídico, sendo, portanto, vinculantes para todos os juízes e tribunais, enquanto os precedentes da *Court of Appeal* (órgão que se situa abaixo da Suprema Corte) são vinculantes para os juízes que lhe são inferiores, desde que não contrariem os precedentes da *Supreme Court*.

Assim, a *Supreme Court* está vinculada às suas próprias decisões, assim como a *Court of Appeal* está vinculada às suas próprias decisões e às da *Supreme Court*. Ainda que os precedentes não sejam reiterados e exista apenas uma decisão, a vinculação é extremamente rígida, estando o juiz do *Common Law* vinculado a um precedente mesmo que o considere equivocado ou mal decidido.

Vale lembrar, mais uma vez, que a vinculação da *Supreme Court* às suas próprias decisões se dá muito mais por costume e tradição do que por regra, tendo em vista que, não obstante a existência de um *Practice Statement* desobrigando os juízes da antiga *House of Lords* a se vincularem a suas próprias decisões, sua utilização não foi e nem tem sido muito usual.

Assim como na Inglaterra, nos Estados Unidos também não há norma expressa acerca do efeito vinculante dos precedentes, muito embora um precedente judicial já tenha atribuído a origem do *stare decisis* à Constituição americana, em seu Artigo III, que trata do Poder Judiciário – o que não foi aceito pela doutrina. Na verdade, a questão é um tanto quanto controversa, verificando-se que os doutrinadores apontam épocas diferentes para o início da aplicação da teoria.²⁷

Gustavo Santana Nogueira, valendo-se das lições de Thomas Healy, explica:

“se o stare decisis é uma exigência constitucional, não é por causa da intenção original dos fundadores, nem pela estrutura da Constituição, mas sim porque os

²⁷ PRICE, Polly J. **A constitutional significance for precedent**: originalism, stare decisis and property rights. Apud NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. Pág. 166.

Tribunais têm apostado a sua legitimidade na adesão aos precedentes. Stare decisis não é um fim em si mesmo, e sim um meio para servir a importantes valores no sistema jurídico, que são: segurança jurídica (ao concordar em seguir as regras estabelecidas, os Tribunais permitem aos indivíduos preverem as consequências jurídicas dos seus atos), igualdade (quando os tribunais decidem os casos de hoje de acordo com os casos de ontem, eles asseguram que as regras jurídicas sejam aplicadas de forma coerente e justa), eficiência (ao basear suas decisões em precedentes, os Tribunais evitam a necessidade de reexaminar os princípios jurídicos desde o início) e restrição judicial (quando os juízes são obrigados a basear suas decisões em precedentes, eles têm menor margem de discricção).”²⁸

4.2. A jurisprudência na *Civil Law*.

Já na *Civil Law*, não se fala, tradicionalmente, em precedente, mas em jurisprudência. Para Leonardo Greco, “jurisprudência é o entendimento que se forma a respeito de alguma questão jurídica através da reiteração de decisões num mesmo sentido, proferidas por tribunais superiores. A jurisprudência revela uma tendência do Judiciário a esse entendimento”²⁹.

Desta definição, constata-se que o conceito de jurisprudência diferencia-se do conceito de precedente. Para que haja precedente com força vinculante na *Common Law*, basta uma única decisão de um tribunal superior. Já na *Civil Law*, só se fala em jurisprudência quando se tem um conjunto de decisões reiteradas em um mesmo sentido, e mesmo quando esse conjunto de decisões é consistente, não possui a mesma força vinculante que o precedente na *Common Law*.

Isso porque, nos países de tradição romano-germânica, a jurisprudência não é considerada fonte formal de direito, como na tradição anglo-saxônica. Assim,

²⁸ Idem, pág. 167.

²⁹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 36

tradicionalmente, ela adquire força meramente persuasiva quando existem vários julgamentos no mesmo sentido.

Teoricamente, os casos idênticos acabam sendo decididos da mesma forma, porque ainda que haja divergência entre os juízes sobre determinada questão, ela é resolvida hierarquicamente nos tribunais superiores, e assim o assunto é uniformizado. O juiz de primeiro grau não está obrigado, como na *Common Law*, a decidir de acordo com o entendimento do tribunal; contudo, é muito provável que sua decisão seja reformada por este no momento do recurso, considerando que os tribunais realizam uma supervisão muito mais intensa sobre as decisões de primeiro grau do que na *Common Law*.

Para que se possa importar a lógica da vinculação aos precedentes *Common Law*, é necessário que se leve em consideração de que maneira ela ocorre naquele sistema, para que o mecanismo lá existente não ingresse em nosso ordenamento jurídico de forma desvirtuada.

4.3. Jurisprudência x precedente. A importância do *leading case*. A insuficiência da súmula.

Existe uma diferença quantitativa e qualitativa entre jurisprudência e precedente. Quantitativa, porque o precedente é um só (um único caso concreto), ao passo que a jurisprudência envolve uma pluralidade de decisões em um mesmo sentido (vários casos concretos). Qualitativa, porque na análise do precedente é realizada, necessariamente, uma análise comparativa dos fatos ocorridos no caso concreto que lhe deu origem, enquanto que, na jurisprudência, essa análise não ocorre.

Feitas estas considerações, pode-se concluir que é no mínimo inadequado atribuir à jurisprudência a mesma força que se atribui a um precedente. São conceitos distintos, oriundos de sistemas que têm formas diferentes de enxergar a justiça.

Na *Common Law*, por mais que um único precedente dê origem a diversas decisões no mesmo sentido, o caso paradigma continua sendo o primeiro. Isso contribui para que ele não perca sua força, e não seja desvirtuada sua lógica original. Permite, ainda, que seja corretamente analisado, a partir da observância de seus detalhes fáticos, possibilitando um eventual juízo que constate que ele não deva ser aplicado.

O que normalmente se vê em um processo judicial brasileiro é a mera citação do número de um “precedente” que está sendo invocado para justificar determinada decisão, ou para sustentar determinada tese jurídica adotada pela parte. Essa forma de tratar o precedente é manifestamente equivocada, porque desprovida de qualquer demonstração analítica de semelhança entre aquele e o caso concreto que se está julgando.

O problema reside no fato de que, no Brasil, os precedentes são usados principalmente para acelerar o tempo necessário para julgar um recurso. Por esse motivo, não há muita preocupação com a adequação do precedente ao caso em tela, o que significaria “perda de tempo”; ao contrário do que ocorre na *Common Law*, em que os precedentes são utilizados como fonte de direito, havendo um cuidado sensivelmente maior em julgar o caso concreto baseado em precedentes.

Além disso, a decisão que se estabelece como precedente tem, na *Common Law*, uma formatação completamente diferente – contando com amplos e frutíferos debates sobre as questões de direito – porque ela constituirá o chamado *leading case*. Trata-se do caso norteador, que servirá como paradigma para os casos futuros que envolverem aquela matéria, determinando os limites do alcance do estabelecido no precedente.

Em função de uma visão pessoal da jurisdição, o que ocorre no Brasil é que cada Ministro quer citar o seu precedente, ao invés de, repetidamente, utilizar aquele que poderia ser o caso norteador, perdendo-se a noção de *leading case* e desvalorizando-se a tese jurídica alcançada. Segundo Gustavo Santana Nogueira,

“A partir do momento em que um precedente – verdadeiro leading case – é decidido pelo tribunal com a consciência de que está diante de um leading e

*paradigmático case, a tendência desse Tribunal é debater com mais intensidade as questões de direito que ali se colocam, produzindo, assim, um julgamento mais rico e de mais qualidade. Julgamentos posteriores, que deveriam ser reduzidos – quiçá eliminados – produzem uma frutificação inútil de precedentes que vão tornando o leading case mais distante e mais empobrecido, até que ele “morre” de vez quando aqueles reiterados precedentes são sintetizados em uma súmula”.*³⁰

De forma bastante deturpada, o art. 285-A tem o defeito de dar força de “precedente”, não a um “caso norteador” de um tribunal, mas a apenas duas ou mais sentenças do mesmo juízo, ainda que contrárias ao entendimento dos tribunais superiores. Isto pode dar lugar, em alguns casos, a violação ao princípio da isonomia, caso determinada vara ainda não tenha decisões sobre a matéria em tela. Se a ação for distribuída para lá, terá seu curso normalmente, enquanto outra, idêntica, poderá ser liminarmente rejeitada caso seja julgada por uma vara que já recebeu ações semelhantes àquela.

Neste ponto, cabe ressaltar que parcela da doutrina entende que o fato de não existir decisão anterior em determinado juízo pode ser suprido pela existência de súmula, ou mesmo entendimento dominante dos tribunais superiores, podendo ser aplicado, no caso, o artigo em comento.³¹

Não é este, contudo, o entendimento de alguns tribunais, que consideram a existência de decisões anteriores de improcedência prolatadas pelo juízo, em casos semelhantes, “pressuposto autorizador” da utilização do instituto, que possibilita a reprodução das “sentenças paradigmas” do mesmo juízo.³²

³⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. Pág. 238.

³¹ DIDIER JR, Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. Pág. 480. Salvador: JusPODIVM, 2011.

³² TJ/SP. Apelação 990093673690/SP, 20ª Câmara de Direito Privado. Rel. Francisco Giaquinto. **DJ**, 17/08/2010; TJ/RS. Apelação 70035963818/RS, 18ª Câmara Cível. Rel. Niwton Carpes da Silva. **DJ**, 21/09/2011.

Também se entende que a utilização do mecanismo em questão é uma faculdade do juiz, ficando ao seu critério rejeitar liminarmente a demanda ou citar o réu, de acordo com o curso normal do processo, o que também fere o princípio da isonomia.

Segundo Daniela Pereira Madeira, o art. 285-A exige uma interpretação conforme a Constituição, devendo ser compreendido como um instrumento previsto em nosso direito objetivo para aplicação em demandas massificadas, não podendo ser desvinculado do momento histórico em que foi criado. Assim sendo, faz-se necessário que o precedente que figurar como paradigma, nos julgamentos de mérito sem citação, baseie-se em orientações consolidadas dos tribunais superiores.³³

Neste sentido foi a decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.109.398 – MS, quando assentou que “a aplicação do art. 285-A do CPC, mecanismo de celeridade e economia processual, *supõe alinhamento entre o juízo sentenciante, quanto à matéria repetitiva, e o entendimento cristalizado nas instâncias superiores*, sobretudo junto ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal” (grifo nosso).³⁴

O Projeto de Novo CPC (NCPC) parece ter dado fim à controvérsia, só admitindo a rejeição liminar da demanda com base em entendimento do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos. Todavia, o mecanismo de rejeição liminar da demanda adotado no art. 307 do NCPC apresenta outra dificuldade, já conhecida dos estudiosos do Processo Civil Brasileiro.

Existe uma grande diferença entre as súmulas e os precedentes vinculantes típicos da *Common Law*: enquanto aquelas são enunciados curtos e abstratos, parecidos com os antigos assentos portugueses³⁵, suscetíveis de divergência em sua interpretação tal como um artigo de lei, estes envolvem o caso concreto em sua totalidade.

³³ MADEIRA, Daniela Pereira. **A força da jurisprudência**. In: BARBOSA, Andrea Carla... [et al.]; coordenador Luiz Fux. **O novo processo x civil brasileiro (direito em expectativa): Reflexões acerca do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 563.

³⁴ **DJe**, 01/08/2011.

³⁵ O Brasil é herdeiro da tradição lusitana. Em Portugal, o rei tinha a sua corte de jurisperitos, integrantes da chamada Casa de Suplicação de Lisboa. Esses juizes eram porta-vozes do rei, e a eles cabia

De acordo com Gustavo Santana Nogueira, “é muito difícil conseguir, via súmula, expressar o verdadeiro significado de um precedente, e isso provoca sua má aplicação, e ainda diminui sua força”³⁶. Segundo o autor, o Brasil é o único país que ainda utiliza súmulas.

Quer-se utilizar a súmula para tornar o julgamento mais rápido, associando-a a uma característica típica da *Common Law*, que é a vinculação às decisões da Suprema Corte. Contudo, ao se tentar simplificar tal característica, acaba-se por deturpá-la. Isto porque, no sistema anglo-saxônico, o juiz está vinculado à *ratio decidendi*³⁷ do precedente, e não a uma frase editada pelo tribunal superior com a pretensão de sintetizá-la.

Ao analisar um caso concreto, o juiz deve compará-lo com o precedente em todos os sentidos, desde os detalhes fáticos do *leading case* até os fundamentos de direito, verificando se há alguma peculiaridade no caso concreto que lhe coube julgar que o impeça de aplicar a mesma lógica utilizada no precedente. Não é possível fazer esse juízo – o *distinguishing*, que será estudado no tópico abaixo – pela análise de uma única frase.

elaborar os assentos da jurisprudência da Casa de Suplicação. Os assentos eram enunciados breves, extraídos de vários julgados, ou mesmo de um único julgado, que sintetizavam, abstratamente, o entendimento da Casa de Suplicação sobre determinada questão – a resolução de um conflito de jurisprudência, por exemplo. Esses enunciados eram impostos a todos os juízes e tribunais inferiores, como se lei fossem, por ordem do rei. Os assentos não poderiam ser alterados nem mesmo pela própria Casa de Suplicação, hoje sucedida pelo Supremo Tribunal de Justiça na fase republicana lusitana. Eles só poderiam ser revogados por meio de lei. A força normativa dos assentos perdurou até 1993, quando ela foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Português, sob o argumento de que violava a separação de poderes. (cf. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 36 a 45).

³⁶ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. Pág. 238.

³⁷ Na *ratio decidendi* encontram-se os motivos determinantes da decisão judicial, ou seja, os fundamentos jurídicos que a sustentam. Trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto, sem a qual o caso teria sido decidido de outra forma. Os *obiter dicta*, por sua vez, referem-se ao que foi dito de passagem em determinada decisão, a título de exemplificação, com peso meramente persuasivo. Trata-se de qualquer consideração feita pelo Tribunal não necessária à solução do caso concreto, como considerações marginais, argumentos lançados por um dos membros do tribunal e não acolhidos pelo colegiado, ou dissensos constantes de votos divergentes. Essa distinção é essencial na *Common Law*, tendo em vista que somente a *ratio decidendi* adquire força vinculante para casos futuros, enquanto o *obiter dictum* não serve para ser invocado como precedente. MADEIRA, Daniela Pereira. **A força da jurisprudência**. In: BARBOSA, Andrea Carla... [et al.]; coordenador Luiz Fux. **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): Reflexões acerca do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 529.

Ainda que se admita a necessidade, no atual contexto da realidade brasileira, de atribuir tal força à jurisprudência, apesar das dificuldades que esta tarefa representa em um país que segue tradição romano-germânica, esse fortalecimento deve se dar de maneira prudente.

Como observa Gustavo Santana Nogueira, “somos de um país enraizado na cultura do *Civil Law* e que muito pouco, ou nada, sabe acerca da *Common Law*. Em razão desse desconhecimento, não conseguimos compreender corretamente o fenômeno da vinculação dos precedentes”.³⁸

Por este motivo, tentamos criar mecanismos através de reformas legislativas para obtermos uma jurisprudência uniforme, de forma um tanto quanto simplória. Não levamos em conta que, conforme descrito acima, o respeito ao precedente na *Common Law* é cultural, oriundo de uma tradição.

5. Dificuldade de utilização do *distinguishing*.

Trata-se de uma técnica, típica da *Common Law*, que consiste em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da regra estabelecida naquele.³⁹

Essa distinção em relação ao precedente decorre da descoberta de alguma diferença juridicamente relevante entre este e o caso a ser julgado, que permite que a decisão seja tomada de forma independente. O juiz, neste caso, reconhece a existência do precedente, mas encontra motivos fáticos que justificam a não adesão ao caso anterior.

³⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. pág. 220.

³⁹ MARIQUITO, Carla da Silva. **Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – v. VIII, julho/dezembro de 2011. Pág. 176. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 05/06/2013. Pág. 199.

Por isso é que a análise comparativa entre um caso e o outro é tão relevante, envolvendo as circunstâncias fáticas de cada um deles. É indispensável o confronto entre os dois, verificando o juiz se o caso que lhe é submetido pode ser considerado análogo ao paradigma. É justamente aí que reside o perigo da redução do precedente a uma súmula, a qual não permitiria esse juízo analítico.

Aliás, nota-se que a utilização do precedente não contribui para acelerar o julgamento da causa – objetivo precípua do art. 285-A do atual CPC e do art. 307 do Projeto de Novo CPC. Ao contrário, o uso da lógica de vinculação aos precedentes, desde que fiel à maneira como é aplicada em seu sistema de origem, pode até mesmo tornar o julgamento mais trabalhoso.

O mecanismo utilizado no Brasil destoa bastante da vinculação aos precedentes na *Common Law*, que, conforme já exposto, exige um metucioso exame do caso a ser julgado em comparação analítica com o precedente paradigma, cujos aspectos fáticos são levados em consideração. Todo esse juízo, que não pode ser feito liminarmente, deveria ser exposto de forma detalhada na fundamentação da sentença.

Ao não se fazer tal exposição, inviabiliza-se o processo justo, pois este somente será atendido quando as decisões judiciais considerarem todas as particularidades da causa, refletindo em sua fundamentação a observância de todas as garantias mínimas que o compõem.⁴⁰

6. A utilização do *overruling* na *Common Law*. O perigo da vinculação a uma jurisprudência instável.

O *overruling* consiste no mecanismo que tem por objetivo o reconhecimento da existência de fundamento para o abandono do precedente anteriormente utilizado, por haverem sido alteradas as razões que autorizaram sua decisão. Para tanto, é necessária uma carga maior de motivação, exigindo-se que sejam trazidos argumentos até então não suscitados.

⁴⁰ Idem, pág. 176.

Ele pode ocorrer de forma expressa (que garante mais segurança) ou tácita; e pode ser total ou parcial – chamado, neste caso, de *overriding* – quando o tribunal limita o âmbito de incidência do precedente.

Este mecanismo é importante para conferir flexibilidade no sistema da *Common Law*, revelando que não é exigida uma submissão cega aos precedentes; muito embora o *overruling* dos precedentes da Suprema Corte só possa ser feito por ela própria, não podendo um tribunal inferior no plano hierárquico superá-los.

Também é interessante notar que, não obstante a possibilidade de superação do precedente pelo tribunal, dados estatísticos mostram que isso não é uma prática frequente. A média de vida de um precedente norte-americano é de 29,2 anos – o que supera a média de tempo pelo qual um magistrado fica na Suprema Corte dos Estados Unidos. Dentre as mais de 55.000 (cinquenta e cinco mil) decisões em recursos proferidas no período de 1880 a 1957, houve apenas 81 casos de superação de precedentes⁴¹.

Isso mostra que, não obstante a preponderância da jurisprudência no sistema da *Common Law*, e a existência de possibilidade de sua alteração, assegura-se a segurança jurídica mediante considerável estabilidade nas decisões. Isso garante a previsibilidade no direito, motivo pelo qual doutrinadores e juízes concordam que Suprema Corte deve, de fato, ser relutante em superar seus precedentes.

Estudos também mostram que a decisão que supera a *ratio decidendi* do precedente é normalmente maior que a superada. Afastar-se do precedente é exceção e requer, portanto, uma justificativa consistente. Decisões que reveem o precedente apenas porque ele teria sido decidido de forma errada são duramente criticadas, exigindo-se, para tanto, mudança na lei ou nos valores que norteiam a sociedade.

Além disso, a fim de garantir a aludida previsibilidade no direito, a Suprema Corte Americana instituiu o *prospective overruling*, que ocorre quando o precedente é

⁴¹ Idem, pág. 180 e 181.

revogado com eficácia *ex nunc*, ou seja, o novo precedente só alcança casos ocorridos posteriormente ao seu advento.⁴²

No Brasil, não se constata tal preocupação com a legítima expectativa do jurisdicionado, diante de jurisprudência consolidada no âmbito dos tribunais. Altera-se a jurisprudência com uma enorme facilidade, o que compromete a autoridade daqueles e a credibilidade de suas decisões. Basta uma alteração na composição do tribunal para que mude o seu posicionamento a respeito de diversas matérias que, muitas vezes, induziram o comportamento dos jurisdicionados.

Não há um encargo pela estabilidade e continuidade do Direito, mas sim uma visão pessoal sobre o que é a jurisdição. Isso não só prejudica a segurança jurídica, como estimula o litígio, dando à parte a chance de se aventurar nos tribunais superiores, podendo apostar em uma mudança de entendimento, considerando o longo tempo que normalmente leva um processo judicial.

É fácil concluir que o entendimento dos tribunais superiores não possui, normalmente, a estabilidade necessária para que sirva como único e suficiente fundamento de uma sentença de rejeição preliminar do mérito de determinada demanda, com força de coisa julgada material.

Como aduz Leonardo Greco, a jurisprudência não está sujeita aos limites de eficácia temporal a que se submete a própria lei, que não pode retroagir, em respeito ao direito adquirido. Um dos maiores riscos da mudança na jurisprudência é a frustração da expectativa de que um direito exista, diante de uma nova jurisprudência ou súmula, ainda que vinculante, a qual pode ser revista ou revogada pelo próprio STF.⁴³

Diante deste contexto, tem-se defendido a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração jurisprudencial, aplicando-se o entendimento anteriormente consolidado aos casos que se relacionem aos fatos pretéritos, anunciando o tribunal a

⁴² MADEIRA, Daniela Pereira. **A força da jurisprudência**. In: BARBOSA, Andrea Carla... [et al.]; coordenador Luiz Fux. **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): Reflexões acerca do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 540

⁴³ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil, v. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 44.

mudança de paradigma para as situações vindouras. Neste sentido dispõe o art. 847, V e parágrafo primeiro do projeto de Novo Código de Processo Civil:

Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

(...)

V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

7. Conclusão.

É sabido que boa parte da doutrina critica duramente o art. 285-A, por ser prejudicial às garantias do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e motivação das decisões judiciais, bem como à isonomia, dentre outras, conforme se tentou demonstrar neste estudo.

Não obstante a tentativa de solucionar as críticas à vigente previsão da sentença liminar de improcedência, o art. 307 do Projeto de Novo CPC continua a apresentar riscos às garantias fundamentais do processo. Se, por um lado, deixou de permitir que o juiz reproduza o teor de sentença relativa a outro processo, rejeitando a demanda com base em apenas decisões daquele mesmo juízo, por outro lado, atribuiu força desmedida à jurisprudência, no mesmo sentido das recentes reformas legislativas ao vigente CPC e do Projeto de Novo CPC.

Diz-se desmedida porque a jurisprudência ganha, neste contexto, mais força que a própria lei. Com efeito, uma demanda que contrarie um artigo de lei terá que seguir todo o devido processo legal, ao passo que outra que contrarie uma súmula dos tribunais superiores deverá (e não mais poderá) ser liminarmente rejeitada.

Tentou-se comprovar neste estudo que a aproximação entre as famílias da *Common Law* e da *Civil Law* não configura uma justificativa para tal inovação processual, tendo em vista que, naquele sistema, a vinculação ao precedente se dá de forma totalmente diferente, atentando-se para os detalhes fáticos do *leading case*, resguardando-se a possibilidade do *distinguishing*, e tendo-se a cautela de buscar a *ratio decidendi* da decisão. Viu-se que, na *Common Law*, a vinculação ao precedente é uma tradição, arraigada na cultura de seus países, e não um meio de assegurar a celeridade processual.

Na verdade, o motivo dessa reforma legislativa, bem como de tantas outras com o mesmo objetivo, é o afã em solucionar a chamada “crise do Judiciário”. Todavia, a vinculação cada vez maior ao entendimento dos tribunais superiores, bem como a tendência de se atribuir a uma única decisão judicial o poder de atingir a esfera de interesses de inúmeras pessoas que não puderam nela influir eficazmente, são fatores que contribuem para um crescente distanciamento do juiz em relação aos jurisdicionados e às peculiaridades fáticas de cada caso concreto.

O desespero em garantir a celeridade não pode servir como pretexto para a redução na qualidade das decisões. A concretização do direito fundamental à duração razoável do processo não pode se dar em prejuízo de outros direitos fundamentais igualmente importantes, como contraditório, ampla defesa, devido processo legal e segurança jurídica. Aliás, há mais prejuízo em uma decisão injusta do que em uma decisão demorada. É legítima a busca por um processo célere, mas esta não se deve dar a qualquer custo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARBOSA, Andrea Carla... [et al.]; coordenador Luiz Fux. **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): Reflexões acerca do novo Código de Processo Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BELFORT, Juvêncio Costa e MEREB, Magda Luiza Gonçalves. **A garantia constitucional da celeridade processual sob a égide do art. 285-A do CPC**. In:

Revista Sapientia. Edição IV, vol IV, nº 4, ano 3. Abril de 2012. Disponível em www.revistasapientia.inf.br. Acesso em 03/06/2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 8.046, de 2010: Código de Processo Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em 25/04/13.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JR, Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Curso de Direito Processual Civil, volume II. Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão judicial, Coisa julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DIDIER JR, Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Curso de Direito Processual Civil, volume III. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil, volume I**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUX, Luiz. **A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC**. 1. ed. Niterói: Impetus, 2006.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. In: Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. Págs. 225-286.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil, volume I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARIQUITO, Carla da Silva. **Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – v. VIII, julho/dezembro de 2011. Págs. 147-180. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 05/06/2013.

MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. **Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: Revista de informação legislativa, v. 48, n. 190, abril/junho de 2011. Págs. 169-177.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. ***Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro.*** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

RAVARA, Bruno Albino. **O tratamento dispensado ao tratamento *prima facie* no Novo CPC e a correção de supostas inconstitucionalidades.** In: Revista Eletrônica de Direito Processual – v. VIII, julho/dezembro de 2011. Págs. 132-146. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 05/06/2013.

SOVERAL, Raquel Tomé e MIGLIAVACCA, Luciano de Araújo. **Reforma do Código de Processo Civil: A busca pela razoável duração do processo, como direito fundamental, frente às garantias individuais.** Revista Brasileira de Direito, IMED, vol. 7, nº1, janeiro/junho de 2011. Págs. 92-111. Disponível em www.seer.imed.edu.br. Acesso em 02/06/2013, às 16h30min.

STRECK, Lenio Luiz. **O Fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da Justiça.** Disponível em: www.leniostreck.com.br. Acesso em 18/04/13.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.