

A sentença *prima facie* e a (não) vinculação de seu conteúdo ao entendimento consolidado pelos tribunais superiores: uma mensagem jurídica subliminar

Maria Luíza do Sacramento Santos¹
Maria Soledade Soares Cruzes²
Janine Soares de Matos Ferraz³

Resumo: A sentença *prima facie*, disposta na Lei 11.277/2006, é resultado do movimento reformista que prega um processo efetivo, baseando-se na busca por um equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica. Com a inserção do artigo

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC), Unidade de Vitória da Conquista. Advogada. E-mail: marialuizasacramento@hotmail.com.

² Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisadora-Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia (FAPESB). Possui Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual: Grandes Transformações, pela UNAMA/Rede LFG (2007). Possui graduação em Direito pela UESB (2005). É professora da graduação em Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB – campus de Brumado). É professora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público e Privado e da graduação em Direito da FTC, Unidade de Vitória da Conquista (2008-atual), onde desempenhou a função de coordenadora do curso de graduação (2011), atualmente figura como líder do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Efetividade Processual (2011-atual), integrou o Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito (2011) e desenvolve atividades de ensino, pesquisa e extensão. Foi professora da Pós-graduação Lato Sensu em Gestão Empresarial e das graduações em Administração e em Secretariado Executivo da Faculdade Juvêncio Terra (2011-2013), onde desenvolveu atividades de ensino e de extensão interdisciplinar. É professora da Central de Cursos, onde leciona a Disciplina Direito Empresarial em cursos preparatórios para concursos e OAB. Foi professora da graduação em Direito da Faculdade de Guanambi (2007-2008). E-mail: msollesc@hotmail.com.

³ Juíza de Direito do Estado da Bahia. Possui Especialização em Gestão e Desenvolvimento de Seres Humanos pelo Centro de Pós-Graduação e Pesquisa Visconde de Cairu (2002). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (1999). É professora licenciada da graduação em Direito da FTC / Unidade de Vitória da Conquista (2004-atual), onde desenvolve atividades de ensino e extensão. É analista judiciária do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2000-atual), exercendo atualmente a função de assessora de magistrado (2011-atual). Integra o Conselho da Comunidade para Assuntos Penais da comarca de Vitória da Conquista – BA (2012-atual). E-mail: janinematos@yahoo.com.br.

285-A no Código de Processo Civil brasileiro, o qual dispõe sobre a matéria, muitas discussões foram levantadas acerca de sua aplicabilidade e possível afronta a princípios constitucionais. No presente trabalho serão abordados os contornos da discussão acerca da vinculação da decisão dos magistrados (no caso de entenderem pela improcedência *prima facie*) ao entendimento consolidado pelos tribunais superiores. Tem-se como objetivo demonstrar em que medida existe antagonismo em conferir aos magistrados atuação criativa e independente e lhes exigir observância ao entendimento consolidado pelos tribunais superiores. O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, com a utilização de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Palavras-chave: Livre convencimento motivado. Precedente. Sentença *prima facie*.

The *prima facie* court judgment and (not) linking their content to the understanding consolidated by higher courts: legal subliminal message

Abstract: The *prima facie* court judgment willing 11.277/2006 Law, is the result of the reform movement that preaches an effective process, relying on speed and safety law. With the inclusion of Article 285-A of the Brazilian Civil Procedure Code, which provides for the matter, many discussions have been raised about its applicability and possible affront to constitutional principles. In the present paper will discuss the contours of the discussion of binding the decision of the judges in the case of discretion by refusing *prima facie*, to understand consolidated by higher courts. It has aimed to demonstrate to what extent there is antagonism to give magistrates and independent creative activity and to require them respect, understanding consolidated by higher courts. The research method used is the hypothetical-deductive, with the use of literature, legislative and judicial.

Keywords: Free motivated conviction. Judicial precedent. *Prima facie* court judgment.

Introdução

A sentença *prima facie*, prevista no artigo 285-A do Código de Processo Civil, é instituto que possibilita o julgamento liminar pela improcedência de ação que possua conteúdo idêntico ao de outras já julgadas, desde que se trate de matéria unicamente de direito.

A improcedência *in limine* foi inserida no ordenamento jurídico sob os ditames de um movimento reformista que busca a efetividade do processo por meio, principalmente, da celeridade e é sob esse argumento que se tem entendido que o conteúdo destas sentenças deve estar em conformidade ao entendimento dos Tribunais Superiores, o que, *a priori*, contraria garantias que orientam a atuação dos juízes de primeiro grau.

É nessa contrariedade que tem razão de ser o seguinte questionamento: em que medida a vinculação das decisões dos magistrados de 1º grau ao entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores é atentatória à independência do magistrado, bem como ao princípio do livre convencimento motivado, nas hipóteses de aplicação do artigo 285-A do Código de Processo Civil?

Buscando responder à problemática faz-se necessário, inicialmente, analisar os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, o respeito aos precedentes e sua aplicação no direito brasileiro e a importância das garantias dos magistrados como decorrência de um processo histórico-evolutivo resultante do rompimento do rigoroso sistema exegético.

Traçados os referidos pressupostos teóricos, serão abordados os objetivos do movimento reformista do Código de Processo Civil, dando ênfase à terceira etapa deste processo, bem como a sistemática da improcedência *prima facie* no ordenamento vigente, ressaltando as discussões sobre os limites de sua aplicabilidade no que concerne à vinculação de seu conteúdo ao entendimento dos tribunais superiores.

Por fim, e numa visão prospectiva, será pontuada a abordagem da matéria no projeto do novo Código de Processo Civil e analisado se a busca pela celeridade e segurança jurídica por meio do respeito aos precedentes, quando do julgamento liminar de improcedência, constitui afronta às garantias conquistadas pelos magistrados.

Breve análise comparativa entre as tradições jurídicas de *civil law* e *common law*

A tradição jurídica, conforme preconizam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (2007, p. 2), é um grupo de atitudes

condicionadas historicamente sobre a natureza do direito, sobre o seu papel na sociedade e no governo, sobre a organização e operação do sistema jurídico e sobre o jeito em que a lei deve ser feita, aplicada e estudada, pondo o sistema jurídico sob uma perspectiva cultural.

Com efeito, os referidos autores (2007, p. 01-04) observam que existem duas tradições jurídicas muito influentes no mundo contemporâneo: 1) a *civil law*, datada da publicação das Doze Tábuas em Roma, tendo se espalhado pela Europa, América Latina e algumas partes da Ásia e África; 2) a *common Law*, datada de 1066 d.c, quando os normandos conquistaram a Inglaterra, manifestando-se, em regra, em países de colonização ou influência inglesa como Estados Unidos, Canadá e Austrália.

Feitas essas considerações preliminares, deve-se notar que cada uma das referidas tradições jurídicas possui características marcantes que apontam a sua distinção e que precisam ser analisadas, ainda que brevemente, na medida em que o estudo sobre suas bases indicará a possível estruturação e propensão de um sistema para respeitar ou não os precedentes – ponto que interessa especificamente a este trabalho.

Nesse diapasão, observa-se que o sistema de *civil law* possui como característica marcante o apego ao texto positivado e a atribuição de força secundária às demais fontes diversas da lei. Elucidando as propriedades do referido sistema, Miguel Reale (2002, p. 140) afirma que essa tradição acentuou-se ainda mais após a Revolução Francesa, na medida em que buscou-se, a partir daí, estabelecer limites à atuação, principalmente do Judiciário, e fixou-se a separação de poderes, atribuindo ao Legislativo a função de criar as leis. Neste sistema, originalmente, apenas caberia ao magistrado declarar a lei.

Doutro modo, o sistema da *common law*, ainda em conformidade às ideias de Miguel Reale (2002, p. 141), revela como elemento principal o apego aos usos, costumes e jurisprudência, sendo o Direito consolidado em precedentes judiciais. Nota-se, portanto, a importância do juiz, que por meio de suas decisões afigura-se como criador da lei e não apenas como seu declarante.

Apesar das pontuadas distinções, é imperioso ressaltar que hodiernamente o *civil law* e o *common law* têm sofrido influências recíprocas, sendo notório, por exemplo, que o juiz do *civil law* há muito deixou de ser declarante da lei, sendo-lhe garantida atuação criativa, a qual possibilita a interpretação da norma utilizada no caso concreto.

Abordando o direito brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 40-41) pontua que aqui o juiz, atualmente, possui poder criativo maior do que o do *common law*, haja vista não prestar respeito aos precedentes. Assim, verifica-se que, seguindo a base do respeito aos precedentes de forma extremada, os juízes do *common law* tornaram-se menos criativos do que os do *civil law*, haja vista não ser permitida a aplicação da lei de forma destoante das altas cortes.

É possível perceber, ainda, que, mesmo o Brasil sendo tradicionalmente de *civil law*, tem havido uma ascensão do respeito ao entendimento dos Tribunais Superiores, o que vem se destacando por meio de súmulas vinculantes, impeditivas de recurso e julgamentos de ações repetitivas. Mas, mesmo assim, com o direcionamento em relação às bases do sistema anglo-saxão, o sistema jurídico brasileiro prega o respeito às normas, principalmente à Constituição Federal e atribui às demais fontes do direito valor secundário, sendo, pois, tipicamente de *civil law*.

Ante o exposto, verifica-se que os sistemas de *civil law* e de *common law* apresentam em sua base o respeito, respectivamente, ao direito positivado e ao direito criado por meio de decisões judiciais. Ademais, nota-se que, mesmo com as influências exercidas reciprocamente por um sistema em relação ao outro e com o direcionamento ao respeito às decisões dos tribunais superiores, o sistema brasileiro ainda é predominantemente de *civil law*.

A força vinculativa dos precedentes no sistema jurídico brasileiro

Antes de adentrar nas especificidades dos precedentes no Brasil, se é que aqui este instituto de fato existe, faz-se necessário apresentar a natureza deste tipo de decisão.

Os precedentes constituem decisões de força vinculativa que orientam tanto os tribunais superiores que os tenham proferido, quanto os tribunais inferiores. Com efeito, Marinoni (2010, p. 105) observa que somente há que se falar em precedente se o ato se revestir de poder vinculativo, tanto em relação àquele que o proferiu, quanto em relação àqueles que, porventura, venham a proferir decisões em casos similares.

Portanto, o que caracteriza a figura do precedente é o dever de respeito ao seu conteúdo, consistente na observância da decisão em julgamentos posteriores. Conforme explica Marinoni (2010, p. 111-119), este respeito pode ser pontuado em maior ou menor grau, a depender de a eficácia ser obrigatória ou meramente persuasiva.

O precedente tido como de eficácia absolutamente vinculante, no qual o respeito pela decisão é obrigatório, é revestido de verdadeira imutabilidade, em nome da estabilidade do sistema jurídico.

A segurança jurídica, da forma como é concretizada nos sistemas jurídicos que se pautam por este tipo de precedente, a exemplo do antigo sistema inglês, reduz a um patamar mínimo o poder discricionário do magistrado. Isto porque, ainda que se entenda que o caso não merece mais o mesmo tratamento, o julgamento deverá ser de modo a corroborar o entendimento consolidado pelo precedente. Desenvolvendo a questão, Márcio Louzada Carpena (2010, p. 9) esclarece que após a causa ter sido julgada, a sociedade irá absorvê-la como norma de conduta, não sendo razoável sua posterior alteração.

Já o precedente de eficácia meramente persuasiva depende do entendimento do magistrado sobre o caso que lhe for apresentado, sendo possível o seu afastamento desde que apresentada fundamentação convincente para tanto.

Segundo Marinoni (2010, p. 118), a ausência de constrangimento no sistema brasileiro é o que demonstra que no Brasil ainda não existe sequer o sistema de precedentes persuasivos:

Isso quer dizer que, no Brasil, os precedentes não vêm sendo sequer persuasivos. Embora constitua uma patologia, os tribunais e juízes muitas vezes não se julgam obrigados a respeitar os

precedentes dos Tribunais Superiores. Em alguns casos, nem mesmo tomam em consideração os precedentes articulados pelos advogados das partes.

Ademais, anota-se que, levando-se em consideração que o dever de respeito é um elemento do conceito de precedente, este mostra-se como instituto diverso da jurisprudência, a qual pode ser utilizada como fundamento de uma decisão, mas seu uso constitui uma faculdade do juiz.

Neste ponto faz-se necessário distinguir as decisões com força vinculativa das súmulas vinculantes. Estas constituem consolidação da jurisprudência sobre matéria constitucional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e que possui eficácia vinculante em relação aos órgãos da administração direta e indireta, conforme preceitua o artigo 103-A da Constituição Federal. Mostram-se, assim, como o instituto brasileiro que mais se aproxima da noção de precedentes e, por conseguinte, das bases do sistema da *common law*.

Ante tudo o que fora exposto, sendo o Brasil adepto do sistema de *civil law*, ainda que a jurisprudência tenha conquistado um lugar de destaque no cenário jurídico pátrio, verifica-se que aqui, atualmente, não existe um sistema articulado de precedentes ante a ausência do elemento dever de respeito pelas decisões das cortes superiores, apenas excepcionada pelas súmulas vinculantes.

O princípio do livre convencimento motivado e o princípio da independência funcional dos magistrados

Antes da Revolução Francesa, os juízes solucionavam os casos que lhes eram apresentados conforme sua conveniência, consolidando interesses da parte mais abastada da sociedade e impedindo qualquer forma de ascensão da classe que se mostrasse contrária a este sistema. Assim, pode-se perceber que não existia controle ao exercício da magistratura.

Contudo, após a Revolução Francesa e com fulcro nos ideais de Montesquieu, buscou-se uma reestruturação do sistema que regia a

sociedade e firmou-se a separação de poderes. Assim, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário teriam atribuições típicas bem definidas. Por conseguinte, nos países adeptos do sistema de *civil law*, os juízes passaram a ser boca de lei, já que a atuação jurisdicional deveria ser, meramente, exegética.

Neste esteio é a preleção de Chaim Perelman (2004, p. 31-32) que, ao discorrer acerca da Escola da Exegese, destacando a sua relevância no século XIX, afirma que o objetivo desta escola era reduzir o direito à lei, em especial, o direito civil ao Código de Napoleão, confiando-se aos tribunais a mera missão de “estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor”.

Ocorre que, com o passar do tempo, e diante da falibilidade de ter o julgador como reproduzidor de texto legal, esse sistema foi perdendo força e cedendo espaço à possibilidade de o magistrado interpretar a norma e aplicá-la conforme o caso concreto.

O ordenamento jurídico brasileiro, adepto da tradição jurídica da *civil law*, observando esta evolução, rompeu com o rigoroso sistema exegético e passou a garantir aos magistrados atuação criativa. A criatividade, neste contexto, consiste em possibilitar ao magistrado interpretar e aplicar a lei da forma que entenda ser mais condizente com a situação apresentada, desde que o entendimento seja devidamente motivado e sem dissonância da lei.

Nessa linha de pensamento Ricardo Maurício Freire Soares (2008, p. 120) é enfático ao afirmar que “o juiz não só aplica a lei, pois nenhuma é completa, só a sentença o é. Julgando, o juiz tem função criadora, vez que reconstrói o fato, pondera as circunstâncias às quais atribui relevo, escolhe a norma a aplicar e lhe estabelece a extensão”.

Em síntese, a atuação criativa mostra-se, dessa forma, avessa a um sistema de precedentes de eficácia obrigatória, na medida em que este sistema “engessa” a atuação jurisdicional. Doutro modo, atrelado à criatividade jurisdicional, o princípio do livre convencimento motivado possibilita ao magistrado analisar as provas que lhes são apresentadas e

aplicar ao caso a decisão que corresponda à sua convicção sobre a lide, de modo que quando se tratar de valoração de fatos e provas não há que se falar em vinculação.

Deve-se ressaltar, neste ponto, que não há que se confundir o princípio em comento com uma atuação arbitrária, sem parâmetros. Pelo contrário, a decisão deve ser motivada, atendendo a exigência constitucional. Sobre as consequências da decisão imotivada Wilson Alves de Souza (2008, p. 224-225) entende que a ausência de motivação, por ser uma afronta a um direito fundamental, merece consequência jurídica mais rígida do que declaração de nulidade, como indica o texto constitucional. Para o autor, “tamanha violência” configura ato juridicamente inexistente.

Em verdade, o princípio do livre convencimento motivado se presta a não aniquilar a liberdade de atuação do magistrado e pensar em efetivar meios contrários a este princípio é retroagir à época em que os juízes eram meros reprodutores de textos, apenas com a diferença do instrumento que irá vinculá-lo. Antes rigidamente a lei, agora o entendimento das altas cortes.

Além do princípio do livre convencimento motivado, a independência funcional é outra forma de garantir uma melhor atuação do Poder Judiciário. A ideia central deste princípio é a de que sobre o Poder Judiciário não deve haver interferências de fatores externos ou internos. Nesse mesmo sentido anota Rui Portanova (2008, p. 72-73), acrescentando que é direito do cidadão que a jurisdição seja isenta de pressões externas, devendo as partes exigirem do julgador que exerça esta independência. Nota-se, pois, que além de ser uma forma de garantir a atuação dos magistrados, o princípio da independência mostra-se como um instrumento de controle da atuação deste em face das partes litigantes.

Destaque-se que, mesmo havendo uma organização judiciária dos Tribunais, não há subordinação entre tribunais de instâncias distintas. Contudo, todos devem primar pela melhor prestação jurisdicional, de modo a não proferir decisões com base em vaidades que sejam contrárias à racionalização do processo.

Por todo o exposto, conclui-se que as garantias da livre convicção motivada, que consiste em possibilitar ao magistrado valorar as questões e solucionar a lide da forma que entenda adequada ao que lhe foi apresentado, desde que o faça motivadamente, e a da independência funcional, a qual permite ao juiz atuar livre de pressões internas e externas, mas de forma condizente à melhor prestação da atividade jurisdicional, mostram-se como uma conquista histórica em decorrência de um longo processo evolutivo do Estado.

A terceira onda reformista do Código de Processo Civil e a introdução da sentença *prima facie* no ordenamento jurídico brasileiro

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e sofrendo forte influência das ideias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31) acerca das ondas renovatórias da justiça, a ciência processual brasileira passou a vivenciar uma nova fase metodológica (a da instrumentalidade), uma vez que sentiu a necessidade de buscar uma aproximação entre o processo e o direito material, com o fito de garantir o mais amplo acesso à justiça aos cidadãos brasileiros.

Essa orientação de Cappelletti e Garth (1988, p. 71), contudo, trazia um intrínseco encorajamento à “exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento”. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 4) é enfático ao afirmar que “vieram essas ondas renovatórias com a pragmática postulação de alterações legislativas, a par da mudança da mentalidade dos operadores do sistema”.

No Brasil, o movimento reformista, inaugurado na década de 90, já passou por três etapas, a primeira entre os anos 1994 e 1996, a segunda em 2001 e 2002 e a última entre 2005 e 2009. É de se observar, contudo, que nesta pesquisa, será dedicada atenção especial apenas à terceira onda reformista, com foco na Lei nº. 11.277/2006, que inseriu no Código de Processo Civil o artigo 285-A, cuja redação é a seguinte:

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

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

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso (BRASIL, 2006).

Assim, o instituto da improcedência *prima facie* mostra-se como corolário de um movimento legislativo que busca tornar o processo o mais efetivo possível, por meio do julgamento liminar de demandas repetitivas. Elucidando o que é um processo efetivo, Rogério Mollica (2009, p. 347) leciona ser aquele que, observando o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado.

Nesse sentido, o Ministro Márcio Thomas Bastos elucidou, na exposição de motivos do projeto de lei que deu origem à Lei nº. 11.277/2006, a finalidade de inclusão do dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro, *in verbis*:

Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

[...]. De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.

[...]. A proposta vai nesse sentido ao criar mecanismo que permite ao juiz, nos casos de processos repetitivos, em que a matéria controvertida for unicamente de direito, e no juízo já houver sentença de total improcedência, dispensar a citação e proferir decisão reproduzindo a anteriormente prolatada (BRASIL, 2004).

Por conseguinte, enfatizando meios que garantam a celeridade nos casos de ações repetitivas, Glauco Gumerato Ramos (2006, p. 377) assevera que não se deve esquecer que, pela Emenda Constitucional 45/2004, tornou-se explícito o princípio da duração razoável do processo em todos os seus níveis, de modo que a resolução imediata de causas repetitivas torna-se um meio apto a garantir a celeridade de tramitação do processo conforme disposto na Constituição Federal. É dizer, estando o juiz diante de uma causa idêntica a diversas outras já julgadas, cujo resultado final será o mesmo destas, torna-se desnecessário praticar todos os atos inerentes a um trâmite processual, tudo em nome da racionalização do processo.

Relacionando a celeridade com a não vinculação dos magistrados às decisões dos tribunais superiores, Marinoni (2006, p. 3) afirma que não há sequer como se pensar em razoável duração do processo enquanto os juízes puderem decidir de maneira contrária às cortes superiores. Neste ponto, torna-se notório um dos fundamentos do artigo 285-A do CPC do ponto de vista, principalmente, do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, o da uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores, que se mostra como uma forma de conferir celeridade ao processo.

Ante tudo o quanto exposto, conclui-se que o artigo 285-A, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.277/2006, sendo decorrência de um movimento legislativo que prega a racionalização do processo, tem como principal objetivo solucionar lides repetitivas, por meio de um processo efetivo, sendo esta efetividade o resultado de um processo célere e que proporcione segurança aos jurisdicionados.

A sistemática do artigo 285-A do Código de Processo Civil e os limites de sua aplicação

O artigo 285-A do Código de Processo Civil possibilita ao magistrado, quando a matéria for exclusivamente de direito e já houver sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos, proferir sentença de igual conteúdo sem que o réu seja citado. Se o autor apelar, será facultado ao juiz decidir no prazo de cinco dias manter ou não a sentença. Caso seja mantida a sentença, o réu deve ser citado para contrarrazoar o recurso.

Pela disposição legal, a improcedência *prima facie* requer a observância de alguns requisitos. Seguindo a ordem da redação do artigo, o primeiro dos requisitos é que a matéria seja unicamente de direito, ou seja, a matéria deve corresponder apenas à aplicação da norma, não dependendo de elucidação fática com produção de provas. A impossibilidade de julgamento liminar em situações em que a matéria seja de fato e de direito, como assevera Ramos (2006, p. 380), decorre do respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Outro requisito é que o julgamento seja pela total improcedência do pedido, uma vez que caso o instituto fosse aplicado em prejuízo do réu, com procedência total ou parcial da ação, sem que este fosse chamado a integrar a lide, restaria configurada verdadeira ofensa ao contraditório e, por conseguinte, ao devido processo legal. A matéria deve, ainda, ter sido analisada em casos idênticos, os quais, como bem elucida Fredie Didier Jr. (2009, p. 459), tratam-se de causas repetitivas, que versem sobre questão jurídica semelhante, como ocorre nos litígios de massa. Ademais, verifica-se que para que seja proferida sentença de *improcedência liminar*, que é uma decisão de cognição sumária, ou seja, aquela na qual o magistrado não se presta a analisar detalhadamente o objeto da lide, faz-se necessário que esta questão já tenha sido objeto de cognição exauriente noutro momento, sendo esta, como leciona Didier Jr. (2009, p. 304), aquela na qual a questão é conhecida com maior profundidade.

O julgamento das ações idênticas deve, ainda, ter ocorrido no mesmo juízo, o que não significa dizer que todas as decisões tenham sido proferidas pelo mesmo juiz, mas apenas no mesmo órgão judiciário, na mesma vara.

Desde que entrou em vigor, o texto vem sendo alvo de inúmeras críticas, contudo, o presente trabalho se presta a analisar os limites de aplicação do instituto em comento, com foco principalmente nos argumentos de que o conteúdo da sentença *prima facie* deve estar em consonância ao entendimento dos tribunais superiores.

Corroborando com este entendimento o Superior Tribunal de Justiça, como se verifica da decisão proferida em sede de Recurso Especial, no qual se assimilou que a sentença *prima facie* deve ser aplicada em consonância ao entendimento firmado pelas instâncias superiores, principalmente por este Tribunal e pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto afirmou-se que este posicionamento não vai de encontro à independência do magistrado, haja vista, ser independente não significar uma garantia conferida exatamente à pessoa do juiz, mas também aos jurisdicionados, à sociedade e ao próprio Estado, como uma forma de garantir a realização do direito material nos termos em que se espera (STJ, 16/06/2011).

Também nessa linha se posiciona Marinoni (2006) observando que não haveria lógica em admitir que o juiz possa julgar conforme o que decidiu em casos idênticos quando o tribunal tenha firmado jurisprudência ou editado súmula em sentido contrário.

Didier Jr. (2009, p. 459), ao analisar o pensamento do autor supra mencionado, identifica a existência de um pressuposto implícito para a aplicação do artigo 285-A do Código de Processo Civil. Isso traduz, como se pode observar, uma verdadeira mensagem jurídica subliminar na medida em que, para que se pudesse proferir sentença *prima facie*, haveria ainda que se observar, além dos requisitos demonstrados anteriormente, o entendimento do tribunal ao qual o magistrado é vinculado, bem como dos tribunais superiores.

Ocorre que este entendimento, a depender de como se exija a vinculação, pode se mostrar contrário não apenas ao princípio da independência dos juízes, mas também à garantia de atuação criativa, haja vista ser um limitador de sua atividade quando a questão se tratar de matéria de direito. De outro modo, não se pode olvidar que a busca da celeridade e economia processual, além das formas de garantir a segurança jurídica, mostram-se em plena harmonia aos ditames do direito processual civil decorrente da onda reformista já trabalhada alhures.

Ramos (2006, p. 382-383) pontua que a norma do art. 285-A do CPC não é vinculativa nem ao próprio juiz que proferiu as sentenças dos precedentes equivalentes, nem aos outros que eventualmente venham a ocupar seu lugar no respectivo juízo. Nesse mesmo sentido, Didier Jr. (2009, p. 458) dispõe que não há uma obrigatoriedade de aplicação do dispositivo, podendo o magistrado alterar seu posicionamento anterior e, portanto, não repetir a decisão em um novo processo.

Assim, sob o ponto de vista de ser uma faculdade a aplicação do art. 285-A do CPC, pode-se afirmar que a sistemática da improcedência *prima facie* mostra-se contraditória ao entendimento de que deve haver vinculação do entendimento dos juízos de primeiro grau aos “precedentes” dos Tribunais Superiores, já que, caso o magistrado não queira julgar a causa liminarmente ou mude seu posicionamento em relação às matérias repetitivas, bastará não aplicar o disposto no artigo 285-A do Código de Processo Civil e dar prosseguimento ao processo.

Doutro modo, deve-se registrar que dar seguimento a um processo nessa hipótese ou proferir sentença liminar divergente do entendimento dos tribunais superiores, sem a devida fundamentação em sentido contrário, corresponderia a um gasto de tempo desnecessário, haja vista que bastaria a interposição do recurso cabível para que a sentença fosse adequada ao entendimento consolidado pelas cortes superiores.

Ante todo o exposto, verifica-se que o entendimento de que o artigo 285-A do Código de Processo Civil deve ser aplicado pelo magistrado de primeiro grau em consonância ao entendimento consolidado pelas altas cortes mostra-se, em princípio, contrário ao princípio da independência

do magistrado e da atuação criativa, mas atende aos novos preceitos do direito processual civil, que busca na uniformização da jurisprudência a garantia da celeridade e segurança jurídica.

A sentença prima facie como instrumento de segurança jurídica no Projeto do novo Código de Processo Civil

Como se observou no presente trabalho, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 sofreu e vem sofrendo inúmeras e profundas alterações, intensificadas, sobretudo, após o advento da Constituição de 1988, e consubstanciadas em três etapas da reforma. Gregório Assagra de Almeida e Luiz Manoel Gomes Junior (2010, p. 70) ressaltam que muitos foram os pontos positivos alcançados por meio das diversas etapas de reforma, situando dentre elas as técnicas para garantir a aceleração da prestação jurisdicional.

Ocorre que tais modificações legislativas também foram acompanhadas de sérios problemas. É que a grande quantidade de reformas pontuais no Código de Processo Civil brasileiro comprometeu sua sistematização e coerência metodológica. Por conseguinte, já se encontra em tramitação no Congresso Nacional Projeto de Lei que visa à promulgação de um novo Código brasileiro de Processo Civil. Uma comissão de juristas, designada pelo Senado Federal e presidida pelo Ministro Luiz Fux, elaborou e encaminhou o Anteprojeto aos Senadores, em junho de 2010. Na dita Casa Legislativa, a proposta tramitou como Projeto n. 166/2010 e foi aprovada em dezembro do mesmo ano, sendo, por conseguinte, encaminhado à Câmara de Deputados, onde atualmente se encontra como Projeto n. 8.046/2010.

Os pilares do projeto se fundam na busca pela efetividade processual, fruto de uma combinação entre celeridade e segurança jurídica, configurando-se notoriamente uma continuação do movimento legislativo que vem alterando o processo civil brasileiro desde a década de 90.

Adentrando especificamente ao objeto do presente trabalho, nota-se, mesmo que ainda não exista um sistema articulado de precedentes no Brasil, ascensão da defesa de um Estado pautado no respeito aos

precedentes dos Tribunais Superiores. Essa defesa, conforme se dê a aprovação do projeto do Novo Código de Processo Civil, poderá passar a ter amparo legal.

No caso específico da sentença *prima facie*, o projeto traz alterações no que diz respeito à observância pelos magistrados do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria discutida. Dispondo sobre essa questão, a comissão assevera na exposição de motivos que posicionamentos diferentes e incompatíveis nos Tribunais sobre a mesma matéria jurídica submetem jurisdicionados, que estão em situações iguais, a tratamento diferente, de modo que o novo Código prestigia a segurança jurídica, poupando-os de surpresas.

O projeto apresentado ao Senado Federal trazia a matéria disposta no artigo 317 e tinha a seguinte redação:

Art. 317. Independentemente de citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se:

I – manifestamente improcedente o pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos;

II – o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos;

III – verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição;

§ 1º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

§ 2º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 316 (BRASIL, 2010).

Por esta redação, verificam-se mudanças substanciais na disposição do instituto, o qual passa a ser um mandamento e não mais como uma faculdade do magistrado, bem como a ausência de ressalva sobre o cabimento deste tipo de julgamento somente quando a matéria for unicamente de direito. A omissão dessa ressalva pode gerar interpretações que levem à defesa dos precedentes quando a matéria tratada for também de fato, o que atenta severamente contra o livre convencimento motivado do magistrado.

Em tramitação junto à Câmara de Deputados, é possível perceber algumas alterações como o cabimento do julgamento liminar de improcedência apenas quando a matéria for exclusivamente de direito, o que não retira do magistrado de primeiro grau a possibilidade de valorar as teses e provas apresentadas. Quanto à imposição do julgamento pela improcedência liminar, nas hipóteses cabíveis, não houve alteração em relação ao conteúdo apresentado ao Senado, de modo que parece ser unânime a busca por retirar do magistrado essa faculdade. Cumpre conferir a redação:

Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente de citação do réu, se este:

I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – contrariar acórdão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos 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 (BRASIL, 2010).

Verifica-se, então, que o instituto é reestruturado textualmente, deixando de ser uma faculdade do juiz a aplicação da sentença *prima facie*. No que concerne a essa alteração, frisa-se que, se aprovado nestes termos, perde razão de ser a discussão de que haveria um contrasenso sistemático exigir a observância pelos magistrados do entendimento dos tribunais superiores, quando o julgamento liminar de improcedência poderia, por ser uma faculdade do magistrado, não ser aplicado. Desse modo, a mensagem antes subliminar, mostra-se da forma mais manifesta possível.

Verifica-se que o projeto do código de processo civil, se aprovado, introduzirá no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de precedentes de eficácia obrigatória, já que em nenhum momento é possibilitado ao magistrado se abster à aplicação do conteúdo das cortes superiores, ainda que o faça fundamentadamente.

Assim, pelo exposto verifica-se que o projeto do novo Código de Processo Civil reestrutura a sistemática da sentença *prima facie*, tornando imperiosa sua aplicação, em casos específicos nos quais a matéria tratada seja unicamente de direito, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, implementando um verdadeiro sistema de precedente de eficácia obrigatória.

Análise de viabilidade da adoção do sistema persuasivo de precedentes: pelo equilíbrio entre a racionalidade do processo e as garantias que orientam a atuação dos magistrados

Como já trabalhado ao longo desta pesquisa, a improcedência *prima facie* é consequência de um movimento reformista que visa introduzir na ordem processual civil meios de garantir um procedimento célere e racional. Com base nesses objetivos, parte da doutrina, a exemplo de Marinoni (2010, *passim*), bem como os tribunais superiores, têm entendido que o instituto só tem razão de existir se a decisão do juiz de primeiro grau estiver em consonância com o entendimento dos tribunais superiores.

A dinâmica do instituto da improcedência *prima facie* nesses termos garante à sociedade um processo com resultado previsível, já que proferido em um Estado com jurisdição coerente. Com efeito, Marinoni (2010, p. 491) assevera que se não é possível o indivíduo esperar que o outro cumpra voluntariamente as normas que regem a vida em sociedade, lhe resta confiar que o Poder Judiciário irá aplicá-la de modo racional sem frustrar a coerência que se espera do Estado.

É natural concluir, em um primeiro momento, que o dever de respeito ao entendimento consolidado pelas cortes superiores é contrária às garantias dos magistrados, sob o argumento de que relativizaria

a liberdade de convencimento, a atuação criativa e a independência funcional dos juízes. Todavia, há que ser ressaltado que existem limitações a esta vinculação, como a de somente ser utilizado quando a matéria tratada for exclusivamente de direito.

Doutro modo, conforme leciona Didier Jr. (2009, p. 298) as questões de direito correspondem a uma forma de subsunção do fato à norma, de modo que, ainda que se restrinjam as hipóteses de vinculação àquelas em que a matéria é exclusivamente jurídica, a criatividade, que corresponde à possibilidade de o magistrado, após a devida análise da matéria, aplicar a norma que entenda ser mais condizente ao deslinde da lide, resta limitada. Contudo, ressalta-se que apenas há que se falar nesta limitação se a eficácia da vinculação do precedente for obrigatória (como estabelecido no projeto do novo Código de Processo Civil), pois nesta situação não será possibilitado ao magistrado se furtar à observância do entendimento consolidado mesmo que entenda de modo contrário.

Faz-se necessário, então, buscar o ponto de equilíbrio, de modo a melhor concretizar a atuação jurisdicional no Estado Democrático de Direito, com o respeito às garantias dos magistrados e efetivação de um processo racional pautado no respeito aos precedentes. Esse equilíbrio apenas parece ser possível com a adoção do sistema de precedentes de eficácia persuasiva, por meio do qual o magistrado poderá interagir, demonstrando seu posicionamento contrário ao entendimento das altas cortes, desde que motive sua decisão.

Como se explanou alhures, o precedente de eficácia persuasiva apenas se impõe nos sistemas em que haja um constrangimento para impor o seu respeito. Este constrangimento consiste no dever de fundamentação em relação à adoção de posicionamento contrário.

Esse dever de fundamentação não seria novidade à atividade do magistrado já que, seguindo as lições de Wilson Alves de Souza, já mencionadas nesta pesquisa, a fundamentação é um dever que se impõe em um Estado Democrático de Direito. A alteração se fundaria apenas no conteúdo desta fundamentação, o qual seria especificamente o de demonstrar que naquela situação o entendimento consolidado não se

aplica ou que, diante de novas linhas de pensamento jurídico, não mais de justificaria segui-lo.

Defender a coerência e, como meio de assegurá-la, defender o respeito às decisões dos tribunais superiores, não significa tolher a independência funcional do magistrado, mas, sim, adequá-la à melhor forma de solução da lide pelo Estado. É nesse sentido que ao proferir a decisão que ganhou destaque no STJ ao tratar dos limites de aplicação da sentença *prima facie*, o Ministro Luis Felipe Salomão destacou que:

E nem se aduza que a interpretação do art. 285-A do CPC, nesses termos, contrasta com a independência da magistratura. Ser independente não significa uma garantia conferida exatamente à pessoa do juiz e para a pessoa do juiz, às cegas, sem nenhuma teleologia. A garantia de independência hospeda-se nos escopos da própria jurisdição, dirigidos que são aos jurisdicionados, à sociedade e ao próprio Estado, garante da paz social e da segurança. [...]. Nessa linha de raciocínio, como princípio assegurador, sobretudo, da qualidade da jurisdição, não pode ser ele acionado quando, ao invés de otimizar a prestação jurisdicional, na verdade lhe causar patente disfunção; ou quando for serviente à distribuição de diferentes “justiças” a iguais jurisdicionados; ou quando, de princípio protetor do jurisdicionado, transformar-se em assegurador de vaidades; ou, ainda, quando for fonte da viciosa duração desarrazoada do processo (STJ, 16/06/2011).

Desse modo, conclui-se que, atendendo aos ditames de uma ordem processual moderna, que prega a racionalidade do processo, faz-se necessário, no julgamento liminar de improcedência, a observância dos magistrados ao entendimento dos tribunais superiores. Contudo, o respeito aos precedentes deve ser imposto de modo que preserve as garantias que orientam a atuação do magistrado, o que apenas é possível se os precedentes a serem observados possuírem eficácia persuasiva, de modo a não ocasionar o engessamento do magistrado e, por conseguinte um retrocesso aos fundamentos do positivismo extremado.

Conclusão

Inicialmente, restou observado no presente trabalho que os sistemas de *civil law* e de *common law* apresentam em sua base o respeito, respectivamente, ao direito positivado e ao direito criado por meio de decisões judiciais. Por conseguinte, constatou-se que, mesmo com as influências exercidas reciprocamente por um sistema em relação ao outro e com o direcionamento ao respeito às decisões dos tribunais superiores, o sistema brasileiro ainda é predominantemente de *civil law*.

Assim sendo, concluiu-se que é possível afirmar que, ainda que a jurisprudência tenha conquistado um lugar de destaque no cenário jurídico pátrio, verifica-se que aqui, atualmente, não existe um sistema articulado de precedentes ante a ausência do elementar dever de respeito às decisões das cortes superiores, apenas excepcionada pelas súmulas vinculantes.

No que concerne às garantias da livre convicção motivada e da independência funcional, notou-se que constituem conquista histórica da atuação dos magistrados em decorrência de um longo processo evolutivo do Estado.

Fixados esses pressupostos teóricos para a resolução da problemática proposta, foi verificado que o artigo 285-A é decorrente de um movimento legislativo que prega a racionalização do processo, tendo como principal objetivo solucionar lides repetitivas por meio de um processo efetivo.

Afirmou-se, ainda, que o posicionamento de que o artigo 285-A do Código de Processo Civil deve ser aplicado pelo magistrado de primeiro grau em consonância com o entendimento consolidado pelas altas cortes mostra-se, em princípio, contrário ao princípio da independência do magistrado e à atuação criativa, mas atende aos novos preceitos do direito processual civil, que busca na uniformização da jurisprudência a garantia da celeridade e segurança jurídica.

Ademais, foi possível extrair do dispositivo o entendimento de que proferir sentença de improcedência liminar é uma faculdade do

magistrado e que a exigência de que o conteúdo da decisão esteja em consonância com o entendimento dos tribunais superiores se mostra como uma mensagem jurídica subliminar.

Por conseguinte e numa visão prospectiva do tema, passou-se à análise do projeto do novo Código de Processo Civil, concluindo-se que este diploma reestrutura a sistemática da sentença *prima facie*, tornando imperiosa sua aplicação em casos específicos nos quais a matéria tratada seja unicamente de direito, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, implementando um verdadeiro sistema de precedente de eficácia obrigatória.

Por fim e com base em todo o exposto, entende-se que atendendo aos ditames de uma ordem processual moderna, que prega a racionalidade do processo, faz-se necessário, no julgamento liminar de improcedência, a observância dos magistrados ao entendimento dos tribunais superiores. Contudo, o respeito aos precedentes deve ser imposto de modo que preserve as garantias que orientam a atuação do magistrado, o que apenas é possível se os precedentes a serem observados possuírem eficácia persuasiva, de modo a não ocasionar o engessamento do magistrado e, por conseguinte, um retrocesso aos fundamentos do positivismo extremado.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Um novo Código de Processo Civil para o Brasil: análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de código de processo civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 17 maio 2012.

BRASIL. *Exposição de motivos n. 00186* – Ministro de Estado da Justiça, de 19 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/186.htm>. Acesso em: 17 maio 2012.

BRASIL. *Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006*. Acresce o art. 285-A à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2011.

BRASIL. *Projeto n. 8.046/2010*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 2 maio 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARPENA, Marcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. *Revista de Processo*, ano 35, n. 180, fev. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 4.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso (leis 11.276 e 11.277, de 8.2.06)*. 8 fev. 2006. Disponível em: <http://www.miggo.com.br/imgarq/179/243811_533.pdf>. Acesso em: 2 maio 2012.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford, California: Stanford University Press, 2007.

MOLLICA, Rogério. O excesso de formalismo como obstáculo à celeridade processual. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. *Bases científicas para um renovado Direito Processual*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 345-374.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção Justiça e Direito).

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMOS, Glauco Gumerato. Resolução imediata do processo. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. *Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 373-401.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: Jus PODIVM, 2008.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *REsp 1109398*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 16/06/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200802832871&data=1/8/2011>. Acesso em: 2 maio 2012.

Recebido em: junho de 2013

Aprovado em: outubro de 2013