

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE

PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU” EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DO RECURSO ESPECIAL
ESPECÍFICOS PARA A TUTELA DE CAUSAS REPETITIVAS**

MARIANA ALMEIDA MOREIRA

RA00051906

SÃO PAULO/SP

2011

MARIANA ALMEIDA MOREIRA

ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DO RECURSO ESPECIAL ESPECÍFICOS PARA
A TUTELA DE CAUSAS REPETITIVAS

Trabalho de conclusão do curso de especialização “lato sensu” em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil.

Orientadora: Professora Dra. Luana Pedrosa Figueiredo Cruz

SÃO PAULO

2011

Recebido em: / / 2011.

Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz

Professora responsável

Nota: _____ . (,).

Observações: _____

_____ .

Recomendações: _____

_____ .

Dedicatória

Dedico o presente trabalho à minha família, que é apoio e conforto diante das adversidades.

Em especial, ao Yuri, por acreditar em mim, mesmo quando não compartilho a crença.

Resumo

O presente trabalho analisa aspectos procedimentais implantados pela Lei 11.672/2008, que inaugurou o julgamento dos recursos especiais repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O instituto atende a necessidade social de prestação jurisdicional célere e uniforme em todo território nacional, em atendimento, principalmente, aos princípios constitucionais da duração razoável do processo e isonomia. Aspectos específicos do julgamento do recurso representativo da controvérsia são devidamente analisados e comparados a outros institutos, voltados à uniformização de jurisprudência, bem como ao procedimento regular do recurso especial. Dados estatísticos são considerados para avaliar a eficiência da reforma legislativa. Por fim, analisa a redação do Anteprojeto do Novo Código Civil, no que tange ao tema.

Palavras-chave: Recursos Especiais Repetitivos. Procedimento para julgamento de recursos repetitivos. Duração razoável do processo.

Abstract

This work analyzes the procedural aspects implemented by Law 11.672/2008, that opened the prosecution of repetitive special appeals in the Superior Court of Justice. The institute serves society's need for rapid and uniform judicial decision throughout the country, in attendance mainly to the constitutional principles of reasonable duration of proceedings and equality. Specific aspects of the trial of the representative appeal of the controversy are properly analyzed and compared to other institutes, focused on the uniformization of case law and the regular procedure of the special appeal. Statistical data are considered to evaluate the effectiveness of legislative reform. Finally, it analyzes the New Code of Civil Procedure, on the subject.

Keywords: Repetitive appeals, Procedure for the judgement of repetitive appeals.
Reasonable duration of procedure

Sumário

1	Introdução	8
2	Problemática das demandas repetitivas.....	9
2.1	Direito Comparado.....	14
2.2	Tratamento brasileiro conferido aos litígios repetitivos.....	17
3	Apontamentos sobre o recurso especial	21
3.1	Fundamentos e hipóteses de cabimento do recurso especial.....	22
3.2	Prequestionamento	27
3.3	Procedimento do recurso especial	32
4	Procedimento atinente aos recursos especiais repetitivos no Superior Tribunal de Justiça	35
4.1	Identificação das demandas repetitivas	36
4.2	Requerimento de informações, participação de terceiros e princípio do contraditório	39
4.3	Julgamento do recurso paradigma e seus efeitos.....	42
5	Peculiaridades do julgamento de recursos especiais repetitivos	46
5.1	Recurso em face de decisão indevidamente sobrestado	46
5.2	Possibilidade de desistência do recurso especial representativo da controvérsia (princípio da disponibilidade da demanda).....	48
6	Análise sobre a efetividade da Lei de Recursos Repetitivos.....	56
7	Tratamento conferido aos recursos repetitivos no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.....	60
8	Conclusão.....	65
	Referências bibliográficas	67

1 Introdução

O presente trabalho objetiva analisar os aspectos procedimentais implantados pela Lei 11.672/2008, delineados para atender a exigência social de tutela adequada das causas repetitivas. A alteração legislativa visa a satisfação de princípios constitucionais, em especial, a duração razoável do processo e a isonomia.

Primeiramente, cabe a análise da evolução da sociedade que culmina com a multiplicação de demandas com idêntico fundamento de direito, implicando no acúmulo de causas pendentes no Superior Tribunal de Justiça, responsável por interpretar a legislação federal.

O procedimento geral dos recursos especiais é esmiuçado para posterior confronto com as peculiaridades implantadas pela Lei 11.672/2008, para o processamento dos recursos especiais repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, são destacadas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o julgamento do recurso representativo da controvérsia.

Por fim, são apresentados dados estatísticos de interposição de recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça antes e depois da vigência da Lei 11.672/2008, bem como apresenta-se a disciplina do instituto no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, em tramitação no Poder Legislativo.

2 Problemática das demandas repetitivas

Há algum tempo, o Judiciário pátrio sofre com o acúmulo de processos ainda na primeira instância, situação agravada no âmbito recursal. O Supremo Tribunal Federal padece com enorme volume de recursos extraordinários pendentes desde a Reforma Constitucional de 1926 até a edição da Constituição Federal de 1988, quando o recurso extraordinário, cuja competência exclusiva pertencia à Corte, não se limitava a discussão de matéria constitucional, mas englobava também a legislação federal.

A Corte Constitucional implantou diversas medidas para sanar o problema, e estreitar a via de acesso ao recurso extraordinário, no entanto não logrou êxito na diminuição dos recursos em tramitação. Então, desenvolveram-se duas propostas: o aumento no número de ministros no Supremo Tribunal Federal ou a verticalização da competência, com a criação de novo Tribunal Superior.

Em 1965, o embrião do Superior Tribunal de Justiça foi gestado em reunião de renomados juristas na Fundação Getúlio Vargas, sob a presidência do Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti, aonde se discutiu a criação de um Tribunal Superior, responsável pelo julgamento dos recursos extraordinários acerca de direito federal comum.

O Superior Tribunal de Justiça foi instituído pela Constituição Federal de 1988. A instalação adveio da Lei n. 7.746, de 30 de março de 1989, na forma preconizada pela comissão provisória de estudos constitucionais, instituída através do Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985.

Logo, a função de promover a autoridade e unidade da lei federal passou a integrar o acervo de competências da nova Corte.

Acontece que a sociedade está em constante transformação, assim como as relações econômicas e jurídicas, o que impõe ao Direito, contínua atualização, sob pena tornar-se obsoleto.

O professor Leonardo da Cunha destaca a evolução da atividade econômica, frente a produção e distribuição em série de bens, que impõe ao Judiciário o desafio de tratamento coletivo às demandas:

Com efeito, a atividade econômica moderna, corolário do desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens, conduziu à insuficiência do Judiciário para atender ao crescente número de feitos que, no mais das vezes, repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento.

A partir daí, erigiu-se a necessidade de se imprimir tratamento coletivo a esses litígios, reunindo num único processo, ou em alguns, os interesses disputados, em vista da consecução de vantagem econômica, temporal e operacional.¹

Influenciado pelo liberalismo, o Código de Processo Civil brasileiro, Lei 5.689 de 11 de janeiro de 1973, foi concebido para dirimir litígios individuais específicos, caracterizando-se pela rigidez formalista. Logo, é incapaz de atender a demanda social de massificação de litígios.

Paulatinamente, o Código de Processo Civil brasileiro sofreu sucessivas reformas com tendência socializante, para modificar o perfil originário, na tentativa de suprimir a aptidão liberal de resolver primordialmente contendas individuais, e tutelar adequadamente direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Para suprir a referida lacuna, foram editadas diversas leis, formando o chamado microssistema processual coletivo, tais como a Lei 4.717/1965 (ação popular), a Lei 7.347/1985 (ação civil pública), a Lei 8.429/1992 (ação de improbidade administrativa), a Lei 12.016/2009 (mandado de segurança coletivo), bem como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que dedica o título específico à defesa do consumidor em juízo.

Ocorre que a legislação concebida para regular as ações coletivas não coíbe a progressão das chamadas demandas repetitivas, o que implica na interposição de inúmeras ações individuais a respeito de igual tema, sobrecarregando o Poder Judiciário e inviabilizando a prestação jurisdicional célere.

¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O Regime Processual das Causas Repetitivas. In: Leituras Complementares de Processo Civil. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 292.

O ministro Luiz Fux comenta a progressão dos litígios de massa, bem como enumera exemplos retirados da realidade brasileira:

Uma sociedade de massa no dizer de Mauro Cappelletti gera litígios de massa, vale dizer, ações individuais homogêneas quanto à causa de pedir e o pedido. Assim, v.g., o Brasil experimenta esse contencioso de massa através de milhares de ações questionando a legalidade da assinatura básica, os índices de correção da poupança em confronto com as perdas geradas pelos planos econômicos, os índices de correção do FGTS, o pagamento de impostos por determinadas categorias, a base de cálculo de tributos estaduais, municipais, federais etc.²

Nesse passo, é impossível atender ao princípio da duração razoável do processo, contemplado no ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, o princípio possui assento constitucional no inciso LXXVII do artigo 5º, que aduz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. O dispositivo foi incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou a alínea “e” ao inciso II do art. 93, impondo que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

Em adição, a República Federativa do Brasil é signatária do Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 678 de 6 de novembro de 1992, e dedica item do artigo 8º ao princípio em comento:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Abalizada doutrina de Direito constitucional internacional, como a professora Flávia Piovesan³, confere ao Pacto hierarquia de norma constitucional, aplicando-lhe regime constitucional idêntico aos demais direitos e garantias fundamentais.

² FUX, Luiz. O novo processo civil. In: O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 22.

³ PIOVESAN, Flávia. Apud DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. V. 1. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 65.

Assim sendo, demonstra-se a preocupação do legislador brasileiro em imprimir a máxima celeridade possível à dinâmica processual. Fredie Didier Júnior destaca que o “processo devido é, pois, processo com duração razoável”, acomodando o princípio no bojo do devido processo legal e refuta a nomenclatura princípio da celeridade, na medida em que o processo não deve ser acelerado, “deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”⁴, sob pena de ferir o direito fundamental ao devido processo legal.

O devido processo deve ser adequado à realidade do direito material, apto a tutelá-lo de forma efetiva. O princípio da adequação deriva do princípio devido processo legal e da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, na medida em que o princípio da inafastabilidade da jurisdição define o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento, bem como os meios de execução adequados ao direito material. Por outro lado, o princípio da efetividade, corolário do devido processo legal⁵, também pode ser entendido como origem do princípio. Isto significa que a efetividade da prestação jurisdicional depende da adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial.

No caso em análise, a necessidade de adequação impôs mudanças legislativas para prestigiar as demandas repetitivas, pois o procedimento inadequado importava verdadeira negação da tutela jurisdicional para boa parte dos titulares do direito. Por isso, foi promulgada a Lei 11.672/2008, criando o julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos, designando ao Superior Tribunal de Justiça a tarefa de uniformizar decisões sobre questões de direito idênticas.

O doutrinador Leonardo da Cunha aborda outro ponto relevante da controvérsia:

A dogmática tradicional quanto à atividade processual não se revela suficiente para dar solução rápida a essas demandas repetitivas. Numa sociedade em que se exige celeridade processual, a ponto de constituir princípio constitucional o da duração razoável dos processos (CF/88, art. 5º, LXXVIII), é preciso que as demandas de massa tenham ‘soluções de massa’, ou seja, recebam uma solução uniforme, garantindo-se, inclusive, o *princípio*

⁴ Idem, p. 66.

⁵ O devido processo legal é cláusula geral, da qual emana diversos princípios, como o princípio da efetividade e da adequação.

da isonomia. Realmente, decorre do princípio da isonomia a necessidade de se conferir tratamento *idêntico* a quem se encontra em *idêntica* situação.⁶

Em síntese, a pluralidade de ações individuais implica a pluralidade de decisões, que podem ou não veicular a mesma tese doutrinária, o que coloca em risco a isonomia entre titulares de direitos idênticos.

Entretanto, a divergência jurisprudencial é inerente a Democracia. O sistema judiciário brasileiro preconiza a pluralidade doutrinária, tendo em vista a multiplicidade de órgãos que a compõe, cada qual com independência para defender a própria ideologia.

Em certo sentido, o Judiciário é uma arena onde doutrinas e ideologias jurídicas se consubstanciam e se conflitam através de acordos, despachos, relatórios, pareceres, memoriais e sentenças. Uma arena onde todos se pacificam e se digladiam ao mesmo tempo. Mais: é a arena condição indispensável para solução democrática dos conflitos. Um aberto pluralismo jurídico-cultural, conflitante às vezes, concordante outras, é a fonte de sobrevivência, convivência e progresso democrático. O Judiciário também não uno doutrinariamente. É múltiplo.⁷

Por outro lado, a divergência jurisprudencial causa desalento aos doutrinadores, que buscam a uniformização da jurisprudência, em especial, em países que adotam a *civil law* como o Brasil. O referido pluralismo sacrifica o tratamento isonômico dos jurisdicionados, causando incerteza e insegurança jurídica no sistema.

O princípio da isonomia refere-se ao legislador, vedando a edição de leis que imponham uma discriminação desarrazoada, e ao julgador, que deve tratar as partes de forma equânime e não podem aplicar a lei distintamente a casos idênticos, num mesmo contexto histórico-social. A professora Tereza Arruda Alvim Wambier afirma que essa aplicação do princípio da isonomia atende ao princípio da legalidade, entendidos como pilares fundamentais da concepção moderna de estado de direito.⁸

A uniformidade de tratamento a questões de direito idênticas confere previsibilidade ao sistema, garantindo a segurança jurídica dos titulares, na medida em que podem se planejar, uma vez cientes das possíveis soluções dadas à lide.

⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 294.

⁷ FALCÃO, Joaquim. Apud SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. REIS, Silas Mendes dos. Recursos Especiais Repetitivos no STJ. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 27-28.

⁸ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Apud. CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. Op. cit. P. 297.

Ante o exposto, conclui-se que diversos princípios impõem a adoção de medidas prioritárias tendentes à uniformização da jurisprudência quanto às demandas repetitivas.

2.1 Direito Comparado

A doutrina e a legislação estrangeiras desenvolveram alguns tipos de mecanismos para tratar, racionalmente, a litigância de massa. O primeiro mecanismo inclui a denominada causa piloto, que dá ensejo a decisão em bloco de causas individuais. Já o segundo, prevê a instauração de um incidente coletivo, que causa o sobrestamento de todas ações repetitivas até a solução do mesmo.

A Inglaterra incluiu as chamadas causas pilotos ou processos-teste no ordenamento pátrio, por meio das *Parts* 19.13 (b) e 19.15 das *Civil Procedure Rules*. No mesmo sentido, é o ordenamento austríaco. É a inspiração da Lei 11.418/2006, que exige a demonstração da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário no Brasil. A redação do artigo 543-B do Código de Processo Civil⁹ atribui ao Tribunal de origem a tarefa de selecionar recurso representativo da controvérsia, quando houver pluralidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia de direito. Tal recurso será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, enquanto os demais ficam sobrestados a espera da decisão da Corte¹⁰.

Já o Direito Alemão adota um Procedimento-Modelo ou Procedimento-Padrão, chamado de *Musterverfahren*, aplicável aos investidores em mercado de

⁹ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. RePro 147. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio 2007, p. 129.

capitais. O *Musterverfahren* é espécie de causa piloto, cujo objetivo é firmar posicionamento acerca de questões fáticas ou de direito comuns a diversas demandas. Existe procedimento aditivo que se encarrega de decidir as questões inerentes a cada caso concreto.

A legislação germânica não é extensa no que tange aos processos coletivos, por isso a lei previu a aplicação subsidiária da *Zivilprozessordnung*, a codificação processual alemã, no procedimento-modelo. Uma vez intentada a ação individual, o autor ou o réu podem propor pedido de instalação do procedimento-modelo, apontando o escopo da tratativa coletiva, os meios probatórios e os pontos litigiosos, bem como a repercussão extraprocessual, ou seja, a interferência no deslinde de outros processos.

O juízo de origem decide acerca da admissibilidade do pedido, satisfeitos os requisitos, proferirá decisão irrecurável que provoca a instância superior a decidir as questões coletivas veiculadas, o mérito do *Musterverfahren*¹¹.

A decisão proferida pelo Tribunal Regional ou Superior, conforme a abrangência da matéria, vincula os juízes de origem. Em relação aos intervenientes, prevalece que não há efeito vinculante, pois não atinge causas futuras, apenas as ajuizadas no momento da decisão. Nesse caso, a parte pode alegar *exceptio male gesti processus*, para se esquivar dos efeitos da decisão. O instituto também tem previsão na legislação pátria, no artigo 55 do Código de Processo Civil¹².

A lei amplia o alcance da coisa julgada, englobando as questões fáticas na imutabilidade. O que significa dizer que há, meramente, extensão da *res iudicata*, limitada aos processos em tramitação no momento de prolação da sentença coletiva.

Na *Group Litigation* inglesa, é necessária atuação positiva dos interessados para serem alcançados pelos benefícios da decisão em sede da ação coletiva. É o que a

¹¹CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., passim.

¹² Art. 55. Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que:

I - pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II - desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

doutrina denomina de *opt-in*. Ao contrário, no procedimento-modelo não há tal imposição, basta a tramitação de demanda individual concomitante.

O Direito Português consagrou o Regime Processual Experimental no Decreto-Lei 108/2006, cujo objetivo consiste em desenvolver procedimento simplificado para acelerar a tramitação de litígios de massa entre particulares que obstruem o Judiciário de algumas regiões do país, ou seja, o diploma legal não vale para todo o território português¹³.

O regime concede maior poder de direção ao juiz, para que flexibilize as regras procedimentais conforme o caso concreto, assim como admite a possibilidade de estender os efeitos de um ato processual praticado em um processo a diversos processos semelhantes. É o que se denomina de agregação de ações. Não é o mesmo que apensar ou reunir as ações, pois os processos ficam associados, temporariamente, para prática de certos atos em conjunto. O referido ato pode ser inclusive a sentença, para evitar decisões conflitantes quanto a questões correlatas.

Vale ressaltar que a jurisdição portuguesa se bifurca, sendo que as ações propostas em face do Poder Público são processadas e julgadas pelo Contencioso Administrativo, conforme o Código de Processo nos Tribunais Administrativos. O Código citado dedica o artigo 48 aos processos de massa:

1 - Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são apensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais.

Os processos de massa contra o Poder Público desencadeiam a escolha de um ou alguns dos processos para julgamento, enquanto os demais ficam suspensos, aguardando a decisão de mérito. Ao final, as partes podem desistir da ação, requerer a extensão dos efeitos da decisão, requerer a continuação do processo individual ou recorrer da sentença, se proferida em primeira instância.

¹³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit. p. 301-304.

2.2 Tratamento brasileiro conferido aos litígios repetitivos

Diante da imposição social e econômica de tutela das demandas repetitivas, a legislação brasileira editou leis para conferir tratamento diferenciado à espécie em questão. Dentre as hipóteses previstas no ordenamento brasileiro, destacam-se alguns institutos específicos.

O artigo 476 do Código de Processo Civil prevê o incidente de uniformização de jurisprudência. Significa que qualquer juiz, ao dar voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, deve suscitar o pronunciamento prévio do tribunal, ao detectar a presença de divergência acerca da interpretação do direito ou quando, no julgamento recorrido, outra turma der interpretação diversa da que lhe tenha dado outra turma, câmara, grupo de câmaras, ou câmaras cíveis reunidas.

Ocorre a cisão do julgamento, o plenário ou a corte especial encarregam-se de consolidar a interpretação da norma jurídica, para, em seguida, o processo retornar ao juízo de origem para a solução definitiva do caso concreto, em conformidade com o posicionamento adotado.

O pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais, disciplinado pela Lei 10.259/2001, atende ao regime processual célere das demandas repetitivas. A parte pode lançar mão do instrumento quando houver divergências quanto a questões de direito material, entre a decisão da Turma Recursal em relação à outra ou em face de súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Se a divergência envolver duas Turmas da mesma região, o julgamento do pedido de uniformização compete à reunião das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador. Se as Turmas pertencerem a regiões diferentes, cabe à Turma Nacional de Uniformização fixar a interpretação da norma. Assim como, decidirá quando houver divergência entre a decisão da Turma Recursal e súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, a Resolução n. 22/2008 do Conselho de Justiça Federal também admite o manejo de pedido de uniformização quando o acórdão contrariar precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Ambos os incidentes se assemelham com o mencionado instituto alemão, denominado *Musterverfahren*. O professor Antonio do Passo Cabral os comparou:

O incidente prevê vários mecanismos assemelhados ao *Musterverfahren*: a possibilidade de suspensão dos processos onde a controvérsia tenha lugar, para espera da decisão coletiva (art. 14, § 5º); retenção de pedidos de uniformização idênticos (§ 6º); amplo exercício do contraditório pelos interessados (§ 7º); cisão de cognição, com julgamento de pretensão individual pelo juízo de origem (§ 9º); possibilidade de transferência da competência para julgamento a órgãos judiciários hierarquicamente superiores para resolução uniforme das questões (§§ 1º, 2º e 4º)¹⁴.

A Emenda Constitucional n. 45, editada em 2004, incluiu o artigo 103-A¹⁵ e instituiu a possibilidade de edição de súmula vinculante diante de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria constitucional. O constituinte reformador aduz:

A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

A súmula visa fixar interpretação à matéria constitucional, e vincula os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal em face de decisão judicial ou ato administrativo que despreze o conteúdo da súmula vinculante,

¹⁴ CABRAL, Antonio do passo. Op. cit., p. 144.

¹⁵ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

a procedência da ação importa na anulação do ato administrativo ou a cassação da decisão judicial, para que outra seja proferida em substituição a reclamada.

Nessa esteira, a súmula vinculante é importante instrumento para acelerar o deslinde das causas repetitivas, que envolvem interpretação e aplicação de norma constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição, como intérprete máximo das normas lá inscritas, logo a orientação adotada pela Corte define a resolução das demais causas idênticas, alcançando a almejada uniformidade jurisprudencial.

Por último, se existe multiplicidade de ações versando sobre igual controvérsia surge a necessidade de julgamento em bloco de certos recursos que veiculam matéria idêntica.

Destarte, enfatiza-se o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial, previsto, respectivamente, nos artigos 543-B e 543-C da lei processual codificada¹⁶, fruto de reformas implementadas pela Lei 11.418/2006 e Lei 11.672/2008.

Na hipótese de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal impõe parâmetros para aferir a repercussão geral dos recursos. O Tribunal de origem seleciona um ou mais recursos representativos da controvérsia para encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

¹⁶ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

O Supremo Tribunal Federal decidirá sobre a existência de repercussão geral, uma vez negada, reputam-se não admitidos os recursos sobrestados. Se julgado o mérito do recurso extraordinário, os demais serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão julgá-los prejudicados ou retratar-se. Caso não haja retratação, pode a Corte Superior cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão divergente em relação a posição firmada.

O julgamento por amostragem dos recursos especiais é tema central do presente trabalho e será pormenorizado a seguir.

A sistemática assemelha-se ao controle abstrato de constitucionalidade, na medida em que define a interpretação acertada acerca da lei federal objeto de discussão, dirimindo a controvérsia instaurada entre os julgadores. Leonardo da Cunha destaca a importância da uniformidade jurisprudencial, afirmando: “Daí resulta ser imperioso envidar ingentes esforços no sentido de eliminar as divergências jurisprudências, pois não se deve admitir que alguém, na mesma situação de outrem, tenha solução judicial diferenciada da que lhe fora conferida”¹⁷.

Em resumo, quando existe multiplicidade de recursos especiais fundados em idêntica questão de direito, são selecionados um ou mais recursos representativos da controvérsia, enquanto os demais permanecem suspensos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais. O recurso representativo é analisado e julgado pelo Superior Tribunal Justiça, cuja decisão tem força vinculante e determina o destino dos recursos especiais sobrestados.

¹⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da .Op. cit., p. 294.

3 Apontamentos sobre o recurso especial

A Carta Magna de 1988 inaugurou nova ordem no Estado brasileiro, dentre as inúmeras inovações, destaca-se a criação do Superior Tribunal de Justiça.

Havia duas propostas dirigidas aos constituintes: o aumento de ministros do Supremo Tribunal Federal ou a criação de outro órgão jurisdicional responsável, unicamente, pelo julgamento e aplicação da legislação federal.

Antes, o recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal servia para impugnar decisões judiciais por afronta à Constituição e à legislação federal. Aprovada a segunda proposta, o constituinte originário repartiu as hipóteses de incidência do antigo recurso extraordinário, ficando a cargo da corte recém criada zelar pela integralidade e a uniformidade da interpretação do direito federal infraconstitucional.

A reforma teve o objetivo de atender à necessidade de imprimir celeridade aos processos pendentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A referida divisão de competência agilizaria a prestação jurisdicional do Estado, encurtando o tempo de tramitação até o julgamento definitivo pelo Poder Judiciário.

Diante do exposto, o recurso especial pode ser encarado como o recurso excepcional dirigido ao STJ, por isso as similitudes procedimentais entre os recursos.

Recurso excepcional é gênero, do qual são espécies o recurso extraordinário e o recurso especial. Ambos têm fundamentação vinculada, previstas no texto constitucional (artigos 102, III, e 105, III), ou seja, as hipóteses de cabimento estão previstas na Constituição Federal, em rol taxativo.

Os recursos excepcionais servem apenas para refutar questões de direito, não admitindo reexame de provas ou de fatos. É o que enunciam as súmulas n. 279 e n. 7, do STF e do STJ, respectivamente. Por outro lado, diferente é o caso de interposição

de recurso especial por afronta às regras de direito probatório, previstas no Código de Processo Civil ou no Código Civil.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero enumeram as hipóteses de controle a adequada aplicação das normas de direito probatório:

Vale dizer: eventuais violações às normas sobre a admissão da prova (que envolve a verificação de pertinência, relevância e controvérsia da alegação), sobre o modelo de constatação das alegações de fato empregado pelo julgador (prova acima da dúvida razoável, prova clara e convincente, preponderância de prova etc.), sobre as regras sobre o ônus da prova (principalmente no que tange à inversão e à dinamização do encargo probatório), sobre as categorias das máximas de experiência, sobre as dispensas de prova, entre outras, desafiam a interposição de recursos, conforme o caso, ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça¹⁸.

Da mesma forma, não cabe recurso excepcional para interpretação de cláusula contratual, com intuito de avaliar a intenção dos pactuantes, pois abrange matéria de fato e não se enquadra nas hipóteses constitucionais. É o que enuncia a súmula n. 5 do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, é possível a interposição do recurso para qualificar juridicamente a cláusula contratual, para determinar a espécie contratual. Como exemplo, cita-se a súmula 293 da referida corte, que determina “a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”, assim o Tribunal analisou apenas a qualificação jurídica da cláusula contratual.

É cabível a interposição de recurso excepcional para o controle da aplicação de conceitos vagos, que compreende os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça pode examinar recurso especial para definir a extensão da proteção do bem de família quanto aos “móveis que guarnecem a casa” (artigo 1º, parágrafo único, Lei 8.009/1990) ou a definir o que seja preço vil (artigo 692, CPC).

3.1 Fundamentos e hipóteses de cabimento do recurso especial

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar as causas julgadas, em única ou em última instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados,

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 559.

do Distrito Federal e Territórios, conforme disciplina o inciso III do artigo 105 da Constituição da República.

Primeiramente, é condição para interposição do recurso especial a decisão ser proferida em única ou última instância, ou seja, com o prévio esgotamento das vias ordinárias. Portanto, é cabível em face de acórdão proferido em causa de competência originária do tribunal, ou no julgamento de outro recurso, ou ainda, em reexame obrigatório em segundo grau de jurisdição. Sendo cabíveis embargos de declaração ou embargos infringentes, cabe o recurso especial apenas após o julgamento destes. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração é considerado prematuro, posto que se encontra interrompido o prazo recursal. Prevalece que a parte deve reiterar as razões do recurso após o julgamento dos embargos, conforme determina a súmula n. 418 do Superior Tribunal de Justiça¹⁹.

Em adição, deve o acórdão provir de Tribunais Regionais Federais ou de Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios. Portanto, é incabível recurso especial em face de sentença, mesmo que seja incabível apelação ou agravo no caso concreto. A jurisprudência majoritária interpreta o texto constitucional, no sentido de não admitir a interposição do recurso em face de decisão proferida pelo relator, nos moldes do artigo 557 da lei processual civil, na medida em que cabe agravo interno²⁰. Afinal, não houve esgotamento das instâncias.

¹⁹ Súmula 418. É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

²⁰ STJ, AgRg no AREsp 13970 / RS. Primeira Turma. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 09/08/2011. DJe 16/08/2011.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO DO APELO ESPECIAL CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE JULGOU MONOCRATICAMENTE AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 281/STF.

1. Hipótese em que não se conheceu do recurso especial interposto contra decisão monocrática que proveu agravo de instrumento interposto pela União, ora agravada.

2. Não é cabível recurso especial de decisão singular do relator que provê agravo de instrumento com fundamento no artigo 557, § 1º - A, do CPC. Nesta situação, é dever do recorrente interpor o agravo regimental ou interno (art. 557, § 1º, do CPC) para obter o pronunciamento do órgão colegiado sobre a *quaestio juris*.

3. É pacífico o entendimento desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal acerca do cabimento da insurgência especial ou extraordinária apenas quando há decisão de tribunal, o que pressupõe o julgamento pelo órgão colegiado competente. Aplica-se, por analogia, a Súmula 281/STF.

4. Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgamentos desta Corte Superior: EDcl no AgRg no Ag 503.709/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 19.12.2003; REsp 985.924/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 1.9.2008; AgRg nos EDcl no Ag 916.661/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJe de 17.3.2008; AgRg no Ag 890.210/SP, Quinta Turma, Rel. Min.

A melhor interpretação acerca da expressão constitucional “causas decididas” não restringe à decisão sobre o mérito. O que importa dizer que a decisão impugnada pode versar sobre matéria processual ou sobre direito material. Assim, para Barbosa Moreira, cabe recurso especial em face de acórdão que extingue processo sem exame do mérito por adotar entendimento diverso de outros tribunais em relação à interpretação de lei federal²¹.

Segundo o enunciado da súmula n. 86, o Superior Tribunal de Justiça admite a interposição de recurso especial em face de acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento. Logo, a incidência do recurso abrange a resolução de incidentes processuais, não se restringindo ao julgamento final da demanda.

Quanto às hipóteses de cabimento do recurso, vale transcrever as alíneas do inciso III do artigo 105 do diploma constitucional que as enumeram:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - Julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Em relação à alínea “a”, “contrariar significa distanciar-se da finalidade da norma, os intérpretes apontam o caráter amplo da expressão “contrariar”, tanto que engloba “negar vivência”. É certo que também alcança a interpretação inadequada da norma infraconstitucional, ainda que razoável, sendo que o Superior Tribunal de Justiça é responsável por fixar a interpretação adequada.

Na ordem constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal entendia incabível recurso extraordinário em face de decisão que dava interpretação razoável à lei, ainda que não fosse a melhor. A interpretação da Constituição Federal de 1967 relacionava o cabimento do recurso em proteção a lei federal com a expressão “negar

Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 5.11.2007. E do Supremo Tribunal Federal, eis os seguintes precedentes: AI 670.087 no AgR/RN, Primeira Turma, Min. Menezes Direito, DJe de 13.2.2009; AI 499247 AgR/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 16.9.2005.

5. Agravo regimental não provido.

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V (Arts. 476 a 565). 14ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 219.

vigência”, e apenas interpretação não razoável importava em “negar vigência”. Tal entendimento, evidenciado pela súmula n. 400 do STF, encontra-se superado.

O termo constitucional “lei federal” engloba não só leis ordinárias, complementares e delegadas federais, como também decretos-leis, medidas provisórias e decretos autônomos federais.

A alínea “b” trata de ato público infra-legal que desrespeita a lei federal. Ato de governo local tem sentido amplo, abrange ato de natureza normativa ou administrativa, praticado pelo poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no âmbito estadual. Em última análise, importa em violação a lei federal, pelo contraste com o ato administrativo questionado.

No que tange a divergência jurisprudencial (alínea “c”), deve ser atual e contrapor acórdãos de órgãos de tribunais diversos. Não enseja recurso especial decisões díspares no âmbito do mesmo tribunal, é a dicção do enunciado 13 de súmula do Superior Tribunal de Justiça²².

Acerca do tema, Fredie Didier e Leonardo da Cunha expõem:

No julgamento de qualquer recurso, o tribunal haverá de fixar a *ratio decidendi* da questão principal posta em julgamento. A *ratio decidendi* é a norma jurídica geral que o tribunal entende aplicável àquele caso concreto. Ela é o elemento normativo do precedente. Se tribunais diversos encontram para casos semelhantes normas gerais diversas, é preciso que o STJ intervenha para compor a divergência jurisprudencial²³.

O Superior Tribunal de Justiça exige a comprovação da divergência, e o confronto analítico entre os acórdãos, isto é, não basta a transcrição das ementas ou de trechos das decisões, exceto na hipótese de notório dissídio jurisprudencial, em que se admite uma análise mais temperada das exigências do artigo 541.

Nesse caso, o recorrente aponta *error in iudicando* na decisão, e suscita o Superior Tribunal de Justiça para emitir parecer, como guardião do Direito Federal.

²² STJ, AgRg no Ag 849.811/SP. Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda. Julgado em 21/08/2007, DJ 20/09/2007, p. 236; STJ, AgRg no AgRg no Ag 593.266/RJ, Sexta Turma, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 07/08/2007, DJ 27/08/2007.

²³ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. V. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 307.

As divergências internas de tribunal na interpretação da lei, ainda que federal, não ensejam recurso especial, cabendo a instauração de incidente de uniformização de jurisprudência ou embargos de divergência para solucioná-la.

Diversos autores, como José Carlos Barbosa Moreira, afirmam que a interposição dos recursos excepcionais depende unicamente da demonstração de contrariedade à norma constitucional ou federal-infraconstitucional:

Entendemos que o *único fundamento* destes recursos é a *alegação de contrariedade* à norma constitucional ou federal-infraconstitucional, a que se referem as alíneas *a* dos incisos III dos arts. 102 e 105 da Constituição. Às demais situações previstas nas alíneas seguintes dos incisos III dos dois dispositivos constitucionais chamamos de *hipóteses de cabimento*, pois, segundo nos parece, os recursos extraordinário e especial não podem ser interpostos e, rigorosamente, não podem ser admitidos se baseados nas letras *b* e seguintes, isoladamente. Diante disso, as alíneas *b* e seguintes são desdobramentos ou especificações da letra *a*²⁴.

Entretanto, há posicionamento contrário, em defesa da autonomia da alínea “c”, como instrumento de uniformização da jurisprudência, como o defendido por Fredie Didier e Leonardo da Cunha:

O segundo entendimento esvazia o conteúdo do comando constitucional previsto na letra “c”, olvidando, exatamente, que o objetivo do texto é o de permitir que o Superior Tribunal de Justiça uniformize a interpretação da lei federal e, com isso, forneça paradigmas que tornem mais previsíveis as decisões judiciais, diminuindo a insegurança jurídica. Toda interpretação que favoreça à uniformização da jurisprudência deve ser prestigiada²⁵.

No caso contemplado pela alínea “c”, não há necessidade de prequestionamento. Ademais, não cabe recurso especial se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou em consonância com a decisão recorrida. É o conteúdo da súmula n. 83 do referido tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça também exerce a importante função de uniformizar a jurisprudência nacional, em consonância com princípio da segurança jurídica. Os professores Fredie Didier e Leonardo da Cunha resumem bem a função da Corte em proferir decisões paradigmáticas, que devem servir de exemplo para os demais órgãos julgadores:

Ora, se ao STJ compete interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, o julgamento que venha a ser proferido, conferindo

²⁴ Ibidem, p. 213.

²⁵ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 311.

interpretação a determinada norma federal, serve, a um só tempo, como corretivo da decisão impugnada e elemento de uniformização da jurisprudência, quanto à interpretação da referida norma²⁶.

Para o professor Barbosa Moreira, basta a alegação da contrariedade a lei federal para que se conheça o recurso especial, em seguida, conforme seja a alegação procedente ou improcedente, o resultado será o provimento ou o desprovimento do recurso. Para o doutrinador, é possível que seja correta decisão que julgue válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou que dê a lei federal interpretação divergente da adotada em outro tribunal, conforme o caso concreto. Assim, diferencia o juízo de admissibilidade do juízo de mérito do recurso especial²⁷.

No juízo de mérito do recurso especial, pode a Corte reconhecer eventual nulidade processual ou falta e condição da ação ou de pressuposto processual que prejudique o desfecho da causa, aplicando-se o efeito translativo também ao recurso especial.

3.2 Prequestionamento

A exigência de prequestionamento para admissibilidade dos recursos extraordinários precede a ordem constitucional atual, advindo da influência do direito norte-americano, mais precisamente, do *Judiciary Act*, editado em 24 de setembro de 1789, que exigia o prequestionamento prévio ao tribunal local encarregado de julgar recurso de juiz monocrático ou singular²⁸.

A primeira controvérsia paira acerca da exigência do prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. O doutrinador Nelson Nery Junior afirma que o prequestionamento não é autônomo, é meio para satisfazer o verdadeiro requisito, o cabimento do recurso. Esclarece que o instituto não é criação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nem a Constituição Brasileira é silente

²⁶ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., 302.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., passim.

²⁸ NOBREGA, Gilson Roberto. Prequestionamento – Aspectos fundamentais. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1743/Prequestionamento-Aspectos-fundamentais>. Acesso em: 25 de junho de 2011.

sobre o tema. Para o autor, o prequestionamento é fruto da interpretação da Corte quanto à expressão “causas decididas”, constante no texto constitucional ²⁹.

No tocante a definição do instituto jurídico, destacam-se três concepções distintas, percebidas a partir da análise da construção jurisprudencial e doutrinária.

A primeira concepção defende que o prequestionamento consiste em manifestação explícita do órgão jurisdicional inferior recorrido acerca da questão federal ou constitucional ventilada, conforme o caso concreto.

Já a segunda reputa-o como atividade da parte, ou seja, é ônus da parte suscitar o debate. Portanto, o prequestionamento prescinde de manifestação efetiva do tribunal sobre a matéria objeto do recurso excepcional.

Por último, a concepção eclética exige a combinação das duas anteriores para satisfazer a exigência, o prequestionamento pressupõe a provocação da parte e a posterior manifestação do tribunal de origem acerca da questão jurídica federal ou constitucional.

Em sede doutrinária, José Miguel Garcia Medina entende que não basta o mero debate entre as partes sobre o tema, o prequestionamento é “a exigência de que da decisão conste esta discussão que houve entre as partes sobre a questão constitucional ou federal” ³⁰. Enquanto, o professor Nelson Nery Junior afirma, categoricamente:

É necessário que a questão, tenha sido agitada, mas também “decidida” pelo tribunal. De nada adianta agitá-la, se o tribunal não a decidir. O prequestionamento pela parte só será eficaz se houver o conseqüente: a “decisão” sobre a matéria prequestionada. Do contrário, não terá sido cumprido o requisito constitucional da CF 102 III e 105 III, que exige que a causa tenha sido “decidida” para admitir-se o recurso extraordinário e o recurso especial ³¹.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é remansosa em interpretar o prequestionamento como a efetiva pronúncia da instância ordinária sobre a matéria federal ensejadora do recurso especial. Em apoio, transcreve-se a seguinte ementa:

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Ainda sobre prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In DIDIER JUNIOR, Fredie (Org). Leituras complementares de processo civil. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 61-62.

³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia, Processo Civil Moderno - Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. Editora RT, São Paulo, 2008, p. 222.

³¹ NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 66.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRIBUTÁRIO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - EMBARGOS DECLARATÓRIOS NÃO-ACOLHIDOS NO TRIBUNAL DE ORIGEM - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ - ARTIGOS 541, DO CPC E 255, §§ 1º E 2º, DO RISTJ - INEXISTÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO E DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

É cediço que não é necessária menção a dispositivos legais para que se considere prequestionada uma matéria, basta que o tribunal, expressamente, se pronuncie sobre ela. No caso em exame, porém, como se pode observar pela comparação entre o teor do acórdão proferido pelo Tribunal de origem e as razões recursais, da tese nesta apresentada nem sequer cogitou aquele, a despeito da oposição de embargos de declaração.

Incidência, in casu, do disposto na Súmula 211 deste Sodalício: “é inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.”

A parte agravante deixou de realizar o indispensável cotejo analítico, demonstrando as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, em desacordo com o estabelecido nos artigos 541, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, e com o entendimento pacificado na jurisprudência deste egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental a que se nega provimento³².

Assim, o referido Tribunal editou a Súmula 211, cujo teor repete-se: “é inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”. O que compactua com entendimento do doutrinador Araken de Assis, para quem o instituto “consiste na afloração da questão federal no acórdão impugnado”³³.

Caso seja suscitada a matéria federal, o tribunal *a quo* deve julgá-la motivadamente, do contrário, incorrerá em pronunciamento *infra petita*, ensejando a interposição de embargos de declaração para suprir a omissão, com base no artigo 535, II, do CPC. Como bem esclarece o professor Nelson Nery, “se a matéria decidida que o recorrente quer ver redecidida pelo STF ou STJ não se encontrar ‘dentro’ do acórdão, sua tarefa é inseri-la dentro do acórdão, o que pode acontecer, por exemplo, pela interposição dos embargos de declaração”³⁴.

Vale salientar que é necessário que esses embargos sejam admissíveis, na forma do artigo mencionado, ou seja, for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. O que significa dizer que a parte suscitou a matéria, ou essa era

³² STJ. AgRg no AG n.º 549.883/SP, Segunda Turma, Relator: Ministro Franciulli Netto, Julgado em 16/09/2004. DJ de 28/02/2005.

³³ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 2ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 779.

³⁴ NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 62.

cognoscível de ofício (matéria de ordem pública), e o órgão jurisdicional permaneceu silente, caso contrário não houve omissão do juízo ordinário.

Entretanto, os embargos de declaração que mencionam pela primeira vez a questão federal não ensejam recurso especial, posto que o prequestionamento não pode se efetivar apenas na fase recursal.

Na hipótese da omissão persistir, deve o recorrente interpor recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, a, da Constituição Federal³⁵, para suscitar a ofensa ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil 36, e não referente ao objeto da omissão. O recorrente deve pedir ao Superior Tribunal de Justiça que dê provimento ao recurso e casse o acórdão omisso. Se lograr êxito, os autos devem ser remetidos ao tribunal *a quo*, para que seja julgado o mérito dos embargos de declaração e assim se pronuncie acerca da matéria federal.

Acerca do tema, destaca-se o enunciado n. 211 de jurisprudência dominante do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Vale citar o conteúdo da súmula 320, também do Superior Tribunal de Justiça, que impõe mais uma exigência para prequestionar a matéria federal: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”. Prevalece, no entanto, que pode restar prequestionada a matéria se os votos vencedores abordarem o tema, ainda que em sentido oposto.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal admite o denominado prequestionamento ficto, em caso de omissão judicial, basta a simples interposição dos embargos de declaração, para prequestionar a questão constitucional e abrir a via do recurso extraordinário, ainda que os embargos não sejam conhecidos ou providos.

³⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

³⁶ Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha defendem posição doutrinária, no sentido de que uma vez admitido o recurso excepcional, pode o Tribunal superior conhecer *ex officio* ou por provocação de matérias alheias ao acórdão proferido, suscitadas ou discutidas durante o processo ou matérias de ordem pública relevantes ao deslinde da causa. Isto é, não há limites a cognição do Tribunal superior, exceto a limitação horizontal imposta pela parte (extensão do efeito devolutivo)³⁷. Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha dissertam bem sobre o tema:

Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (efeito translativo ou profundidade do efeito devolutivo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive prescrição, decadência e as questões de ordem pública de que trata o §3º do art. 267 do CPC³⁸.

Acerca do reexame das matérias de ordem pública, Paulo Henrique dos Santos Lucon aduz:

Se não se aceita o respeitável argumento de que há prequestionamento implícito sobre as matérias a respeito das quais o tribunal *a quo* deve examinar, o que determina sempre o conhecimento do recurso pelo tribunal de superposição. Não é possível discordar que há omissão quando o tribunal não aprecia questões suscitadas pelas partes e cognoscíveis de ofício. E relativamente a estas, havendo omissão, viola-se o preceito constitucional da motivação das decisões, superior ao requisito do prequestionamento, que não pode se caracterizar como um óbice ilegítimo, ilegal e inconstitucional. Por esses argumentos, um filtro como esse, consistente na impossibilidade de se conhecer matéria de ofício suscitada nos graus especial e extraordinário, revela-se despido de previsão no ordenamento jurídico.³⁹

Em sentido contrário, destaca-se a posição de José Miguel Garcia Medina, que entende obrigatória a interposição de embargos de declaração para prequestionar as matérias cognoscíveis de ofício⁴⁰.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça já proferiu entendimento rígido: “o prequestionamento, essencial ao acesso à instância superior, é imprescindível até mesmo em se tratando de nulidade absoluta e condições da ação”⁴¹.

³⁷ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., 282-283.

³⁸ Ibidem, p. 283-284.

³⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso especial: ordem pública e prequestionamento. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon%282%29%20-formatado.pdf>. Acesso em: 31 de agosto de 2011.

⁴⁰ MEDINA, José Miguel Garcia apud LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Idem.

3.3 Procedimento do recurso especial

O juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais é desdobrado. A parte interpõe o recurso perante o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem, conforme os ditames das normas de organização judiciárias, ensejando a intimação da parte contrária para apresentação de contrarrazões. Somente então, a autoridade competente profere o juízo de admissibilidade provisório.

A resposta do recorrido também será dirigida ao presidente ou vice-presidente do tribunal, e entregue na secretaria. Na peça, constarão todas as questões em favor do recorrido, tanto as referentes ao juízo de admissibilidade, como preliminares que possam levar ao indeferimento ou ao não conhecimento do recurso, quanto às questões relacionadas ao mérito do recurso, como os argumentos tendentes a demonstrar que o recurso não é fundado.

Posteriormente, o Tribunal superior exerce o juízo definitivo de admissibilidade, desvinculado do juízo provisório proferido pelo tribunal *a quo*.

Caso o recurso seja inadmitido no tribunal de origem, cabe agravo, que será processado nos autos em que foi proferida a decisão agravada, na forma do artigo 544, *caput*, do Código de Processo Civil. Isto é, com a recente alteração, não é necessário a formação de instrumento. O agravo é dirigido ao Presidente do Tribunal de origem, que não exerce juízo de admissibilidade, após a resposta do agravado, os autos devem ser remetidos a instância superior para processamento e julgamento. O referido recurso será julgado pelo relator do tribunal superior, em face de sua decisão cabe agravo interno.

Os recursos especiais devem atender aos requisitos intrínsecos, como o cabimento, a legitimidade, o interesse em recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer; e extrínsecos, como a tempestividade, a regularidade formal e preparo, além dos pressupostos específicos previstos na Constituição Federal.

Prevalece o entendimento que não há necessidade do recorrente indicar precisamente quais dispositivos de lei ofendidos, desde que da leitura dos fundamentos jurídicos do recurso se possa indubitavelmente concluir qual o dispositivo de lei que se entende contrariado.

⁴¹ AgRg no Ag 67596 / SP. Quarta Turma. Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Julgado em 27/06/1996. DJ 26/08/1996 p. 29688.

O Relator do recurso no Superior Tribunal de Justiça pode admitir a manifestação de terceiros no julgamento do recurso especial, tanto no juízo de admissibilidade, como no julgamento do mérito do recurso.

Vale acrescentar que cabe recurso especial em face de decisões interlocutórias (Súmula 86, do STJ), diante da redação do §3º do artigo 542. No entanto ficará sujeito ao regime de retenção, sendo julgados se reiterados pela parte no prazo para interposição do recurso contra a decisão final. A *mens legis* é evitar a multiplicação de recursos especiais em decisões interlocutórias e protelar o deslinde da causa.

Em interpretação do dispositivo, constata-se que não está sujeito a retenção recurso especial interposto em face de decisão interlocutória proferida no curso da execução propriamente dita.

Excepcionalmente, o Superior Tribunal de Justiça aceita o julgamento imediato do recurso especial, se houver risco de dano irreparável ou desperdício de atividade processual. Nesse caso, há dúvidas acerca se caberia agravo de instrumento da decisão de retenção. O Superior Tribunal de Justiça admite medida cautelar para ordenar a subida imediata do recurso. São hipóteses comuns que impõem o julgamento imediato do recurso, a dúvida sobre a competência do juízo e as questões relacionadas com a antecipação de tutela. É o teor da ementa transcrita a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE IMEDIATO PROCESSAMENTO DE RECURSO ESPECIAL RETIDO NOS AUTOS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, MANTENDO DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, DETERMINOU A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS ARROLADAS INTEMPESTIVAMENTE PELA AUTORA COMO TESTEMUNHAS DO JUÍZO. AUSÊNCIA DE PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NA DEMORA DO PROVIMENTO JURISDICIONAL.

1. Nos termos do art. 542, § 3º, do CPC, o recurso especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução, deve ficar retido nos autos.
2. A retenção pode ser afastada quando houver verossimilhança nas alegações do recorrente e risco concreto de dano irreparável ou de difícil reparação na demora do provimento jurisdicional.
3. Caso concreto no qual acórdão recorrido manteve decisão interlocutória que determinara a inquirição de testemunhas arroladas intempestivamente pela autora como testemunhas do juízo.
4. Alegado prejuízo de retardamento do processo que, por si só, é insuficiente para o afastamento da regra prevista no art. 542, § 3º, do CPC.
5. Precedentes específicos desta Corte.

6. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.⁴².

No que tange aos efeitos, o recurso especial é recebido somente com efeito devolutivo, em regra. No entanto, é possível a concessão do efeito suspensivo até a manifestação do Tribunal Superior, observados os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal).

⁴² STJ, AgRg na MC 15626 / RJ. Terceira Turma. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. 13/09/2011. DJe 22/09/2011.

4 Procedimento atinente aos recursos especiais repetitivos no Superior Tribunal de Justiça

A alteração legislativa empreendida pela Lei 11.672/2008 cedeu aos anseios sociais por uma prestação jurisdicional mais célere, em obediência ao artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. À semelhança do sistema já adotado para o processamento do recurso extraordinário, acrescentou o artigo 543-C na lei processual brasileira para adotar técnica adequada ao julgamento dos recursos repetitivos.

A norma processual veio com a Terceira Fase da Reforma Processual Civil, dedicada, em especial, a reduzir o número excessivo de recursos especiais em trâmite, o que inviabilizava o bom desempenho do Superior Tribunal de Justiça. Em apoio, cita-se o item 2 da Exposição de Motivos 40, do Ministério da Justiça, publicado em 5 de abril de 2008:

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.

Em paralelo, o processamento do recurso extraordinário já havia sofrido modificações por meio da Lei 11.418/2006, que obrigou os recorrentes a demonstrarem a repercussão geral para o acolhimento do recurso interposto, para estreitar a via de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça.

O texto da Lei 11.672/2008 demonstra a intenção do legislador ordinário, qual seja, assegurar ao Superior Tribunal de Justiça a posição de Corte de uniformização da interpretação da lei federal, em homenagem aos princípios da isonomia e segurança jurídica, distanciando-se do conceito de terceira instância, meio para buscar a justiça da decisão. Em conseqüência, busca a redução gradativa dos recursos especiais pendentes, segundo o princípio da razoável duração do processo.

Em seguida a edição da lei, a presidência do Superior Tribunal de Justiça regulamentou o procedimento dos recursos repetitivos no âmbito do tribunal, por meio

da Resolução n. 8, de 7 de agosto de 2008, conforme determina o § 9º do artigo 543-C: “O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”.

O professor Rogério Licastro Torres de Mello questiona a constitucionalidade da referida resolução, na medida em que cabe a União legislar privativamente sobre direito processual, na forma do artigo 22, I da Constituição Federal. É o que conclui no trecho transcrito:

A nosso ver, a Res. STJ 8/2008 infringe o texto constitucional (art. 22, I, da CF/1988 (LGL 1988\3)) ao (i) estipular que deverão ser selecionados pelo menos um processo de cada relator do tribunal local para fins de remessa ao STJ (art. 1.º, § 1.º, da Res. STJ 8/2008) e (ii) ao estender a Lei 11.672/2008 aos agravos de instrumento interpostos de decisão denegatória de recurso especial, ao passo que a Lei 11.672/2008 atine apenas aos recursos especiais em trâmite nos tribunais de origem.⁴³

No entanto, a orientação doutrinária não prosperou e a Resolução n. 8/2008 permanece em vigor e plenamente aplicável.

4.1 Identificação das demandas repetitivas

Conforme dispõe o artigo 543-C do Código de Processo Civil, observada a multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, o presidente do tribunal de origem selecionará um ou mais recursos representativos da controvérsia, segundo sua regularidade formal e material, os quais serão encaminhados para o Superior Tribunal de Justiça, sobrestando os demais até a manifestação final do Tribunal.

A competência para identificar a multiplicidade de recursos, assim como escolher o recurso paradigma, pertence ao Presidente ou Vice-presidente do tribunal de origem, segundo o Regulamento Interno respectivo.

Em caso de inércia, pode o Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça, *ex officio*, identificar recurso com controvérsia decidida por jurisprudência

⁴³ MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recursos especiais repetitivos: problemas de constitucionalidade da Resolução 8/2008, do STJ. Revista de Processo. Ano 33. Vol. 163. P.162. São Paulo: Editora RT, set/2008.

majoritária, ou com matéria já afetada a um dos órgãos colegiados. Nessa hipótese, o Ministro relator determinará a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, nos tribunais de segunda instância. Em interpretação analógica, pode determinar a devolução dos recursos especiais equivocadamente remetidos ao Tribunal superior (art. 328, parágrafo único, RISTF).

A providência deve ser comunicada aos demais ministros, para que suspendam os recursos sobre a mesma controvérsia. A suspensão será certificada nos autos, na forma do § 3º do artigo 1º da Resolução 8 do STJ. Acerca da obrigação, os autores Marco Aurélio Serau Junior e Silas Mendes de Reis concluem: “A medida obedece às regras de prudência e se mostra oportuna, cientificando as partes do ritmo processual imprimido ao recurso que seja do seu interesse”⁴⁴.

Afetado à Seção ou à Corte Especial o julgamento, o recurso representativo tem preferência sobre os demais feitos, exceto os casos que envolvam réu preso e *habeas corpus*. Logo, deve ser incluído na primeira pauta disponível⁴⁵.

A identificação do recurso representativo atende a dois aspectos relevantes, o quantitativo e o qualitativo.

O primeiro alude à existência de número significativo de recursos especiais questionando o direito material. Para aferir tal aspecto, leva-se em conta o número de recursos pendentes no momento, bem como os processos que podem ensejar recursos especiais com fulcro em idêntica questão, com base nas informações fornecidas pelas instâncias ordinárias.

No que tange ao aspecto qualitativo, deve ser escolhido o recurso mais abrangente, que contenha, nas palavras de Fredie Didier e Leonardo da Cunha, a “maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”, para

⁴⁴ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. REIS, Silas Mendes dos. Recursos Especiais Repetitivos no STJ. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 53.

⁴⁵ § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

municar o exame do Superior Tribunal de Justiça quanto à interpretação mais adequada da lei federal objeto do recurso especial⁴⁶.

Em adição, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ressaltam a importância da seleção adequada da controvérsia:

A controvérsia deve ser apresentada mediante recursos que abordem a controvérsia federal em tantas perspectivas argumentativas quantas forem possíveis. A seleção da representação adequada da controvérsia deve ocorrer na origem (art. 543-C, § 1º, CPC). A escolha deve ser a mais dialogada possível. Convém que os órgãos jurisdicionais locais ouçam as entidades de classe para realização da escolha (OAB, MP etc.)⁴⁷.

De preferência, deve ser escolhido um recurso designado a cada ministro relator. É a determinação do § 1º do artigo 1º da Resolução 8 do STJ: “Serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”.

A análise do recurso paradigma restringe-se a questão central, se o seu exame tornar prejudicada a análise das questões secundárias, veiculadas no mesmo recurso especial, de acordo com o § 2º, artigo 1º da citada Resolução.

A distribuição dos recursos repetitivos se faz por dependência. O que importa dizer que identificada questão de direito repetitiva pelo Ministro Relator e afetado o recurso especial representativo a certo órgão julgador, os demais recursos são distribuídos por dependência, para julgamento uniforme.

Ademais, não é direito subjetivo da parte a escolha do seu recurso especial como representativo da controvérsia. Assim como não há recurso previsto no ordenamento brasileiro para refutar o ato de escolha do seu recurso como tal. É a posição perfilhada por Marinoni e Mitidiero⁴⁸.

Por último, cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça exerce juízo de admissibilidade sobre o recurso especial representativo, podendo inclusive deixar de

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit. p. 316.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 572.

⁴⁸ Idem.

conhecê-lo, caso falte alguma condição de admissibilidade. Nesse sentido, é a posição de Clito Fornaciari Junior:

Um juízo positivo de admissibilidade perante o órgão *a quo* não gera preclusão, nem, portanto, garante o conhecimento da irresignação apresentada. O fato de haver o recurso sido admitido não retira do órgão que cumpre decidi-lo o dever de proceder a novo juízo de admissibilidade, independentemente de provocação de qualquer das partes, uma vez que os requisitos de admissibilidade representam matéria de ordem pública, conhecíveis, pois, de ofício⁴⁹.

4.2 Requerimento de informações, participação de terceiros e princípio do contraditório

O Ministro Relator pode requerer informações aos tribunais de origem a respeito da questão controvertida. Os Presidentes dos respectivos tribunais federais ou estaduais têm o prazo de 15 (quinze) dias para atender ao requerimento, segundo o § 3º do artigo 543-C, do Código de Processo Civil⁵⁰. O objetivo do dispositivo é oportunizar ao relator conhecer em detalhes a orientação adotada pela instância ordinária sobre a controvérsia.

Pode ser solicitado às instâncias ordinárias informações a respeito de dados estatísticos ou relativos ao conteúdo de direito material inserto nos recursos repetitivos, propriamente dito.

Em homenagem ao princípio do contraditório, o § 4º do artigo 543-C da lei processual determina: “O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”.

É admissível, portanto, a intervenção do *amicus curiae*, semelhante ao instituto aceito no âmbito do Supremo Tribunal Federal e nas audiências e consultas públicas, previstas na Lei 9.784/1999, que trata do Processo Administrativo Federal. A manifestação do *amicus curiae* é condicionada a apresentação de procurador devidamente habilitado, ou seja, advogado munido de procuração.

⁴⁹ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. REIS, Silas Mendes dos. Op. cit. p. 54.

⁵⁰ § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

Nesse passo, o professor Carreira Alvim define a forma de atuação do *amicus curiae* na sistemática do julgamento em bloco dos recursos especiais repetitivos:

A atuação do *amicus curiae* tem o objetivo de defender uma tese jurídica, que lhe interessa, em especial, porque as decisões tendem a ter um efeito vinculante, mas o faz em nome de interesses institucionais.

Essa participação se justifica porque as pessoas, órgãos ou entidades devem demonstrar, não um "interesse na controvérsia", que eles não têm, mas um interesse "no resultado do julgamento", que têm, por serem titulares de pretensões materiais deduzidas com fundamento na mesma tese jurídica, e, por isso, com interesse nela; o que ocorrerá, por exemplo, quando o seu recurso especial tiver ficado suspenso por decisão do órgão competente do tribunal de origem ou do relator do recurso especial. Sem dúvida, trata-se de interesse jurídico, não sendo de admitir-se a participação em processo alheio, de alguém movido pelo simples propósito de desejar a vitória da questão (ou tese) jurídica em julgamento.⁵¹

Em princípio, a Resolução 8 do Superior Tribunal de Justiça⁵² restringe a participação do terceiro à forma escrita, vedando a sustentação oral em plenário. Entretanto, há autores que defendem o direito do *amicus curiae* de manifestar-se oralmente, para propiciar juízo aberto e plural acerca da controvérsia federal. É a orientação adotada Marinoni e Mitidiero.⁵³

Por outro lado, há quem concorde com a dicção da resolução ora citada. Marco Aurélio Serau Junior e Silas Mendes dos Reis aduzem:

Cremos que melhor assim se deu, pois o sistema de audiências públicas, dada a diversidade e quantidade de matérias enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça (diferentemente do que ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com o instituto do *amicus curiae*), poderia inviabilizar a presteza que se busca emprestar ao novo regime processual do recurso especial⁵⁴.

Como exemplo, citamos a admissão do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e da Federação Brasileira de Bancos em recurso representativo referente a fixação de juros moratórios em 12% ao ano, a partir do novo Código Civil, em sede de execução de título judicial, com suposta ofensa à coisa julgada estabelecida

⁵¹ ALVIM, J. E. Carreira. Recursos Especiais Repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os tribunais. Revista de Processo. Vol. 162. P. 168. São Paulo: Editora RT, Ago/2008.

⁵² Art. 3º Antes do julgamento do recurso, o Relator:

I — poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação **escrita** de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

II — dará vista dos autos ao Ministério Público por quinze dias. (grifos nossos)

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 572.

⁵⁴ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. REIS, Silas Mendes dos. Op. cit. p. 57.

na sentença⁵⁵. A propósito, o ministro relator na decisão que inaugura o procedimento aduz: “Dê-se ciência, facultando-lhes manifestação no prazo de quinze dias (art. 3º, I, da Resolução 08/2008), à Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, ao Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP e ao Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC”.

Não há previsão regimental quanto ao instrumento para manifestação de inconformismo perante a admissão ou inadmissão do *amicus curiae* no processamento e julgamento do recurso paradigma, portanto, o recurso cabível no caso é o agravo interno, enquanto persistir a omissão legislativa.

Ultimada a fase de informações, cabe a intimação do Ministério Público, na forma do § 5º do artigo 543-C do Código de Processo Civil: “Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias”. A ordem estabelecida obedece a regra geral proposta pelo artigo 83, I, do mesmo diploma legal⁵⁶.

O *parquet* intervém no procedimento em análise com base da hipótese prevista no inciso III do artigo 82 do Código de Processo Civil (parte final), ou seja, ações em que existe interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. Basta a multiplicidade de processos quanto idêntica controvérsia de direito para configurar interesse público, no que tange a natureza da lide. Soma-se o intuito da sistemática de uniformizar a interpretação da legislação federal, função precípua do Superior Tribunal de Justiça, e abreviar a tramitação de inúmeros processos.

A não-intervenção do Ministério Público no procedimento enseja a nulidade determinada pelo artigo 264, *caput*, da lei processual brasileira⁵⁷.

⁵⁵ STJ REsp 1.111.117/PR. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 02/06/2010. Publicado no DJe 02/09/2010.

⁵⁶ Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

⁵⁷ Art. 246. É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

Os membros do Ministério Público têm 15 dias para apresentar a manifestação, prazo que pode ser excedido, mediante justificativa aceitável. Seria hipótese do que a doutrina processualista denomina de prazo impróprio, aquele que não traz conseqüências processuais ao descumpridor, mas, apenas, conseqüências administrativas e disciplinares, a depender do caso concreto.

Os autores Marco Aurélio Serau Junior e Silas Mendes dos Reis vão além, e defendem: “Em virtude do princípio constitucional do contraditório, seria adequado, ademais, admitirem-se recursos interpostos pelas diversas partes envolvidas, para que a Corte Superior possa examinar os diferentes pontos de vista envolvidos na lide”.⁵⁸

Por outro lado, restaria frustrado o escopo da norma em promover a duração razoável do processo e o Superior Tribunal de Justiça seria inundado por inúmeros recursos interpostos pelos interessados no deslinde da questão controvertida, nem sempre inovando a discussão instaurada.

4.3 Julgamento do recurso paradigma e seus efeitos

Em primeiro lugar, cabe relembrar o conteúdo do § 6º do artigo 543-C do Código de Processo Civil:

Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na Seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvem réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Conforme já mencionado, o julgamento do recurso paradigma tem preferência em relação aos demais feitos e deve ser incluído na primeira pauta de julgamento disponível.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a competência para julgamento do feito pode ser atribuída a Seção ou a Corte Especial. A última é competente caso exista questão de competência de mais de uma Seção, conforme o artigo 2º da Resolução 8 do Tribunal.

⁵⁸ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. REIS, Silas Mendes dos. Op. cit., p. 52.

Em apoio, transcreve-se o seguinte dispositivo do Regimento Interno do STJ: “Art. 11. Compete à Corte Especial processar e julgar: VI – os incidentes de uniformização de jurisprudência, em caso de divergência na interpretação do direito entre as Seções, ou quando a matéria for comum a mais de uma Seção, aprovando a respectiva súmula”.

Cópias do acórdão recorrido, do recurso especial, das contra-razões, da decisão de admissibilidade, do parecer do Ministério Público e outras peças relevantes indicadas pelo Ministro Relator devem ser enviadas para os integrantes do órgão julgador, com antecedência de 5 (cinco) dias. O intuito é inteirar os julgadores do conteúdo da controvérsia em todos os seus aspectos para uma decisão acertada.

A Coordenadoria do órgão julgador expedirá ofício aos tribunais de origem, anexada cópia do acórdão do recurso paradigma, para dar publicidade a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto a questão controversa, na forma do artigo 6º da Resolução 8 do STJ.

No que tange aos efeitos atribuídos a decisão do recurso paradigma, o Código de Processo Civil determina:

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Caso o acórdão recorrido coincida com a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial sobrestado na origem terá seu seguimento denegado. Do contrário, se adotar posição diametralmente oposta a adotada pelo recurso representativo, cabe ao tribunal de origem reexaminar a decisão, mais especificadamente, o relator originário do feito, à semelhança do processamento da repercussão geral.

A partir daí, existem duas possíveis atitudes a escolha do relator originário, pode modificar a decisão e adotar a posição do Tribunal Superior ou mantê-la. Nesse último caso, o recurso especial sobrestado se submete ao juízo de admissibilidade e

segue o processamento regular, para que o Superior Tribunal de Justiça decida sobre o caso concreto.

Quanto aos recursos especiais sobrestados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Resolução 8 atribui a competência para julgá-los ao Ministro Relator caso já distribuídos, na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”

Pendente a distribuição do recurso sobrestado, cabe o julgamento a Presidência do Tribunal.

Em adição, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento que a aplicação dos efeitos previstos no § 7º está condicionada a efetiva discussão da questão controvertida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, satisfazendo os requisitos de admissibilidade. Para ilustrar, transcreve-se trecho do voto da Relatora, Ministra Fátima Nancy Andriahi:

Por fim, em decisão colegiada, os Ministros da 2ª Seção consideraram que os efeitos externos trazidos pelo art. 543-C, § 7º, do CPC somente atingiriam os temas que, cumulativamente: i) estivessem previstos no despacho que instaurou o presente incidente de processo repetitivo; ii) tivessem sido discutidos nas razões do recurso especial e iii) conseguissem preencher todos os requisitos de admissibilidade e fossem alvo de expressa manifestação desta 2ª Seção quanto ao mérito recursal.

As demais questões trazidas no especial serão igualmente apreciadas no exame do recurso representativo, mas as razões de decidir aqui declinadas quanto a tais pontos não terão a aptidão de produzir os referidos efeitos externos do art. 543-C, § 7º, do CPC⁵⁹.

Para discussão doutrinária acerca do efeito da decisão do recurso paradigma em relação aos recursos sobrestados nas instâncias inferiores: vinculante ou persuasivo. O § 8º do artigo 543-C do Código de Processo Civil aduz: “Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial”.

⁵⁹ STJ, REsp 1.061.530/RS. Ministro Relator: Nancy Andriahi. Segunda Seção. Julgado em 22/10/2008. DJe 10/03/2009.

A simples leitura do dispositivo legal evidencia o efeito meramente persuasivo. Entretanto, doutrinadores como Rodrigo Valente Giublin Teixeira discordam da interpretação:

Ante essas considerações tem-se, por correto, que o termo "vinculativo" seria o mais apropriado ao caso em questão, pois a intenção do legislador ao regularizar a admissibilidade de recursos representativos fundados em idêntica questão de direito é o de ligação do recurso já julgado com os demais, criando um verdadeiro vínculo para a repetição dos resultados nos demais recursos, a fim de se harmonizar com a jurisprudência do STJ. Sendo o efeito apenas persuasivo, a *mens legis* da Lei 11.672/2008 perde a força, deixando apenas o acórdão do STJ, após todo o trâmite de julgamento dos recursos repetitivos, como sendo somente mais um elemento de convencimento do magistrado *a quo*, ficando a critério desse acatar ou não os elementos de convicção.⁶⁰

Ocorre que não há determinação legal para o efeito vinculante do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, mas os tribunais regionais e locais, constantemente, têm aderido o entendimento da Corte Superior, equivalendo a efeito vinculativo.

⁶⁰ TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos especiais repetitivos Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Processo. Vol. 191. P. 161. São Paulo: Editora RT, Jan/2011.

5 Peculiaridades do julgamento de recursos especiais repetitivos

A instauração de nova ordem processual é precedida por estudo e pesquisa cuidadosos, através de seminários e de reuniões entre juristas de renome, que fomentam a participação ampla e a discussão de pontos de vistas variados. No entanto, é possível que diversas dúvidas imprevistas surjam após a aprovação e início da vigência da legislação.

Nesse caso, cabe a doutrina examinar e construir teorias sobre o sentido da norma, enquanto aos tribunais, cabe decidir e aplicar a lei no caso concreto.

A Lei 11.672/2008 não é diferente, durante a sua execução surgiram dúvidas acerca da correta aplicação para o desenvolvimento do procedimento dos recursos repetitivos. É o que será analisado no presente tópico.

5.1 Recurso em face de decisão indevidamente sobrestado

É possível que certo recurso especial seja indevidamente sobrestado pelo tribunal *a quo*, na forma do procedimento dos recursos repetitivos, prescrito no artigo 543-C do Código de Processo Civil. Nesse caso, indaga-se qual seria o recurso cabível para impugnar a decisão referida.

O ministro aposentado Athos Gusmão Carneiro, idealizador da reforma legislativa em estudo, indica como apto a impugnar a decisão de suspensão o pedido de reconsideração, dirigido ao órgão prolator da decisão. Para tanto, basta a parte alegar as divergências entre o recurso indevidamente sobrestado e o recurso identificado como representativo da controvérsia⁶¹.

⁶¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Apud. SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. REIS, Silas Mendes dos. Op. cit., p. 75.

Outro meio idôneo é interpor embargos de declaração em face da decisão, com base em possível contradição no corpo da decisão, com fulcro no inciso I do artigo 535 da lei processual civil⁶².

Vale citar a regra geral, prevista no artigo 544 do Código de Processo Civil, ou seja, o manejo de agravo de instrumento dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, em caso de inadmissão do recurso especial. O referido Tribunal já decidiu nesse sentido: “É viável a interposição do agravo de instrumento do art. 544 do CPC para destrancar recurso especial indevidamente retido”⁶³. O óbice é o princípio da taxatividade, tendo em vista que o recurso sobrestado não equivale ao não admitido.

Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero adotam a posição do Superior Tribunal de Justiça, como se infere no trecho destacado:

Se a parte vê o seu recurso sobrestado de maneira equivocada – porque não se refere à controvérsia a ser analisada pelo Superior Tribunal de Justiça por amostragem -, cabe agravo de instrumento, demonstrando-se nas suas razões a diferença entre os casos sobrestados e pendentes de análise no Superior Tribunal de Justiça e o caso do recorrente. Tem-se de admitir para contrastar essa decisão, haja vista a fungibilidade das formas processuais, ainda, o cabimento da ação de reclamação (arts. 13-18, Lei 8.038, de 1990)⁶⁴.

Há a possibilidade de ingressar com reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça, por usurpação de competência na apreciação do recurso especial em questão, cuja competência lhe pertence, hipótese contida no inciso I, alínea f, do artigo 105, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça tem aceito qualquer instrumento idôneo para destrancar o recurso especial indevidamente sobrestado⁶⁵. O professor José Carlos Barbosa Moreira concorda com a posição do tribunal:

A jurisprudência admite que o pedido possa fazer-se por meio de ação cautelar, por meio de agravo, interposto de decisão que terá negado este pedido no órgão *a quo*, e por intermédio de petição simples.

⁶² Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

⁶³ STJ AgRg no Ag 759.908/PR. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Julgado em 12/09/2006. DJ 28/09/2006, p. 209.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Op.cit. p. 572.

⁶⁵ STJ, AgRg na Pet 4.518/RJ. Terceira Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 06/06/2006. DJ 19/06/2006, p. 131.

Mais recentemente, vem se sedimentando, nos tribunais superiores, a orientação, que nos parece acertada, no sentido de que se deve admitir, para o destrancamento de recursos extraordinários ou especial indevidamente retidos, o manejo de qualquer meio processualmente idôneo⁶⁶.

5.2 Possibilidade de desistência do recurso especial representativo da controvérsia (princípio da disponibilidade da demanda)

O recurso equivale a uma demanda, assim, a recorrente pode desistir deste após a sua interposição. A denominada desistência importa na revogação do recurso, extinguindo o procedimento recursal. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “a desistência não torna inadmissível o recurso: torna-o inexistente”.⁶⁷

A desistência impede a renovação do recurso, ainda que dentro do prazo legal. Constitui fato impeditivo, que leva a inadmissibilidade do novo recurso interposto.

Segundo o disposto no artigo 501 do Código de Processo Civil, faculta-se à parte a desistência do recurso interposto, em geral, a qualquer tempo, ou melhor, até o início de seu julgamento. A desistência é ato dispositivo, independente da anuência do recorrido ou de eventuais litisconsortes, exceto na hipótese de litisconsórcio unitário, quando a desistência só produz efeitos com a adesão de todos os litisconsortes.

No entanto, o exercício da disponibilidade por advogado depende de procuração com poderes especiais. Caso a desistência implique na extinção do processo, com decisão de mérito em desfavor do recorrente, a procuração deve outorgar o poder de transigir o direito material, sob pena de ineficácia do ato.

A desistência pode ser total ou parcial, condicionada a divisibilidade da matéria do recurso, sendo que não se admite desistência sob condição ou termo.

Em adição, a desistência independe de homologação judicial para produzir efeitos, diferentemente do que ocorre na desistência da ação (art. 158, parágrafo único,

⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit. p. 234.

⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apud. DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. V. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 307.

CPC). Segundo o artigo 158 da lei processual civil, os atos praticados pelas partes produzem efeitos imediatos⁶⁸.

Acerca do tema, vale destacar a doutrina de Fredie Didier e Leonardo da Cunha:

O que foi dito sobre a desistência do processo aplica-se por analogia à desistência do recurso. Mas convém frisar que não se confundem. A desistência do processo extingue-o sem julgamento de mérito (art. 267, VIII, CPC); a desistência do recurso pode implicar extinção do processo com julgamento do mérito ou sem julgamento do mérito, a depender do conteúdo da decisão recorrida, como também pode não implicar a extinção do processo. A desistência do processo precisa ser homologada pelo magistrado (art. 156, par. ún., CPC), o que não acontece na desistência do recurso. A desistência do processo depende do consentimento do réu, se já houve resposta (art. 267, § 4º, do CPC); na desistência do recurso, o consentimento é dispensado (art. 501 do CPC)⁶⁹.

Entretanto, a dispensa de homologação judicial não significa a inércia completa do juiz ou do tribunal. Cabe ao Judiciário exercer certo controle sobre o ato, o controle regular exercido sobre os atos processuais em geral. No caso em tela, implica em analisar a regularidade da manifestação de vontade apresentada pela parte, bem como emitir pronunciamento meramente declaratório para certificar os efeitos operados.

Nesse sentido, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça prevê a competência do relator do recurso para homologar as desistências, ainda que o feito se encontre em pauta ou em mesa para julgamento (art. 34, IX).

Referida regra decorre do princípio da disponibilidade da demanda, contemplado na lei processual civil vigente, que pode comportar restrições conforme o caso.

Em tese, não é possível a rejeição da desistência, pois a parte não pede a desistência, simplesmente, desiste, o que dispensa a homologação judicial para produzir os devidos efeitos.

⁶⁸ Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença.

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 37-38.

A polêmica reside na possibilidade de desistência de recurso especial já selecionado pelo tribunal de origem como representativo da controvérsia, em obediência ao procedimento dos recursos especiais repetitivos, previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a controvérsia, acerca da possibilidade de desistência de recurso especial afetado ao julgamento por amostragem na Questão de Ordem no Recurso Especial n. 1.063.343/RS.

Foram afetados à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça os julgamentos dos recursos especiais registrados sob os números 1.058.144/RS e 1.063.343/RS, para que o órgão colegiado firme entendimento acerca da legalidade da cláusula que, em contratos bancários, prevê a cobrança da comissão de permanência na hipótese de inadimplência do consumidor, na forma do artigo 534-C do Código de Processo Civil.

Após a inclusão dos processos na pauta para julgamento em 26 de novembro de 2008, devidamente publicada no DJe de 19/11/2008, foram protocolizadas petições de desistência em ambos os recursos representativos da controvérsia quanto à legalidade da cobrança da comissão de permanência.

Diante dos referidos requerimentos, a ministra relatora suscitou Questão de Ordem para solucionar a aparente colisão entre o interesse particular de desistir do recurso especial e o interesse coletivo, que marca o julgamento dos recursos especiais repetitivos. Ou melhor, a aparente colisão entre o artigo 501 do CPC, com redação original de 1973, e o artigo 543-C do CPC, inserto pela Lei 11.672/2008.

A Questão de Ordem foi acatada pela maioria dos membros da Segunda Seção, para submeter à Corte Especial a apreciação dos efeitos de eventuais pedidos de desistência formulados em sede de recursos especiais submetidos ao incidente em questão, tendo em vista que o tema constitui matéria comum a todas as Seções do Tribunal Superior.

O Ministério Público Federal opinou pelo julgamento do recurso paradigma para, em seguida, ser apreciado o requerimento de desistência formulado pelo

recorrente, em parecer de autoria do Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fonseca.

Vale colacionar a íntegra da ementa do referido julgado:

Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC).

Indeferimento do pedido de desistência recursal.

- É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ.

Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ⁷⁰.

Por maioria, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a parte não tem direito de desistir do recurso representativo da controvérsia, uma vez iniciado o procedimento em estudo.

A Corte decidiu no sentido de prevalecer o interesse coletivo em fixar entendimento uniforme acerca da controvérsia em detrimento do interesse individual do recorrente dispor do recurso especial interposto.

A ministra relatora Nancy Andrichi aduziu que o direito de desistir do recurso paradigma ofende à garantia da duração razoável do processo, previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, conferido aos demais recursos suspensos com idêntica questão de direito.

Quanto a possibilidade de desistência do referido recurso, pode configurar manobra com intuito de protelar a definição do posicionamento da Corte Superior acerca da controvérsia, ofendendo o dever de lealdade processual. É o conteúdo do trecho destacado do voto da ministra Nancy Andrichi:

No entanto, há orientações doutrinária e jurisprudencial estabelecendo que há limites para o exercício desta faculdade, por exemplo, quando evidenciado o interesse do recorrente de efetuar manobras que permitam vislumbrar ofensa ao dever de lealdade processual.

⁷⁰ STJ. Corte Especial. QO no REsp 1.063.343/RS, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJe de 04/06/2009.

É certo que o referido artigo 543-C atende a dois preceitos constitucionais, não se restringe ao direito à duração razoável do processo, abrange também o direito fundamental à isonomia, na medida em que define a orientação perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, e vincula o destino dos demais recursos suspensos ao decidido no recurso paradigma.

O procedimento criado pela Lei dos Recursos Especiais Repetitivos é imprescindível para solucionar a multiplicação de ações fundadas em idêntica questão de direito, fruto da massificação das relações econômicas. Nesse sentido, destaca-se a construção da Ministra Relatora:

O Direito Processual contemporâneo adotou, inicialmente, a sistemática de coletivização para ampliar o acesso ao Judiciário. Hoje, o mesmo sistema avança, introduzindo instrumentos processuais como o do art. 543-C, idealizado para solucionar o excesso de processos com idêntica questão de direito que tramitam pelos diversos graus de Jurisdição.

Por isso, os efeitos previstos no § 7º do art. 543-C ganham especial abrangência porque permitem que o STJ, ao invés de, repetidamente, proferir a mesma decisão, defina a **orientação** que norteará o deslinde das idênticas questões de direito que se apresentam aos milhares.

Estamos diante da sistemática da **coletivização** acima mencionada, cuja orientação repercutirá tanto no plano **individual**, resolvendo a controvérsia *inter partes*, quanto na esfera **coletiva**, norteadando o julgamento dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito.⁷¹

Os autores Fredie Didier e Leonardo da Cunha distinguem o procedimento principal do recurso especial do procedimento incidental referente ao julgamento por amostragem:

Quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação do recorrente. Passa, então, a haver, ao lado do recurso, um procedimento específico para julgamento e fixação da tese que irá repercutir relativamente a vários outros casos repetitivos. Quer isso dizer que surgem, paralelamente, dois procedimentos: a) o procedimento recursal, principal, destinado a resolver a questão individual do recorrente; e, b) o procedimento incidental de definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior, que haverá de ser seguida pelos demais tribunais e que repercutirá na análise dos demais recursos que estão sobrestados para julgamento. Este último procedimento tem uma feição coletiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma forma que não se admite a desistência em ações coletivas (Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo). O objeto desse incidente é a fixação de uma tese jurídica geral, semelhante ao de um processo coletivo em que se discutam direitos

⁷¹ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 321.

individuais homogêneos. Trata-se de um incidente com objeto litigioso coletivo.

Evidencia-se a repercussão nacional da instauração do incidente do processo repetitivo, pois a suspensão dos recursos baseados em idêntica questão de direito alcança processos pendentes nos diversos Tribunais do país.

Ademais o deferimento da desistência implicaria no reinício do procedimento: a seleção de outro processo paradigma, a oitiva dos *amici curiae*, das partes interessadas e do Ministério Público, a emissão de novos ofícios a todos os Tribunais brasileiros, e determinar, mais uma vez, a suspensão dos recursos baseados em idêntica controvérsia. A repetição deste complexo procedimento pode restar indefinidamente frustrada, com a interposição de sucessivos pedidos de desistência.

Atender ao requerimento de desistência no bojo do recurso especial representativo da controvérsia prestigiaria o interesse individual do recorrente em detrimento ao direito individual de cada titular de recurso suspenso, adiando a decisão de mérito da lide, o que não pode ser admitido.

Outro ponto relevante, refere-se aos interesse econômicos do recorrente no atraso do deslinde da lide, pois as demandas repetitivas se caracterizam pela coincidência de uma parte determinada ocupando sempre um dos pólos em diversas demandas em tramitação.

Ocorre que tal entendimento não foi aplicado apenas em caso de litigantes habituais, aplicou-se em caso de pedido de desistência formulado por parte que compõe apenas o processo afetado ao julgamento por amostragem. Importa afirmar que basta a alegação de prevalência de interesse público para justificar a desistência do recurso especial. É o conteúdo da decisão proferida no bojo do Recurso Especial 1.129.971/BA, cuja relatoria coube ao Ministro Mauro Campbell Marques.

No caso em tela, o recorrente pediu a desistência do recurso paradigma para obter o benefício fiscal previsto no artigo 3º da Medida Provisória 470/2009 e artigo 1º da Lei 11.941/2009, em cumprimento ao disposto no artigo 6º do diploma legal⁷². O

⁷² Art. 6º O sujeito passivo que possuir ação judicial em curso, na qual requer o restabelecimento de sua opção ou a sua reinclusão em outros parcelamentos, deverá, como condição para valer-se das

acórdão conclui que basta o argumento de prevalência do interesse público para indeferir o requerimento de desistência:

Sendo assim, a intenção, em princípio, é o pagamento do próprio débito discutido, de modo que não é possível caracterizar a ofensa ao dever de lealdade processual. No entanto, subsiste a prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse individual do recorrente quando em julgamento de causas submetidas ao rito do art. 543-C, do CPC, de modo que voto pelo INDEFERIMENTO DO pedido de desistência⁷³.

Quanto a Questão de Ordem, a Ministra Nancy Andriahi opinou pela postergação da homologação da desistência do recurso especial. Manifestou-se pelo julgamento do recurso paradigma, com a análise da questão de direito para fixar o entendimento. Para posteriormente, homologar o requerimento, afastando a aplicação do precedente ao desistente.

Os doutrinadores Fredie Didier e Leonardo da Cunha defendem a tese da ministra Fátima Nancy Andriahi, conforme se infere no trecho colacionado:

Em suma, a desistência não impede o julgamento, com a definição da tese a ser adotada pelo tribunal superior, mas tal julgamento não atinge o recorrente que desistiu, servindo, apenas, para estabelecer o entendimento do tribunal, a influenciar e repercutir nos outros recursos que ficaram sobrestados. Em determinada questão repetitiva, foram selecionados para julgamento no STJ dois casos, contidos nos REsp 1.058.114 e REsp 1.063.343. Em tais casos, o recorrente desistiu dos recursos, mas o STJ negou a desistência, não fazendo a distinção ora proposta. Parece mais adequado, como visto, entender que há revogação do recurso, pela desistência, mas deve ser realizado o julgamento no tocante ao procedimento instaurado com a seleção dos recursos para definição da tese pelo STJ.⁷⁴

Entretanto, prevaleceu a tese defendida pelo Ministro Nilson Naves, que votou pelo indeferimento do pedido de desistência interposto, baseado nos mesmos fundamentos invocados pela própria ministra relatora.

Vale destacar a posição vencida do Ministro João Otávio de Noronha, que votou pela possibilidade da desistência, na medida em que a escolha do recurso

prerrogativas dos arts. 1º, 2º e 3º desta Lei, desistir da respectiva ação judicial e renunciar a qualquer alegação de direito sobre a qual se funda a referida ação, protocolando requerimento de extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do inciso V do caput do art. 269 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, até 30 (trinta) dias após a data de ciência do deferimento do requerimento do parcelamento.

⁷³ REsp 1.129.971/BA. Primeira Turma. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Julgado 24/02/2010. Publicado em DJe 10/03/2010.

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 322.

paradigma é selecionado por razões alheias ao controle da parte recorrente, o que não poderia resultar na impossibilidade de dispor do recurso especial interposto, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 501 da lei processual civil.

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência remansosa no sentido exposto, por considerar o interesse da coletividade na uniformização da jurisprudência acerca de questão de direito repetitiva. Além disso, o Tribunal se preocupa em coibir o uso do requerimento de desistência como artifício para protelar o julgamento da questão controversa, ferindo o dever de lealdade processual.

Por fim, cabe ressaltar que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil legisla acerca do tema, na medida em que determina:

Art. 952. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. No julgamento de recurso extraordinário cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e no julgamento de recursos repetitivos afetados, a questão ou as questões jurídicas objeto do recurso representativo de controvérsia de que se desistiu serão decididas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Logo, o Tribunal Superior deve decidir a questão jurídica repetitiva apesar da desistência do recorrente, adotando o citado entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

6 Análise sobre a efetividade da Lei de Recursos Repetitivos

A Lei 11.642/2008 implementou a sistemática dos recursos especiais repetitivos com o intuito de desafogar o Superior Tribunal de Justiça e promover a aplicação do princípio da celeridade processual, à semelhança da Lei 11.418/2006, responsável por cuidar da multiplicidade de recursos fundados em idêntica controvérsia no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O advogado Vitor Toffoli colacionou dados estatísticos de interposição de recursos especiais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça⁷⁵.

No ano de 2007, foram registrados 104.137 recursos especiais, após a entrada em vigor da referida lei, em 2008, o número caiu para 89.119, ou seja, houve redução de, aproximadamente, 14% nos processos autuados.

Em 2009, o Superior Tribunal de Justiça recebeu 65.919 recursos especiais, anotando mais uma redução, na monta de 26%. Por sua vez, o ano de 2010 registrou 54.596 recursos especiais, queda de 17% em relação ao ano imediatamente anterior.

A reforma legislativa é recente, uma vez que a lei foi publicada no Diário Oficial em 9 de maio de 2008, com *vacatio legis* de 90 dias, o que denota experiência relativamente curta para conclusão sólida. Entretanto, observa-se forte tendência de redução na interposição dos recursos no âmbito do Tribunal Superior.

O Superior Tribunal de Justiça noticiou a publicação do primeiro acórdão relativo a recursos repetitivos em tempo recorde. Decorridos 45 dias do início da vigência da lei, a Segunda Seção do Tribunal julgou e publicou acórdão do primeiro recurso especial designado na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

A ministra Fátima Nancy Andrich demonstrou otimismo quanto aos efeitos da aplicação da lei em larga escala: “Uma vez pacificada a questão, os recursos não

⁷⁵ TOFFOLI, Vitor. Recursos Especiais Repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. Revista de Processo. Vol. 197. P. 271. Jul/2011. DTR\2011\1808.

devem mais passar da segunda instância, o que deverá contribuir para a redução do número em trâmite no STJ”⁷⁶.

O caso em tela tratava da possibilidade da empresa telefônica cobrar pelo fornecimento de certidões sobre dados constantes de livros societários, documentos necessários para futuro ingresso de ação judicial. Também estabeleceu que o interessado deve requerer formalmente os documentos à empresa, administrativamente.

Nesse caso, a decisão no recurso paradigma atingiu 212 recursos especiais suspensos em sede do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Com a publicação, o entendimento fixado no recurso paradigma deve ser aplicado nos demais recursos com idêntica questão de direito suspensos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, os processos suspensos no âmbito dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais podem ter dois destinos. Caso a decisão coincida com a orientação do Tribunal Superior, ao recurso será negado seguimento. Do contrário, cabe ao tribunal de origem reexaminar a questão, uma vez mantida a decisão, deve realizar o juízo de admissibilidade do recurso especial.

O procedimento é mecanismo de uniformização de jurisprudência, embora não dotado de efeitos vinculantes, na medida em que o tribunal que descumprir a orientação do Tribunal Superior está sujeito a reversão de suas decisões na instância superior.

Por outro lado, a ministra Denise Arruda não demonstrou tamanho entusiasmo pela lei estudada, conforme demonstrado em entrevista noticiada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Qual sua avaliação em relação ao ano de 2008 para o STJ, principalmente com a Lei dos Recursos Repetitivos? “A lei dos recursos repetitivos ainda não teve o alcance que deveria ter porque a lei é recente e naturalmente as idéias e os processos que justificam o julgamento como repetitivo. Ainda não se amadureceu bem a idéia dos recursos repetitivos, eu acho que com o

⁷⁶ STJ, “Em tempo recorde, STJ publica primeiro acórdão relativo a recursos repetitivos”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89395&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=recursos%20repetitivos. Acesso em: 10 de setembro de 2011.

tempo vai ser de grande utilidade para o stj, porque ao stj cabe interpretação da lei infraconstitucional. Eu acho que ainda não deu tempo, não houve tempo útil pra se conseguir muita coisa com os recursos repetitivos, mas vai ter”.

A senhora acha que a Lei dos Recursos Repetitivos é a solução para o STJ ou é necessária à criação de outros mecanismos como a lei de repercussão geral? “Eu acho que essa lei dos repetitivos não resolve o problema do volume de trabalho no STJ. Eu já conversei com diversas pessoas e acho que temos uma cultura dentro da advocacia nacional e isso não é daqui é de outros países, o recurso, de sempre recorrer a cada decisão do juiz. Então eu acho que essa cultura que nós temos dentro da advocacia não vai mudar ou porque vem a lei dos repetitivos, a súmula impeditiva de recurso, ou qualquer outro mecanismo que venha no sentido de barrar esse trabalho enorme que tem os tribunais superiores, não os tribunais superiores, qualquer tribunal do País”.

Qual as perspectivas para 2009 em relação aos recursos repetitivos? “Eu acho que talvez haverá um número bem maior de questões a serem submetidas ao julgamento dos recursos repetitivos e isso pode até ajudar, mas não vai resolver o problema. Eu acho que em 2009 nós teremos uma situação ainda um pouco tímida em relação ao que foi em 2008 que foi tímida porque é recentíssima a lei, mas de qualquer forma outros mecanismos podem ajudar”.

(...)

Quais medidas são necessárias para melhorar o STJ? “Bem eu acho que a medida necessária seria diminuir o volume de recursos. Agora diminuir o volume de recursos vai depender de uma serie de fatores porque você não pode deixar de receber um recurso que merece se recebido. Então eu acho que na realidade o volume atrapalha, mas todos os ministros estão acostumados a trabalhar com um volume excessivo de processos e eu acho que todos fazem o que podem fazer de melhor”⁷⁷.

No corrente ano, o Superior Tribunal de Justiça divulgou em notícia que foram julgados mais de 300 recursos repetitivos, apenas no primeiro semestre de 2011⁷⁸. Dentre estes, a Primeira Seção julgou 231, pois é responsável pela apreciação de matérias de Direito Público, que concentra boa parte dos recursos repetitivos. Permanecem pendentes de julgamento temas relevantes, como o fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de saúde, sob pena de bloqueio ou seqüestro de verbas do Estado a serem depositadas em conta-corrente (REsp 1.069.810).

A Segunda Seção cuida de questões de Direito Privado, e julgou 25 recursos repetitivos, dentre as quais aguarda julgamento a possibilidade de a vítima de sinistro ajuizar ação indenizatória diretamente contra a seguradora do causador do dano, ainda que não tenha feito parte do contrato de seguro.

⁷⁷ STJ, “Denise Arruda afirma que Lei dos Recursos Repetitivos é apenas uma alternativa para o judiciário”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=90622&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=recursos%20repetitivos#. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

⁷⁸ STJ, “STJ decide mais de 300 recursos repetitivos no primeiro semestre”. Disponível: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102644&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=recursos%20repetitivos. Acesso em: 15 de agosto de 2011.

Já a Terceira Seção, encarregada da apreciação de questões atinentes ao direito criminal, previdenciário e administrativo, julgou 26 recursos repetitivos. Pendente para o segundo semestre, a notícia destaca a definição dos meios de prova legítimos, além do bafômetro, para caracterização do estado de embriaguez do motorista.

A Corte Especial ocupa-se de julgar questões que interessam a todas as seções especializadas. No segundo semestre, serão apreciados 26 recursos repetitivos, como o referente à inviabilidade da expedição de precatório complementar para o pagamento de juros de mora decorrentes do período entre a data de expedição e a data do efetivo pagamento do precatório original, desde que realizado no prazo estabelecido no artigo 100, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988.

Portanto, aguardam, ao todo, julgamento 176 recursos repetitivos para o segundo semestre.

Em termos estatísticos, vislumbra-se um decréscimo no volume de recursos especiais interpostos. A comparação entre o número de recursos especiais registrados em 2007 e 2010 corrobora com a afirmativa, tanto que representa uma redução de 38%. Logo, o Superior Tribunal de Justiça almeja acelerar o trâmite processual, aperfeiçoando a admissibilidade do recurso especial, e desafogar a Corte.

Estreitar a via de acesso ao Superior Tribunal de Justiça não pode ser a única solução para o volume de recursos especiais pendentes. Os critérios de seleção dos recursos especiais repetitivos devem atender ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, para não excluir questões relevantes do crivo do Tribunal Superior. Ao mesmo tempo, é necessária uniformização da jurisprudência acerca de questões controversas devem ser prioridade da execução, em obediência ao princípio da isonomia e da segurança jurídica, permitindo que os recorrentes reconheçam certa previsibilidade na prestação jurisdicional.

7 Tratamento conferido aos recursos repetitivos no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil

A comissão de juristas designada para conceber o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, pelo ato do Presidente do Senado Federal n. 379 de 30 de setembro de 2009, o apresentou em 8 de junho de 2010, sendo registrado como Projeto de Lei do Senado n. 166/2010.

Os professores Luiz Fux, Tereza Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinícius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes formaram a referida comissão. Segundo o ministro Luiz Fux, presidente da comissão, “teve como ideologia norteadora dos trabalhos a de conferir maior celeridade à prestação da justiça, no afã de cumprir a promessa constitucional da ‘duração razoável dos processos’”⁷⁹.

O referido Anteprojeto já sofreu inúmeras emendas, mas mantém o procedimento especial para recursos especiais fundados em idêntica controvérsia. Na versão em tramitação na Câmara dos Deputados, a previsão consta nos artigos 990 a 995, no Livro IV, Capítulo VI, Seção II, Subseção II, dedicada ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

A legislação unificou a regulamentação do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, conforme o artigo 990 do Anteprojeto do Código de Processo Civil, que determina:

Art. 990. Sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso extraordinário ou o recurso especial será processado nos termos deste artigo, observado o disposto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

⁷⁹ FUX, Luiz. O novo processo civil. In: O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

A competência para selecionar os recursos representativos da controvérsia fica a cargo do presidente do tribunal de origem, no entanto os recursos serão encaminhados aos respectivos Tribunais Superiores, independentemente de juízo de admissibilidade, na forma do artigo 991 do dito diploma⁸⁰. Vale ressaltar que o duplo juízo de admissibilidade permanece na nova lei processual, portanto o caso em tela constitui exceção.

A dispensa do juízo de admissibilidade no tribunal de origem do recurso paradigma, postergando a análise para a Corte Superior, se deve a relevância para sociedade na uniformização da questão de direito controvertida. Para tanto, a tendência é dar margem a Corte para relativizar os pressupostos de admissibilidade em prol do interesse coletivo na fixação da interpretação mais acertada sobre a controvérsia.

Acerca do tema, Vitor Toffoli aduz:

No entanto, *prima facie*, não aparenta essa opção ser a mais técnica, e por três razões: *a um*, justamente pela importância deste que os pressupostos de admissibilidade devem estar presentes, isto é, se os requisitos formais mínimos não estão atendidos, o que se dirá da questão material, de direito, *a dois*, pela própria importância da questão e pelo regime repetitivo, fica difícil conceber que somente haverá um recurso que discuta essa matéria importante e esse justamente seja o que pode não ter atendido todos os pressupostos de admissibilidade, *a três*, retomando a questão da segurança jurídica, pela forma com que está disposta a questão no Anteprojeto, ao oposto de sua Exposição de Motivos, não há nenhuma menção sobre quais requisitos de admissibilidade poderiam ser relativizados pela Corte Superior, de modo que, isso *de per se* gera insegurança jurídica⁸¹.

Não houve grandes alterações no procedimento adotado a partir da condução do recurso paradigma ao Tribunal Superior e a respectiva suspensão dos demais recursos fundados em idêntica questão de direito. Destaca-se a seguir a redação dos artigos concernentes à matéria:

Art. 992. O Relator poderá requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia; cumprida a diligência, se for o caso, intimará o Ministério Público para se manifestar.

§ 1º Os prazos respectivos são de quinze dias e os atos serão praticados, sempre que possível, por meio eletrônico.

⁸⁰ Art. 991. Caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça independentemente de juízo de admissibilidade, ficando suspensos os demais recursos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior.

⁸¹ TOFFOLI, Vitor. Recursos Especiais Repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. Revista de Processo. Vol. 197. P.271. São Paulo: Editora RT, Jul/2011.

§ 2º O relator, conforme dispuser o Regimento Interno, e considerando a relevância da matéria, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 3º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Art. 993. Decidido o recurso representativo da controvérsia, os órgãos fracionários declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese.

Art. 994. Publicado o acórdão paradigma:

I – os recursos sobrestados na origem não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou

II – o tribunal de origem reapreciará o recurso julgado, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior.

§1º Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário.

§2º Reformado o acórdão, se for o caso, o tribunal de origem decidirá as demais questões antes não decididas e que o enfrentamento se torne necessário em decorrência da reforma.

Vale salientar o teor do artigo 995 do Projeto de Lei 8046/10 em tramitação na Câmara dos Deputados, que faculta a parte titular de ação fundada em idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia, ainda em tramitação no primeiro grau de jurisdição⁸².

O advogado Vitor Toffoli reconhece a eficácia do mecanismo adotado, mas critica a falta de regulação legal para escolha do *leading case*. Para o advogado, a lacuna pode prejudicar a execução da lei. Observa também que a lacuna persiste na redação do Anteprojeto do Novo Código Civil, conforme se infere no trecho destacado:

As previsões da utilização desse instrumento como meio para permitir que os tribunais de segundo grau e o STJ sejam desafogados e possam exercer a judicatura são otimistas, porém, inarredável anotar que faltam parâmetros legais para a escolha dos recursos que em seu julgamento se tornarão o *leading case*, até porque, há de se aventar que essa redução no número de processos pode advir de um irregular sobrestamento de feitos, ocasionado pela ausência de critérios para seleção dos casos paradigmáticos e ao que indica, ao menos até o momento, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (LGL 1973\5) não abordou adequadamente o tema, como se demonstrará a seguir⁸³.

⁸² Art. 995. Sobrevindo, durante a suspensão dos processos, decisão da instância superior a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada.

Parágrafo único. A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. Se a desistência ocorrer antes de oferecida a contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

⁸³ TOFFOLI, Vitor. Op. cit.

Ademais, acrescenta outro instituto relevante, denominado incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 930 a 941, situados no Livro IV, Título I, Capítulo VII, também vocacionado a barrar a multiplicação de demandas idênticas, perante o primeiro grau de jurisdição. Nas palavras do ministro Luiz Fux, o incidente é devidamente explicado:

O incidente criado pelo anteprojeto permite a seleção de causas piloto com base na experiência germânica do mercado de capitais (*musterverfahren*) as quais, uma vez julgadas servem de paradigma obrigatório para as inúmeras ações em curso na mesma base territorial da competência do tribunal local encarregado de admitir o incidente por provocação das partes, do juiz, do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Deveras, quando a matéria revelar potencial de repetição em todo território nacional e admitido o incidente no tribunal local, qualquer interessado poderá requerer ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, conforme a competência *ratione materiae*, a suspensão de todos os processos e recursos em curso no território nacional⁸⁴.

À semelhança da sistemática dos recursos especiais repetitivos, instaurado o incidente, as demandas fundadas em idêntica questão de direito permanecem suspensas, até o deslinde da primeira. Assim, a decisão proferida determina o julgamento das ações suspensas no que tange à questão jurídica homogênea, tornando obrigatória a orientação adotada.

O incidente também prevê diversas garantias do devido processo legal, admite sustentação oral dos interessados, desafia recurso com efeito suspensivo e o Ministério Público deve funcionar como *custos legis*, e assumir a titularidade do incidente em caso de abandono pela parte autora.

Em conclusão, o novo Código de Processo Civil pretende implementar o princípio constitucional da duração razoável do processo, sem descuidar de instrumentos garantísticos capazes de conservar o processo justo.

O objetivo do incidente é neutralizar um dos fatores da morosidade do Judiciário brasileiro, qual seja o excesso de demandas em tramitação, causado pela novel consciência do cidadão acerca de seus direitos e potencializado pelo denominado contencioso de massa, elucidado pelo ministro Luiz Fux:

⁸⁴ FUX, Luiz. Op. cit. p. 23.

Isto é, milhares de ações em trâmite no território nacional versavam a mesma questão jurídica. Revelavam-se ações homogêneas, mas que não podiam ser tratadas como litigiosidade de varejo nos dizeres de Sérgio Mencini, ao doutrinar sobre as pretensões isomórficas no cognominado Encontro de Pisa em 2007⁸⁵.

O escopo do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, assim como as reformas legislativas experimentadas recentemente pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a Lei 11.672/2008, que instituiu a possibilidade de julgamento em bloco de recursos especiais, é imprimir celeridade na prestação jurisdicional, em atendimento a importante lição de Rui Barbosa, “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”⁸⁶.

O princípio constitucional de duração razoável do processo deve ser atendido, a Constituição não pode ser encarada como palavras soltas, as regras pertinentes ao exercício do direito de ação e assistência judiciária devem ser efetivas e alcançar a todos os cidadãos.

⁸⁵ FUX, Luiz. Op. cit. p. 8.

⁸⁶ BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/aosmoccos.htm>. Acesso em 14 de outubro de 2011.

8 Conclusão

Inicialmente, constatou-se que a evolução da atividade econômica, caracterizada pela produção em série de bens, conduziu a profusão de demandas baseadas em idêntica questão de direito, ocasionando o congestionamento de feitos no Judiciário brasileiro.

Para solucionar o problema, foi concebido o procedimento para julgamento de recursos repetitivos pela Lei 11.672/2008, com o intuito de efetivar o princípio constitucional da duração razoável do processo.

O instituto atende ao princípio da isonomia, pois o Superior Tribunal de Justiça foi concebido para desempenhar a função de promover a autoridade e unidade da lei federal. Nesse passo, cabe ao Tribunal fixar a interpretação adequada da lei, uniformizando o tratamento das demandas repetitivas, em atendimento ao referido princípio. Ademais, confere previsibilidade ao sistema, garantindo segurança jurídica às partes.

Verificou-se que o procedimento contempla peculiaridades de modo a tutelar, adequadamente, as demandas repetitivas, sem negligenciar o contraditório, cujo exemplo é a participação de *amicus curiae*.

Observou-se que o número de recursos especiais registrados vem decrescendo desde a promulgação da Lei 11.672/2008. No entanto, o processo brasileiro permanece moroso.

Em seguida, ressaltou-se que o tratamento conferido pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil não se aparta tanto da legislação atual, exceto na restrição do juízo de admissibilidade a ser realizado apenas pelo Superior Tribunal de Justiça, com a possibilidade de flexibilizá-lo em prol do interesse social na solução de relevante controvérsia.

Nesse passo, conclui-se que o procedimento diferenciado previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, constitui avanço, pois confere uniformização a

interpretação da lei infraconstitucional, mas deve ser combinada com outros institutos para alcançar a almejada celeridade processual.

Referências bibliográficas

ALVIM, J. E. Carreira. Recursos Especiais Repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os tribunais. **Revista de Processo**. Vol. 162. P. 168. São Paulo: Editora RT, Ago/2008.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recursos Repetitivos. **Revista de Processo**. Vol. 185. P. 265. Jul/2010.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/aosmoccos.htm>. Acesso em 14 de outubro de 2011.

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

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**. Vol 147. P. 123. São Paulo: Editora RT, Maio/2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. et. al. Organizador Fredie Didier Junior. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. V. 1. 13ª Ed Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. V. 3. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Recurso especial: ordem pública e prequestionamento**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Luco%20n%282%29%20-formatado.pdf>. Acesso em: 31 de agosto de 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V (Arts. 476 a 565). 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro** (exposição sistemática do procedimento). 28ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. Vol. II. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia, **Processo Civil Moderno** - Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recursos especiais repetitivos: problemas de constitucionalidade da Resolução 8/2008, do STJ. **Revista de Processo**. Ano 33. Vol. 163. P.162. São Paulo: Editora RT, set/2008.

NERY JUNIOR, Nelson. et al. Organizador Fredie Didier Junior. **Leituras complementares de processo civil**. 5ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

NOBREGA, Gilson Roberto. **Prequestionamento – Aspectos fundamentais**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1743/Prequestionamento-Aspectos-fundamentais>. Acesso em: 25 de junho de 2011.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. REIS, Silas Mendes dos. **Recursos Especiais Repetitivos no STJ**. São Paulo: Editora Método, 2009.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos especiais repetitivos Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo**. Vol. 191. P. 161. São Paulo: Editora RT, Jan/2011.

TOFFOLI, Vitor. Recursos Especiais Repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. **Revista de Processo**. Vol. 197. P. 271. Jul/2011.